

## VERSIÓN PÚBLICA

**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE  
COMPETENCIA

**DENUNCIANTE** : E&B E.I.R.L.

**DENUNCIADAS** : GLORIA S.A.  
DISTRIBUIDORA FERIA PUCALLPA S.A.C.

**MATERIAS** : LIBRE COMPETENCIA  
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

**ACTIVIDAD** : PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE  
PRODUCTOS LÁCTEOS

**SUMILLA:** *Se REVOCA la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI del 4 de diciembre de 2012 que declaró fundada la denuncia interpuesta por E&B E.I.R.L. contra Gloria S.A. y Distribuidora Feria Pucallpa S.A.C., por abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, supuesto tipificado en los artículos 1 y 10.2 literal h) del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, reformándola, se declara infundada dicha denuncia, dejándose sin efecto la sanción impuesta a las denunciadas.*

*La razón es que a pesar de la posición de dominio de la denunciada, no se ha verificado que la conducta analizada generara efectos reales o potenciales, que afecten o puedan afectar al proceso competitivo, debido a que:*

- (i) Si bien el cambio de categoría generó que E&B E.I.R.L. dejara de ser distribuidor de Gloria S.A., ello no restringió la posibilidad de distribuir los productos de la competencia, por lo que no se produjo un efecto exclusorio en el mercado relevante;*
- (ii) la línea de distribución de la leche evaporada Pura Vida manejada por E&B E.I.R.L. fue reasignada al distribuidor independiente Mercantil Gloria S.A.C. como consecuencia de la conducta analizada, por lo que no se afectó el nivel de competencia intramarca;*
- (iii) la conducta de Feria Pucallpa S.A. no estuvo orientada a consolidar su posición de dominio en perjuicio de un competidor, toda vez que mantuvo el esquema de distribución dual y aumentó sus ventas a los distribuidores independientes; y,*
- (iv) la evidencia muestra que se incrementó el nivel de competencia intermarca al producirse una disminución sistemática de los precios a los consumidores finales en la Región Ucayali, luego de que E&B E.I.R.L. se convirtiera en distribuidor de la marca rival (Nestlé Perú S.A.) de las*

**denunciadas.**

Lima, 02 de noviembre de 2015

**I. ANTECEDENTES**

1. El 28 de marzo de 2009, Feria Pucallpa S.A.C. (en adelante, FP) –empresa perteneciente al Grupo Gloria dedicada a la comercialización y distribución de productos de la empresa Gloria S.A.<sup>1</sup> (en adelante, Gloria) en la Región Ucayali–, le notificó a E&B E.I.R.L. (en adelante, E&B) –empresa dedicada a la comercialización de productos alimenticios al por mayor y menor en la Región Ucayali– el cambio de su condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista.
2. El 20 de agosto del 2009, E&B interpuso una denuncia contra FP y Gloria por presunto abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia. Los principales argumentos en que se basó su denuncia<sup>2</sup> fueron los siguientes:
  - (i) El 31 de octubre de 2006, E&B celebró un contrato con Feria Oriente S.A.C. (en adelante, FO), empresa subsidiaria de Gloria, para la distribución de los productos de dicha empresa (lácteos, derivados lácteos y abarrotes) en la Región Ucayali y su ámbito de influencia. A partir de 2008, Gloria constituyó FP, la cual asumiría las funciones de FO en dicha zona.
  - (ii) La cadena de distribución de los productos de Gloria de FP 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, FP 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 (yogurt); Mercantil Gloria S.A.C. (en adelante, MG) para la venta de los productos de la marca Gloria y misceláneos de la marca Gloria<sup>3</sup> y, E&B para la venta de los productos de la marca Pura Vida y misceláneos de la marca Gloria.

<sup>1</sup> Gloria S.A. es una empresa dedicada a la producción y comercialización industrializada de lácteos y otros derivados. Produce también otros productos como refrescos, néctares de jugo, conservas de pescado, café instantáneo, mermeladas, *snacks*, entre otros.

<sup>2</sup> La denuncia fue complementada posteriormente a través de escritos del 25 de febrero, 2 y 30 de marzo y 15 de abril de 2010, mediante los cuales E&B respondió los requerimientos de información realizados por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>3</sup> Dentro de la categoría de misceláneos se incluyen productos tales como cafés, mermeladas, leches condensadas, conservas de pescado, refrescos, mantequillas, entre otros.

- (iv) Como cliente distribuidor, E&B compitió con FP y las otras tres (3) distribuidoras por la venta de leche evaporada –producto más importante en la cartera de Gloria– y otros productos de Gloria a los clientes mayoristas. Asimismo, se dedicaba a vender dichos productos en bodegas, puestos de mercado, entre otros.
- (v) E&B ofreció menores precios, exigió menores volúmenes mínimos de compra y entregó los productos a los clientes mayoristas en un plazo más corto que FP. La competencia entre E&B y FP ocasionó reclamos por parte de esta última, quien calificó al denunciante como “quemar precios”.
- (vi) El 28 de marzo de 2009, FP y Gloria abusaron de su posición de dominio al anunciar a E&B el cambio de su condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista. Prueba de ello es que, mediante correo electrónico del 3 de abril de 2009, el representante y gerente general de FP, el señor José Málaga Rodríguez (en adelante, el señor Málaga), informó a E&B que *“para el mercado de la ciudad de Pucallpa, no es necesaria la participación dos co-distribuidores, razón por lo que, se ha procedido al cambio de canal de co-distribuidores que mantenían ustedes a la fecha, al de MAYORISTAS (sic)”*<sup>4</sup>.
- (vii) El 5 de abril de 2009, E&B respondió a dicha comunicación señalando que FP no tomó en cuenta el efecto económico de su decisión en relación con 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. Finalmente, indicó que no aceptaba las condiciones finales, vale decir, convertirse en cliente mayorista. Ello debido a que los márgenes de mayorista no le permitían cubrir los costos de transporte en los que incurría para entregar el producto.
- (viii) El 6 de abril de 2009, el señor 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 comerciales.
- (ix) No existe razón que justifique la eliminación de la competencia entre los distribuidores de Gloria, 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, los clientes mayoristas, los clientes minoristas, y los consumidores finales.

- (x) En mayo de 2009, E&B se convirtió en distribuidor exclusivo de los productos de la marca Nestlé Perú S.A. (en adelante, Nestlé) en el mercado de Pucallpa.
3. Mediante Resolución 015-2010/ST-CLC-INDECOPI del 9 de septiembre de 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) admitió a trámite la denuncia interpuesta por E&B contra FP y Gloria, por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, supuesto previsto en los artículos 1 y 10.2 literal h) del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
  4. Los principales argumentos de FP y Gloria a lo largo del procedimiento en primera instancia fueron los siguientes:
    - (i) No existe afectación a la libre competencia, sino solo una discrepancia comercial originada por el cambio de condición de E&B de cliente distribuidor a la de mayorista. Es decir, el presente caso versa sobre una afectación al denunciante, consistente en reducir su margen de ganancia, que no implica una afectación al proceso competitivo. Lo contrario equivale a sostener que Gloria no puede cambiar la condición de sus distribuidores, ni finalizar sus relaciones comerciales, en tanto ello afectaría la rentabilidad de sus distribuidores.
    - (ii) El mercado de producto o servicio relevante no está definido únicamente por la leche evaporada, sino que también está compuesto por los productos sustitutos de esta, 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 FP 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 tal como lo señaló Nestlé, 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. Asimismo,

Laive S.A. (en adelante, Laive) podría ingresar a competir a este mercado.

- (v) A Gloria y FP no les generó ningún beneficio adicional el terminar una relación comercial con un distribuidor, en la medida que existieron otros distribuidores. De esta forma, el escenario descrito por el denunciante según el cual FP retiró del mercado a E&B con el fin de incrementar los precios, perjudicando así a los consumidores, no se condijo con la realidad.
  - (vi) El mercado no se vio perjudicado por el retiro de E&B de la categoría de distribuidor, pues los precios no se han incrementado. Por lo 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. Del mismo modo, la competencia *intermarca* se ha visto beneficiada, en tanto E&B inició la distribución de productos de la marca Nestlé.
  - (vii) El cambio de condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista se sustentó en el incumplimiento por parte de esta de las obligaciones que le eran exigibles en su calidad de distribuidor y no con el fin de obtener mayores beneficios afectando la competencia. En particular, E&B incumplió con su obligación de abastecer a los minoristas ubicados en las periferias y aprovechó el descuento otorgado por ser distribuidor para entregar el producto a los mayoristas, tarea que no le correspondía.
  - (viii) Los contratos en los cuales se determinan condiciones con los distribuidores en el mercado de Ucayali son verbales. En ese sentido, no cuenta con las pruebas para demostrar que E&B se encontraba obligada contractualmente a abastecer a los minoristas en las periferias. Sin embargo, sería esta empresa quien tiene la carga de probar que sí cumplió con atender a dichos puntos de venta.
  - (ix) FP no competía con los distribuidores, pues estos últimos se encargaban de abastecer a los minoristas, mientras que FP abastecía a los mayoristas. Aún si hubiese existido relación de competencia, lo estipulado por el denunciante carece de objeto dado que Gloria no cambió la condición de MG. Incluso, dio a esta última la línea de leche que tenía E&B (Pura Vida).
5. El 26 de octubre de 2012, mediante el Informe Técnico 034-2012/ST-CLC-INDECOPI (en adelante, Informe Técnico), la Secretaría

Técnica de la Comisión emitió su opinión respecto al presente procedimiento y recomendó a la Comisión lo siguiente:

- (i) Declarar fundada la denuncia de E&B contra Gloria y FP 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 con lo previsto en los artículos 1 y 10.2, literal h), del Decreto Legislativo 1034.
  - (ii) Sancionar a Gloria y a FP con una multa de 30 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) a ser asumida de forma solidaria por ambas empresas.
6. Mediante escrito del 22 de noviembre de 2012, FP y Gloria reiteraron los argumentos presentados a lo largo del procedimiento y, del mismo modo, añadieron los siguientes comentarios relacionados al Informe Técnico:
- (i) El Informe Técnico no 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, es decir, no se evalúan los verdaderos efectos en el mercado afectado.
  - (ii) Sobre la graduación de la sanción señalaron lo siguiente:
    - La diferencia de precios entre nivel mayorista y distribuidor no es un ingreso para FP o Gloria sino un sacrificio en sus ganancias, a cambio de que sus productos lleguen a las periferias.
    - Si se hubiera querido ganar el diferencial de precios entre distribuidores y mayoristas, simplemente se hubiera eliminado la categoría de distribuidores o les hubiera ofrecido las mismas condiciones que a los mayoristas (subiendo los precios).
    - Además, el volumen que se destinaba a E&B ahora se destina a MG, por lo que se sigue vendiendo el mismo volumen al mismo precio, solo que a otro agente económico.
    - Gloria no ha presentado documentación sobre las zonas que se acordaron serían atendidas por E&B en las periferias ni registros de las actividades de supervisión de Gloria en estas áreas, porque no existen o no están disponibles.
7. El 4 de diciembre de 2012, la Comisión emitió la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI mediante la cual declaró fundada la denuncia por E&B e impuso

una multa a Gloria y FP de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) a ser asumida de forma solidaria por ambas empresas. Las razones en las que se basó su decisión fueron las siguientes:

- (i) El mercado relevante es el de venta de leche evaporada a clientes distribuidores en la Región Ucayali.
  - (ii) Gloria ostentó posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo investigado debido a las altas cuotas de mercado, las preferencias de los consumidores de la Región Ucayali por las marcas de Gloria, la existencia de capacidad instalada ociosa, y la integración vertical de sus actividades.
  - (iii) Se acreditó que FP cambió la condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista.
  - (iv) El mercado afectado es el de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas en la Región Ucayali.
  - (v) Existió relación de competencia entre Gloria y E&B en la provisión a clientes mayoristas durante el periodo investigado. No existe un mecanismo para evitar que FP y los distribuidores operen como proveedores alternativos del mismo grupo de clientes mayoristas.
  - (vi) La existencia de competencia se verifica en que después de ocurrida la conducta denunciada, FP recuperó la cuota de mercado que había perdido en los meses anteriores a dicho cambio.
  - (vii) La exclusión de E&B del mercado afectado permitió a FP 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, generando un perjuicio para la competencia y un beneficio para el agente dominante.
  - (viii) Gloria no acreditó que el cambio de condición de E&B de cliente distribuidor a mayorista se encuentre justificado comercialmente.
8. El 10 de enero de 2013, Gloria presentó un recurso de apelación contra la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI. Los principales argumentos en que basó su apelación y los cuales amplió en posteriores escritos<sup>5</sup> fueron los siguientes:

<sup>5</sup> Ver escritos del 28 de noviembre y 6 de diciembre de 2013 en fojas 2042 y 2095 del expediente, respectivamente.

- (i) El mercado relevante definido por la Comisión debió haber incluido a la leche fresca, ya que los cuadros mostrados en la resolución evidencian que su participación en el consumo de leches industrializadas creció durante el período investigado. Asimismo, dado que la Comisión señala que deben de tomarse en cuenta las preferencias del consumidor, el nivel comercial debe ser no solo el de distribución, sino que debió haber incluido también a la comercialización. Además, la jurisprudencia utilizada por la primera instancia analiza la sustitución entre la leche fresca y en polvo y la leche fresca y la leche fresca UHT. Sin embargo, no se analizó la sustitución entre la leche fresca y la leche evaporada.
- (ii) Los factores evaluados por la primera instancia no permiten concluir la existencia de posición de dominio.
- (iii) La Comisión ha resuelto el caso mediante un análisis formalista, sin reparar que la supuesta restricción se ha dado a nivel *intramarca*, la cual muy excepcionalmente puede afectar el proceso competitivo. Más aún, considerando que luego de la conducta en cuestión E&B pasó a distribuir los productos de Nestlé, principal competidor de Gloria en la Región Ucayali, se fortaleció la competencia *intermarca*.
- (iv) Gloria utilizaba un esquema de distribución dual en la Región Ucayali, lo cual quiere decir que, en paralelo, FP podía vender los mismos productos que E&B y MG. Esto es lícito y eficiente.
- (v) La libertad de Gloria no se limita a la elección de un sistema de distribución dual, sino que cuenta con amplia libertad para modificarlo, incluso si ello genera inconvenientes a sus distribuidores independientes. De lo contrario, se podría llegar al absurdo de cuestionar como anticompetitiva cualquier decisión comercial en la cadena de distribución que implique cambios en la condición de los distribuidores, sus niveles de descuento o terminación de contratos con ellos; cuando en realidad no tiene efectos perjudiciales para los consumidores.
- (vi) Ningún proveedor se compromete con sus distribuidores independientes a mantener su sistema de distribución invariable en el tiempo, como por ejemplo asegurar el nivel comercial de estos o incluso mantener relaciones comerciales con ellos.
- (vii) La Comisión debió partir de la premisa de que la conducta era lícita e inocua para el mercado y no del supuesto inverso, esto es, que las denunciadas han incurrido en una infracción por no tener pruebas documentales que respalden su decisión.

- (viii) La distribución dual es eficiente y pro competitiva al crear ahorros en los costos de distribución y en la mejora del producto. Gloria lo emplea para tener control sobre su propio canal de distribución y, parcialmente, sobre otros canales manejados por distribuidores.
  - (ix) En la distribución dual no existe una competencia real entre el proveedor y sus distribuidores independientes. Ello debido a que ambos no tienen intereses contrapuestos como ocurre entre competidores, sino que apunta a maximizar las ganancias en las ventas de los productos del fabricante frente al resto de marcas.
  - (x) Incluso si se considerase que sí hay competencia, esta sería una competencia *intramarca*, la cual solo adquiere importancia en la medida que impacte en la competencia *intermarca*. Esto, sin embargo, no ha sido evaluado en la resolución apelada, pues la Comisión ha basado su análisis únicamente en una supuesta restricción *intramarca*. En ningún momento se analiza qué ocurrió a nivel *intermarca*, vale decir si esta competencia se redujo o se incrementó, y si los consumidores se vieron afectados por la conducta imputada.
  - (xi) Incluso una reducción sustancial de la competencia *intramarca*, que no ha ocurrido en este caso, no es inconsistente con el fomento de la competencia *intermarca* y el bienestar de los consumidores. Era necesario que la Comisión no solo analice el impacto *intramarca* sino que pase al nivel *intermarca*, lo cual no ocurrió.
  - (xii) Los distribuidores independientes reciben el producto directamente de FP, por tanto es evidente que recupere su cuota de mercado si esta retira a unos de sus distribuidores. No existe sustento, más allá de la eficiencia, para que un proveedor restrinja su propio sistema de distribución, porque terminaría limitando su poder de mercado. Gloria no podría obtener mayor poder de mercado restringiendo la competencia *intramarca*.
9. El 11 de marzo de 2013, Gloria y FP solicitaron a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) el uso de la palabra para fundamentar su posición en una audiencia de Informe Oral.
10. El 6 de diciembre de 2013, Gloria presentó un informe acerca de la determinación y graduación de la sanción realizada por la Comisión. Los principales argumentos de dicho informe fueron los siguientes:
- (i) Para el cálculo del beneficio extraordinario de FP, la primera instancia asumió que la empresa no habría incurrido en costos para llevar a cabo

las ventas a los minoristas. De haber incluido los costos en su análisis, es probable que el beneficio habría resultado ser cero.

- (ii) Es un error considerar trece meses para calcular el beneficio ilícito, en tanto FP únicamente vendió directamente a mayoristas durante un mes, luego de lo cual fue MG quien se encargó de dichas ventas.
- (iii) No se sustentó que la probabilidad de detección ascendiera a 0.75. La conducta era fácil de detectar a través de pruebas directas, por lo que dicha probabilidad debería ascender a 1.
- (iv) En el supuesto negado de que la multa base fuera positiva, no se aplicaron correctamente los factores agravantes y atenuantes.
  - a. En cuanto a la modalidad y alcance de la conducta, la Comisión no acredita que la competencia se haya restringido por la conducta, en tanto E&B no dejó de abastecer a los mayoristas, pues pasó a distribuir leche evaporada Nestlé, lo cual elevó la competencia. Los clientes mayoristas tampoco vieron reducidas sus posibilidades, puesto que MG reemplazó, luego de un mes, a E&B y ello no involucró un incremento a los precios pagados por los mayoristas.
  - b. En relación con el mercado afectado, este no estaría constituido por la venta de leche evaporada a clientes mayoristas en la Región Ucayali, pues la restricción se habría limitado a una marca de leche (Pura Vida).
  - c. Se penalizó el mero ejercicio del derecho de defensa de Gloria al plantear justificaciones que no pudo respaldar con la información requerida por la Comisión.

11. El 13 de diciembre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral con la participación de las denunciadas.

## II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

12. Luego de revisar el expediente y conforme a los antecedentes expuestos, a criterio de esta Sala, deberá determinarse lo siguiente:

- (i) Si el mercado relevante fue correctamente delimitado por la Comisión;
- (ii) si Gloria mantenía una posición de dominio en el mercado durante el período investigado; y,

- (iii) si el cambio de cliente distribuidor a cliente mayorista constituye un abuso de posición de dominio y, de ser el caso, si corresponde imponer una sanción a FP y Gloria y dictar medidas correctivas.

### III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

#### III.1 Marco conceptual

##### III.1.1 El abuso de posición de dominio

13. El Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, proscribe toda conducta que atente contra la libre competencia. Así, el artículo 1 de esta norma establece que la finalidad de la ley es prohibir y sancionar las conductas que atentan contra el proceso competitivo, y que por ende, afectan la eficiencia económica en los mercados<sup>6</sup>.
14. El artículo 10.1 de la norma en mención<sup>7</sup> señala que existe abuso de posición de dominio 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, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
15. Asimismo, el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>8</sup> señala que, en general, el abuso de posición de dominio

<sup>6</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

**Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.**

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

<sup>7</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

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

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición de 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.

(...)

<sup>8</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

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

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente 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;

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

consiste en aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado (efecto exclusorio) por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

16. En este sentido, la norma citada establece que los supuestos de abuso de posición de dominio solo podrán consistir en conductas de **efecto exclusorio**. Un abuso de posición de dominio constituye una práctica exclusoria que afecta directamente la dinámica de la competencia, en la medida que impide el acceso de competidores del dominante al mercado o dificulta su permanencia en él.
17. En particular, la Sala ha establecido que la exigencia de probar el carácter exclusorio de las prácticas de abuso de posición de dominio implica distinguir aquellas prácticas que buscan mantener la participación de mercado mediante la exclusión o impedimento de ingreso al mercado de competidores reales o potenciales, de aquellas prácticas que simplemente son el producto del ejercicio del poder de mercado. Las primeras se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la ley, mientras que en el segundo tipo de prácticas se encuentran aquellas relacionadas con los procesos de maximización de beneficios de los agentes económicos<sup>9</sup>, pudiendo incluso resultar en precios que puedan ser denominados como “excesivos” pero que no presentan incidencia sobre el proceso competitivo<sup>10</sup>.
18. Sobre la importancia del efecto exclusorio, a manera de ejemplo, en la Resolución 611-2013/SDC-INDECOPI, la Sala declaró que no se encontraron indicios razonables para sostener que Petroperú S.A. haya podido obtener beneficios o generado perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En el mencionado caso, la Sala determinó que la empresa denunciante, Llama Gas S.A., no tuvo una relación de competencia directa o indirecta con el presunto dominante, pues dicha empresa se encargaba principalmente del envasado de GLP y la venta minorista del

---

d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;

e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;

g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *Organización Industrial*. Universidad del Pacífico, 2006, BUP-CENDI. Lima, pág. 69.

<sup>10</sup> A nivel jurisprudencial, la Sala ha establecido que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contempla las prácticas explotativas (por ejemplo, los precios excesivos o abusivos) como parte de las conductas de abuso de posición de dominio, limitándose a sancionar aquellas que generen efectos exclusorios. Ello, toda vez que el artículo 10.5 de la norma en mención establece que “no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales”, siendo que las prácticas explotativas no afectan el proceso competitivo. Ver Resolución 708-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011.

mismo, mientras que Petroperú S.A., por su parte, se dedicaba al suministro y la venta mayorista de GLP. En esa medida, las prácticas realizadas por Petroperú S.A. no excluían a algún rival actual o potencial, directo o indirecto del mercado.

19. Por otro lado, se encuentra el caso que dio lugar a la Resolución 930-2011/SC1-INDECOPI por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Deprodeca S.A.C. (en adelante, Deprodeca) contra Super Star S.R.L. En el mencionado procedimiento, la Sala estableció que para que se produzca un abuso de posición de dominio, es necesario que la conducta denunciada genere un efecto exclusorio. En este sentido, se verificó que pese a que Deprodeca ostentó la exclusividad en la distribución de productos de Gloria en Moquegua, al no presentarse una relación de competencia con el denunciante -una empresa mayorista- no era posible que se genere un efecto exclusorio en perjuicio del denunciante como consecuencia de la conducta denunciada.
20. De acuerdo con el artículo 10.4 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>11</sup>, los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados como prohibiciones relativas, al amparo del artículo 9 de dicha norma<sup>12</sup>, debiéndose probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores. Por ello, la autoridad de competencia también deberá evaluar las justificaciones alegadas por las denunciadas y sopesar sus efectos positivos y negativos sobre el proceso competitivo.
21. La prohibición relativa demanda que para la configuración de la infracción, no solo es necesario verificar la ejecución de la conducta imputada, sino que se acredite la existencia de un resultado negativo, o la potencialidad concreta de dicho resultado (cierto e inminente) sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En otras palabras, la conducta debe generar una lesión efectiva (daño concreto) o calificar como una conducta idónea que amenace con generar efectos nocivos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores (daño potencial) que sobrepase los beneficios de la conducta, para que sea sancionable como infracción a las normas de defensa de la competencia.

<sup>11</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

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

(...)

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

(...)

<sup>12</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

**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.

22. En este sentido, los requisitos concurrentes para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes<sup>13, 14</sup>:
- (i) Definir el mercado relevante;
  - (ii) Determinar si alguna de las partes denunciadas ostenta posición de dominio en el mercado relevante;
  - (iii) Establecer si la conducta denunciada se encuentra acreditada;
  - (iv) Ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las justificaciones basadas en eficiencias pro competitivas derivadas de la conducta bajo análisis; y,
  - (v) Verificar si el supuesto infractor obtuvo beneficios y causó perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio).
23. El presente procedimiento, al ser uno de abuso de posición de dominio<sup>15</sup>, requiere analizar las consecuencias de la práctica denunciada sobre los mercados afectados en el mismo o distintos niveles productivos, a nivel *intramarca* e *intermarca*.
24. La competencia *intermarca* hace referencia a la competencia entre las marcas de productos provistos por distintos agentes económicos. En contraste, la competencia *intramarca* se refiere a la competencia de los distribuidores, mayoristas y minoristas con relación a una marca específica de un producto de un determinado fabricante<sup>16</sup>. En ambos tipos de competencia, pueden darse relaciones contractuales que generen beneficios (como los servicios postventa, la estandarización de la calidad, entre otros) o perjuicios sobre el proceso competitivo (derivados de la exclusividad en la comercialización, sistemas de descuentos exclusorios, entre otros).
25. En este contexto, resulta importante desarrollar a continuación el alcance de la figura de restricciones verticales, pues estas últimas pueden tener efectos en la competencia *intramarca* y/o *intermarca*.

<sup>13</sup> Ver por ejemplo, Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI y 1122-2007/TDC-INDECOPI.

<sup>14</sup> Asimismo, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, por sus siglas en inglés), la determinación de abuso de posición de dominio involucra distintas etapas: (i) definición del mercado relevante; (ii) determinación de la posición de dominio, considerando la participación de mercado, barreras a la entrada y otras características; y, (iii) evaluación de la conducta en los términos establecidos en la ley de competencia. *Competition Law & Policy OECD, Policy Roundtables. Abuse of Dominance and Monopolisation*, 1996, pág. 14. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/2379408.pdf>. Fecha de última visita: 20 de agosto de 2015.

<sup>15</sup> Ver nota al pie 7.

<sup>16</sup> WHISH, Richard. *Competition Law*. Editorial Lexis Nexos, quinta edición, Londres, 2003, pág. 589; HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Editorial Thomson – West, tercera edición, Minnesota, 2005, pág. 447.

### III.1.2 Restricciones verticales

26. Las restricciones verticales se definen como aquellos acuerdos o convenios entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción, que restringen las condiciones bajo las cuales los contratantes pueden comprar, vender o revender un bien o servicio<sup>17</sup>. En esa medida, las restricciones verticales son capaces de generar efectos *intramarca*, producto de la competencia dentro de la misma marca, o *intermarca*, es decir, como consecuencia de la competencia entre marcas distintas.
27. En el ámbito de la Unión Europea, las Directrices referidas a las Restricciones Verticales<sup>18</sup> establecen sobre el particular lo siguiente: “*Los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios*”.
28. Conforme a las mencionadas Directrices, las restricciones verticales pueden generar consecuencias negativas para el mercado, tales como:
- (i) la exclusión de otros proveedores o compradores mediante el incremento de barreras de acceso al mercado;
  - (ii) reducción de la competencia *intermarca* entre los agentes que operan en un mercado, además de la facilitación de conductas colusivas (explícitas o tácitas) entre proveedores o compradores;
  - (iii) reducción de la competencia *intramarca* entre distribuidores de la misma marca; y,
  - (iv) creación de obstáculos para la integración de mercados (de ser el caso).
29. Los principales tipos de restricciones verticales se han clasificado según grupos que se describen a continuación<sup>19</sup>:
- (i) Marca única: Dentro de este se incluyen a los acuerdos que tienen como objeto obligar al comprador a concentrar sus adquisiciones de todo o buena parte de un producto determinado, en un único proveedor o productor. Los riesgos para la competencia derivados de este grupo de

<sup>17</sup> HAHN, Robert. *Antitrust Policy and Vertical Restraints*. Editorial AEI – Brooking Joint Center for Regulatory Studies, primera edición, Washington, D.C., 2006, pág. 1; ROSS, Stephen. *Principles of antitrust Law*. Editorial The Foundation Press, Inc., New York, 1993, pág. 224; MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Editorial Cambridge University Press, primera edición, New York, 2004, Pág. 302.

<sup>18</sup> Directrices referidas las Restricciones Verticales (2000/C 291/01). Disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:291:0001:0044:ES:PDF>. Fecha de última visita: 21 de agosto de 2015.

<sup>19</sup> Op. Cit., Directrices referidas las Restricciones Verticales (2000/C 291/01).

restricciones son: (i) la exclusión de competidores proveedores (reales o potenciales), (ii) la facilitación de acuerdos colusorios entre proveedores en caso de uso acumulativo y (iii) en el caso que el comprador sea un minorista, una pérdida de competencia *intermarca* a nivel de consumidor final.

- (ii) Distribución limitada: Bajo este grupo se incluyen a los acuerdos cuya principal característica consiste en que un determinado productor venda su producto a un solo o un reducido número de compradores. Los principales efectos negativos que se pueden atribuir a este grupo de conductas son que: (i) imposibilita que algunos compradores puedan adquirir el producto o insumo relevante directamente del fabricante; (ii) facilita los acuerdos colusorios entre proveedores o distribuidores, al limitar el número de minoristas; y, (iii) reduce la competencia *intramarca* al reducirse el número de distribuidores que ofrecen el producto.
  - (iii) Mantenimiento de precio de reventa: En este grupo se incluyen los acuerdos que tienen como característica obligar al comprador (mayorista o minorista) a no revender un determinado producto por debajo o por sobre un precio establecido por el proveedor (por ejemplo, los acuerdos de precios de reventa fijos, recomendados, etc.). Los principales efectos negativos atribuidos a esta clase de acuerdos son: (i) la reducción de la competencia *intramarca* entre distribuidores y (ii) una mayor transparencia de precios que facilite la colusión horizontal entre fabricantes o distribuidores.
  - (iv) Compartimiento de mercado: En este grupo se incluyen a los acuerdos verticales mediante los cuales se restringe la posibilidad de abastecimiento o reventa de un comprador con relación a un producto específico en un determinado ámbito geográfico. Los principales efectos anticompetitivos de esta clase de acuerdos radican en que se limite la competencia *intramarca*, que puede coadyuvar a que el proveedor compartimente el mercado y obstaculice la integración del mismo.
30. Los acuerdos verticales por lo general se encuentran orientados a generar eficiencias, principalmente en lo referente a la competencia en factores distintos del precio, motivo por el cual en cada caso concreto deben analizarse sus eventuales efectos anticompetitivos en el mercado. Sobre este particular, se ha sostenido que:

“La colaboración entre empresas que se encuentran en distintos niveles de la cadena de producción a través de acuerdos verticales, supone muchas veces un mejor uso y optimización de los recursos, lo que se traduce en ocasiones en una mejora del sistema de producción y distribución del bien y servicio, en un incremento en las prestaciones a favor del consumidor e incluso en ocasiones en una reducción del precio del producto final. Con estos acuerdos o prácticas,

*las empresas partícipes incrementan su confianza mutua, se coordinan y adaptan a las necesidades recíprocas y como resultado bajan sus costes y aumentan la calidad del producto y del nivel de prestaciones.*<sup>20</sup>

(Subrayado añadido)

31. Al respecto, las Directrices de la Unión Europea han consignado un listado no taxativo de aquellas eficiencias o justificaciones más comunes para la celebración de acuerdos restrictivos verticales, entre las que se encuentran las siguientes:
- (i) Solución de los problemas de “parasitismo” (Free rider): Mediante un acuerdo de distribución exclusiva, por ejemplo, se puede evitar que un distribuidor se aproveche de las actividades de promoción realizadas por un competidor. Si un minorista invierte en servicios de preventa de una marca específica a efectos de incrementar su demanda por parte de los consumidores, se espera lógicamente que tenga un interés de evitar que otro minorista realice ventas aprovechándose de una inversión en la que no ha contribuido<sup>21</sup>.
  - (ii) Apertura e ingreso a nuevos mercados: El ingreso a un nuevo mercado geográfico puede requerir que el distribuidor realice “inversiones iniciales” específicas para introducir la marca. En tal sentido, con el fin de incentivar dichas inversiones, el productor puede otorgar una protección especial mediante una exclusividad territorial, permitiéndole a su distribuidor que fije un precio elevado temporalmente a efectos de recuperar sus inversiones.
  - (iii) Parasitismo de certificado: En determinados mercados, algunos minoristas tienen la reputación entre los consumidores de ofrecer productos de “calidad”, por lo que en un inicio si los productores no fuesen capaces de restringir sus ventas a través de dichos minoristas, podría ocurrir que el producto en cuestión no se oferte en el mercado o fracase su proceso de introducción.
  - (iv) Problema de cautividad: Este caso se presenta cuando un proveedor o un comprador deben realizar inversiones destinadas a un cliente

<sup>20</sup> ZURIMENDI, Aitor. *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Editorial Thomson – Civitas, primera edición, Navarra, 2006, pág. 84.

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

<sup>21</sup> En ese sentido, ver también WHISH, Richard. Op. Cit., pág. 592.

específico<sup>22</sup> de tal manera que no comprometería su capital en la realización de tales inversiones si previamente no consigue celebrar un acuerdo de suministro exclusivo que asegure la recuperación de su inversión.

- (v) Economías de escala en la distribución: Este caso se observa cuando un fabricante debe restringir la reventa de su producto en un número reducido de distribuidores, de tal manera que pueda alcanzar economías de escala y, por ende, lograr un precio minorista reducido.
32. Un ejemplo de lo señalado lo constituyen los acuerdos verticales no relacionados con la fijación de precios, como en el caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* 433 U.S. 36, (1977)<sup>23</sup>, en donde se tomó en cuenta que si bien la distribución exclusiva en determinadas zonas impuestas por el fabricante restringía la competencia *intramarca*, promovía con ello la competencia *intermarca*. El establecimiento de zonas exclusivas incentivó a los distribuidores a invertir en mejores servicios que permitieron posicionar la marca del producto frente a la del competidor, logrando así una ventaja competitiva<sup>24</sup>.
33. Respecto a las conductas relacionadas con restricciones verticales referentes a la fijación de precios, desde el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*<sup>25</sup>, (2007), estas han pasado a ser analizadas como prohibiciones relativas y no como prohibiciones absolutas. La Corte Suprema de los Estados Unidos anuló lo estipulado en el caso de *Dr. Miles*<sup>26</sup>, señalando que los efectos pro competitivos del mantenimiento de precio mínimo de reventa pueden superar al daño causado por la conducta anticompetitiva. El criterio de ilegalidad *per se* de una conducta se reservó para acuerdos en los que

<sup>22</sup> Según las Directrices mencionadas, una inversión realizada por el proveedor se considerará específica si luego de finalizado el contrato, no puede ser utilizada por el proveedor para suministrar a otros clientes o no puede venderse; de otro lado, una inversión realizada por el comprador se considera específica si luego de extinguido el contrato no puede ser utilizado por el comprador para adquirir y/o usar productos suministrados por otros proveedores.

<sup>23</sup> Un caso anterior en el que se consideró al reparto de zonas exclusivas como una prohibición absoluta fue el de *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, (1967); en el cual el distribuidor se dedicó a revender los productos que había adquirido del fabricante.

<sup>24</sup> El mismo razonamiento fue desarrollado por la Corte respecto a los acuerdos verticales sobre el mantenimiento de precios de reventa, en *State Oil Co. vs. Khan* (1997) y en *Leegin Creative Leather Products, INC. vs. PSKS INC.* (2007). Para un desarrollo sobre la aplicación de la regla de la razón en acuerdos verticales sobre mantenimiento de precio de reventa en la jurisprudencia norteamericana, ver ZULETA LONDOÑO, Alberto. *La regulación sobre mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del Derecho colombiano de la competencia*. Revista de Derecho de la Competencia, Vol. 7, 2011. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/artc3adculo-mpr-alberto-zuleta-v1-word-97.docx>. Fecha de última visita el 26 de octubre de 2015.

<sup>25</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877.

<sup>26</sup> *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Son Co.*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 220 U.S. 273. Fallo emitido el 3 de abril de 1911. Este fue el caso en el que una primera productora de medicinas estableció los precios a mayoristas y minoristas y fue tratado por la Corte como una prohibición absoluta.

siempre o casi siempre se causen daños sobre la competencia, manifestándose una vez más la necesidad de realizar un balance de los efectos pro y anti competitivos de la conducta.

34. Pese a la existencia de justificaciones basadas en la eficiencia económica, las restricciones verticales también tienen la capacidad de generar efectos negativos sobre la competencia en aquellos casos en que una o ambas partes del acuerdo ostentan posición de dominio en algunos de los mercados relacionados<sup>27</sup>. En tal sentido, las Directrices de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales establecen lo siguiente<sup>28</sup>:

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

(...)

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

i) exclusión contraria a la competencia de otros proveedores u otros compradores poniendo obstáculos a la entrada o a la expansión;

ii) relajación de la competencia entre el proveedor y sus competidores o facilitación de la colusión entre estos proveedores, a menudo mencionada como reducción de la competencia intermarca<sup>39</sup>;

iii) relajación de la competencia entre el comprador y sus competidores o facilitación de la colusión entre estos competidores, a menudo mencionada como reducción de la competencia intramarca, si afecta a la competencia de los distribuidores por razón de la marca o producto del mismo proveedor;

iv) creación de obstáculos a la integración de mercados, entre los que se incluyen, sobre todo, las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado miembro de su elección.

<sup>27</sup> Sobre el particular, se ha sostenido en la doctrina estadounidense que “un contrato de distribución exclusiva podría limitar la competencia ineficientemente si la firma proveedora tiene posición dominante en el mercado y la entrada en la siguiente etapa de la cadena productiva está restringida. En la medida que se puedan construir rápidamente nuevas facilidades en esta etapa, una exclusión resulta improbable”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Editorial Thomson – West, Segunda Edición, Minnesota, 1999, p. 431.

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

<sup>28</sup> Ver numerales 6, 96, 98 y 135 de las mencionadas Directrices. Disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_vertical\\_agreements/draft\\_notice\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_notice_es.pdf). Fecha de última visita: 26 de octubre de 2015.

(...)

(98) En un mercado en el que los distribuidores individuales distribuyen la marca o marcas de un único proveedor, una reducción de la competencia entre los distribuidores de la misma marca llevará a una reducción de la competencia intramarca entre estos distribuidores, pero puede no tener un efecto negativo en la competencia entre los distribuidores en general. En tal caso, si la competencia intermarca es feroz, es poco probable que una reducción de la competencia intramarca tenga efectos negativos para los consumidores.

(135) En caso de que el acuerdo se refiera al suministro de un producto final en el nivel mayorista, la probabilidad de que aparezcan problemas de competencia por debajo del nivel de posición dominante depende en gran medida del tipo de actividad mayorista y de los obstáculos a la entrada en este nivel. No hay un riesgo real de exclusión cuando fabricantes competidores pueden organizar fácilmente sus propias actividades mayoristas. Si los obstáculos a la entrada son o no escasos es cuestión que en parte depende del tipo de actividad mayorista, es decir, de si los mayoristas pueden o no operar con eficiencia únicamente con el producto contemplado en el acuerdo (por ejemplo, helados) o si es más eficaz operar con toda una gama de productos (por ejemplo, alimentos congelados). En este último caso, para el fabricante que vende sólo un producto no es eficiente establecer sus propias actividades mayoristas. En este caso pueden aparecer efectos anticompetitivos. También pueden aparecer problemas de efecto acumulativo si varios proveedores vinculan a la mayoría de los mayoristas disponibles.

(Subrayado añadido, nota al pie no incluida)

35. Los párrafos precedentes ratifican la postura de analizar cada caso de manera independiente, considerando el poder de mercado de las empresas bajo análisis. De lo contrario, no habría límite alguno a la intervención del derecho de la competencia en las decisiones empresariales, pudiendo afectarse seriamente la eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores.
36. Para ilustrar lo mencionado, en el caso *Levi Strauss & Co. v. Federal Trade Commission et al.* (1977)<sup>29</sup>, se ordenó a la empresa suspender su política de establecimiento de precios mínimos sobre sus jeans. La consecuencia fue que durante la década de 1980 las ventas de la empresa disminuyeron, debido a la pérdida de prestigio de la marca Levi's y el ingreso de otras marcas reconocidas al mercado, como Calvin Klein, Gloria Vanderbilt o Jordache, las cuales capturaron parte del mercado de jeans exclusivos que antes era atendido por Levi's<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> *Levi Strauss & Co. v. Federal Trade Commission et al.*, USDC ND Cal., N° C-76-735-CBR.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *Organización Industrial*. Universidad del Pacífico, 2006, BUP-CENDI. Lima, pág. 259.

37. En el caso antes citado, la restricción vertical estuvo orientada a brindar servicios que permitían que la marca de Levi Strauss pudiera atender al mercado de jeans exclusivos. La prohibición de dicha restricción afectó a la marca Levi's y consecuentemente a sus ventas. En ese caso no se evidenció cómo la restricción vertical produjo daños sobre la competencia o los consumidores, toda vez que se basaba en principios de eficiencia económica. El ingreso de nuevas marcas, que buscaban atender la demanda que Levi's había dejado desatendida, reveló la ausencia de efectos anticompetitivos tanto sobre la competencia como sobre el bienestar de los consumidores.
38. Por lo antes expuesto, la Sala considera que las restricciones verticales con efectos *intramarca* y/o *intermarca* pueden afectar el proceso competitivo en tanto no se justifiquen en eficiencias que puedan superar a los posibles efectos anticompetitivos producidos por las restricciones.
39. Corresponde a continuación determinar la forma en que se desarrolla el proceso competitivo en el caso en cuestión.

### III.1.3 La distribución dual

40. En el presente caso, el cambio de categoría de cliente distribuidor a cliente mayorista se da en el marco de un esquema de distribución dual. Este tipo de sistema de distribución consiste en un esquema de integración vertical donde el productor o fabricante realiza una doble función. Por un lado, produce y vende a los distribuidores y, por el otro, compete con estos en la provisión de los productos a mayoristas y minoristas.
41. Sullivan y Hovenkamp<sup>31</sup> señalan lo siguiente respecto al sistema de distribución dual:

*“Un sistema de distribución dual es uno en el cual el fabricante (proveedor) funciona en el mismo nivel en el mercado que sus distribuidores al mismo tiempo que se desempeña como proveedor. El fabricante así opera en dos niveles separados de competencia, enfrentando dos fuerzas competitivas separadas – una inter-marca (a nivel de fabricante) y otra intra-marca (a nivel distribuidor).”*

42. Asimismo, Hovenkamp señala que en estos casos cualquier utilidad ganada en el nivel de distribución podría también ser ganada en el nivel de producción de la empresa dominante<sup>32</sup>. Es decir, como cualquier agente económico

<sup>31</sup> SULLIVAN, Thomas y HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. 2004, pág. 491-492.

<sup>32</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 2005, pág.490. *“If the manufacturer has market power, any monopoly profits earned at the retailer level could also be earned at the*

racional, el fabricante puede decidir contratar a distribuidores independientes, mientras que mantiene la distribución propia, siempre que tal sistema de distribución le permita reducir los costos de distribución y/o aumentar sus ventas. Por ejemplo, el uso de distribuidores independientes le puede ayudar a cubrir zonas que para el fabricante resultaría costoso llegar, o administrar un canal dirigido a un público objetivo respecto al cual el distribuidor independiente tenga mayor experiencia. En otras palabras, en un sistema de distribución dual se pueden generar importantes eficiencias, beneficiando a los consumidores.

43. Sin embargo, como se ha señalado, en un sistema de distribución dual el fabricante enfrenta dos niveles separados de competencia (*intramarca* e *intermarca*), por lo que es posible que en este sistema de distribución se implementen mecanismos que restrinjan la competencia *intramarca* y/o *intermarca*.
44. En tal sentido, la Sala resalta la importancia de evaluar la afectación de la competencia *intramarca* e *intermarca* producidas por acuerdos implementados en un sistema de distribución dual, sopesando los efectos positivos y negativos que surjan o puedan surgir sobre la competencia *intramarca* y/o *intermarca*.
45. En el presente caso, el cambio de categoría de E&B, de distribuidor a mayorista, se configura como una restricción vertical. Es decir, el abuso de posición de dominio denunciado se produce en el marco de una integración vertical, a través de una conducta que involucra a agentes económicos ubicados en distintos niveles de la cadena de producción – comercialización (Gloria y FP) y que realizan actividades complementarias. En esa medida, el cambio de categoría de un distribuidor (E&B) a un nivel inferior (“aguas abajo”) de la cadena de comercialización, impone una condición sobre cómo distribuir el producto relevante.
46. El supuesto abuso de posición de dominio denunciado consistió en que el distribuidor regional (FP), integrado verticalmente con la empresa dominante (Gloria), asumió la distribución de leche evaporada a mayoristas en la Región Ucayali, excluyendo a un distribuidor independiente (E&B) del mercado relevante.
47. En efecto, Gloria y FP están sujetas al control<sup>33</sup> de un mismo conjunto de personas naturales<sup>34</sup> y que de conformidad con lo dispuesto por las Normas

---

*manufacturer level*”.

<sup>33</sup> Sobre el concepto de control a efectos de evaluar la existencia de un grupo económico, la Sala con la anterior conformación ha señalado que “se entiende por tal la capacidad del agente controlante de influir permanentemente sobre la actividad y las decisiones de la empresa controlada relacionadas con su estrategia competitiva”. Ver

Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS 5780-2015 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP<sup>35</sup>, ambas empresas forman parte del mismo grupo económico. En consecuencia, actúan como un solo y único agente económico en el mercado.

48. En esa medida, dado que Gloria y FP pertenecen al mismo grupo económico, la conducta en cuestión debe ser analizada como un caso de abuso de posición de dominio. En particular, al ser FP la distribuidora de Gloria para la Región Ucayali, se entiende que ambas se encuentran operando como un grupo económico en el mismo mercado. En el siguiente gráfico se muestran a los agentes económicos que participan en las cadenas de producción, distribución y comercialización, en el periodo previo a la realización de la conducta.

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

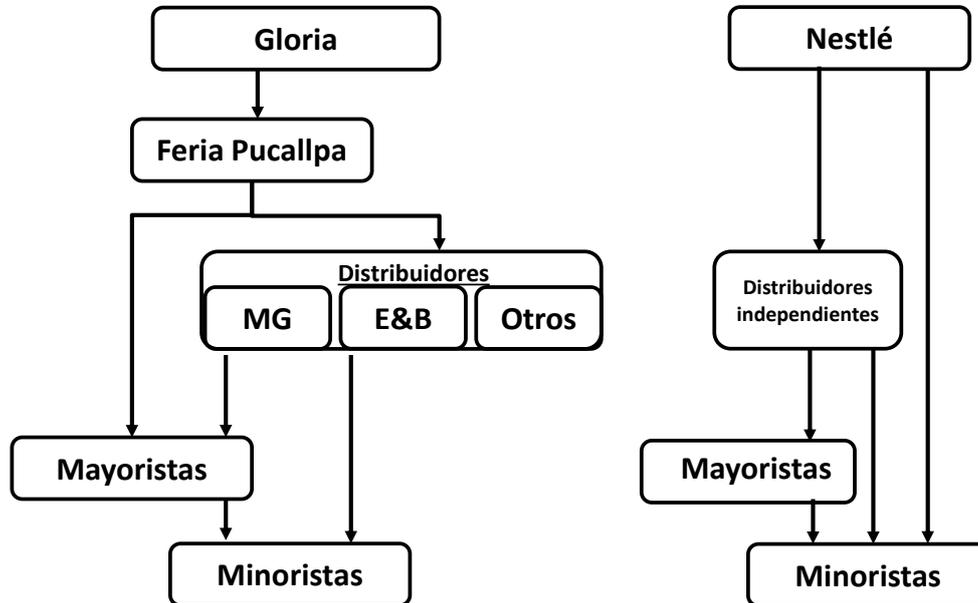
---

Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011 y Resolución 794-2011/SC1-INDECOPI del 5 de abril de 2011.

<sup>34</sup> Feria Pucallpa es una empresa cuyo accionariado se divide en un 50% para cada uno de los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez. A su vez, estas dos personas naturales cuentan con el 99.99% del accionariado de la empresa José Rodríguez Banda S.A., que a su vez es dueña del 75.55% de Gloria S.A. Ver <http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Organigrama%20GG%2023.09.2015.pdf>, [http://www.smv.gob.pe/Frm\\_GrupoEconomicoDetalle.aspx?str\\_denominacion\\_social\\_value=117&str\\_grupo\\_economico\\_value=92&str\\_denominacion\\_social\\_text=GLORIA+S.A.&str\\_grupo\\_economico\\_text=GRUPO+GLORIA](http://www.smv.gob.pe/Frm_GrupoEconomicoDetalle.aspx?str_denominacion_social_value=117&str_grupo_economico_value=92&str_denominacion_social_text=GLORIA+S.A.&str_grupo_economico_text=GRUPO+GLORIA) y [http://128.121.179.224/files/instituciones\\_no\\_financieras/gloria/2009/gloria\\_09.pdf](http://128.121.179.224/files/instituciones_no_financieras/gloria/2009/gloria_09.pdf). Fecha de última visita: 26 de octubre de 2015.

<sup>35</sup> Regulación que resulta aplicable supletoriamente debido a que no existe una norma de aplicación general sobre esta materia.

**Gráfico N° 1**  
**Estructura del mercado en la Región Ucayali, hasta marzo 2009**



Elaboración: ST-SDC

49. Del gráfico anterior se observa que tanto Gloria como FP actúan en distintos niveles de la cadena productiva (producción y distribución, respectivamente). Esta estructura de mercado permite identificar que la conducta denunciada potencialmente podría involucrar distintas etapas del proceso productivo en el que operan las denunciadas. Así, con la finalidad de tomar en cuenta los beneficios y/o perjuicios de la conducta denunciada, corresponde evaluar los posibles efectos pro o anticompetitivos sobre otros mercados además del mercado relevante. Para ello, se debe determinar el mercado o los mercados afectados.
50. Conforme a lo expuesto, corresponde a continuación determinar, en el caso concreto, el mercado relevante y analizar si alguna de las empresas imputadas ostenta posición de dominio; posteriormente, se evaluarán las justificaciones presentadas por las imputadas y se hará un balance entre la finalidad restrictiva y las eficiencias pro competitivas derivada de la conducta en los mercados afectados, conforme a los términos y finalidades de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

### III.2. El mercado relevante

51. La delimitación del mercado relevante se encuentra estrechamente asociada al concepto de posición de dominio, toda vez que será en el ámbito de un

mercado en particular que un agente económico determinado gozará de posición dominante<sup>36</sup>. Al respecto, el artículo 6.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que el mercado relevante está compuesto por un bien o grupo de bienes determinados y un ámbito geográfico donde se comercializarán dichos bienes<sup>37</sup>.

52. El mercado de producto relevante<sup>38</sup> incluye a todos aquellos bienes y servicios que los demandantes consideran sustitutos o intercambiables entre sí<sup>39</sup> en función de sus características, precio, calidad, usos y otras condiciones inherentes al producto<sup>40</sup>. Así, anteriormente se ha sostenido que:

*“El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo<sup>41</sup>.”*

<sup>36</sup> En la Unión Europea, la Comisión ha aprobado la Comunicación acerca de la “Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia” (97/C 372/03) - Diario Oficial N° C 372 publicado el 09 de diciembre de 1997, en el cual se señala que: “*el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico. ...*”. Ver [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). Fecha de última visita el 21 de agosto de 2015.

En los Estados Unidos de América, el *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission*, aprobaron los *Horizontal Merger Guidelines* en el cual se señala que: “*un mercado es definido como un producto o grupo de productos y el área geográfica en la cual se producen o venden...*”. Traducción libre del siguiente texto: “*A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold...*” Disponible en: <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc/doj-announce-revised-guidelines-efficiencies-mergers/hmg.pdf>. Fecha de última visita el 21 de agosto de 2015.

<sup>37</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

**Artículo 6.- El mercado relevante.**

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

(...)

<sup>38</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

**Artículo 6.- El mercado relevante**

(...)

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes y consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para su sustitución.

<sup>39</sup> Conforme a la Comunicación de la Comisión Europea sobre Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia: “*El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos o servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos*”.

<sup>40</sup> Sobre la definición del mercado producto, CONRATH, W, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 4, págs. 2 - 11; HYLTON, Keith. *Antitrust Law. Economic theory and common law evolution*. Editorial Cambridge University Press, Primera Edición, Cambridge, 2003, pág. 237 y ss.

<sup>41</sup> Ver por ejemplo, la Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A.; y, la Resolución 0857-2014/SDC-

53. De otro lado, el mercado geográfico<sup>42</sup> relevante está delimitado por las áreas o espacios geográficos donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante ya delimitado. Esto se mide en función de las restricciones que tendrían tanto los productores de otras zonas geográficas para trasladar sus productos a donde se encuentran los clientes, como a las limitaciones que enfrentan los propios consumidores para acceder a las otras áreas donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento<sup>43</sup>, debiendo evaluarse entre otros factores los costos de transporte y las barreras al comercio.

### III.2.1 Mercado de producto relevante

54. En el presente caso, E&B señaló que el mercado de producto o servicio relevante estaría constituido por la comercialización de productos de Gloria, siendo el más importante la leche evaporada. Por otra parte, FP y Gloria indicaron que el mercado de producto o servicio estaría constituido no solo por la leche evaporada, sino también por la leche en polvo y la leche fresca UHT, en la medida que serían sustitutos<sup>44</sup>.
55. En la resolución apelada, la Comisión concluyó que el mercado de producto o servicio relevante es el de venta de leche evaporada a clientes distribuidores. Para llegar a dicha conclusión, se basó en aspectos tales como el consumo por tipo de leches industrializadas, las preferencias de los consumidores y los precios.
56. Respecto al consumo por tipo de leches industrializadas, la Comisión señaló que en el período 2007-2010, según información de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y el Ministerio de Agricultura y Riego (Minagri), el nivel de consumo de leche evaporada respecto al total de

---

INDECOPI del 15 de diciembre de 2014, recaída en el procedimiento iniciado por la empresa Malva S.A. contra la empresa productora de cemento UNACEM S.A. y sus distribuidoras.

<sup>42</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

**Artículo 6.- El mercado relevante**

(...)

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

<sup>43</sup> Sobre el particular, WHISH ha manifestado que: *“La delimitación del mercado geográfico ayuda a identificar qué otras firmas imponen una restricción competitiva sobre otro agente bajo investigación. El costo de transporte es un importante factor: algunos bienes son tan caros de transportar en relación con su valor que no sería económico intentar venderlos en mercados distantes...”*. WHISH, Richard. Op. Cit., pág. 39. En ese mismo sentido, ver CONRATH. W, Craig. Op. Cit., Sección 4, pág. 12 y ss.

<sup>44</sup> Ver fojas 2077 a 2086 del expediente.

leches industrializadas se ubicó entre 86% y 92%; nivel superior al de la leche fresca UHT y al de la leche en polvo.

57. En relación con las preferencias de los consumidores, la Comisión tomó información de un estudio de 2002 del Minagri<sup>45</sup> que consistió en encuestas respecto a los niveles de preferencia para el consumo de leche y sus razones, según estrato social para Lima Metropolitana. A través de estas, la Comisión sustentó la preferencia de los consumidores por la leche evaporada.
58. Sobre los precios de venta, la primera instancia presentó la evolución de los precios promedio ponderados trimestrales al consumidor en Lima Metropolitana de leche evaporada y leche fresca, ambos en soles por litro de leche fluida, sobre la base de la información del INEI. Así, identificó que la diferencia de precios entre ambos productos se ubicó entre el 8.0% y el 19.4%, entre los años 2007 y 2010.
59. Sobre estos puntos, las apelantes han señalado que, en primer lugar, la mayor participación de mercado de un producto no implica que este carezca de sustitutos adecuados. En particular, señalan que la Comisión no tomó en cuenta la tendencia creciente de la participación de la leche fresca dentro del consumo de leches industrializadas, la cual pasó de 8.9% en 2007 a 14.5% en 2010, reduciéndose proporcionalmente la participación de la leche evaporada. A criterio de las apelantes, este hecho implicaría que la leche fresca es un sustituto de la leche evaporada.
60. En segundo lugar, indicaron que las preferencias de los consumidores, si bien son un indicador importante, solo constituyen el punto de partida en el análisis. La alta preferencia de los hogares por la leche evaporada no constituye evidencia suficiente para concluir, por sí sola, que la sustituibilidad con la leche fresca es inexistente.
61. En tercer lugar, las apelantes argumentan que el amplio rango que separa sistemáticamente los precios de ambos tipos de leche no debería ser tomado como un indicador de baja sustituibilidad. A su criterio, este hecho solo refleja que ambos bienes no son homogéneos y que la Comisión ha usado erróneamente este elemento como sinónimo de bajo grado de sustituibilidad.
62. Finalmente, las recurrentes advierten que la jurisprudencia utilizada por la primera instancia analiza la sustitución entre la leche fresca y en polvo y la leche fresca y la leche fresca UHT. Sin embargo, no se analizó al respecto la sustitución entre la leche fresca y la leche evaporada.

<sup>45</sup> Minagri. Dirección General de Promoción Agraria (2002). "Estudio de Mercado de Carne de Res y Productos Lácteos en Lima Metropolitana y Huancayo – Proyecto Zac Canipaco". Disponible en: [http://www.planeamientoygestion.com.pe/consultoria/images/stories/herramientas/mercado/8\\_Estudio\\_mercado\\_lacteos\\_%20res.pdf](http://www.planeamientoygestion.com.pe/consultoria/images/stories/herramientas/mercado/8_Estudio_mercado_lacteos_%20res.pdf). Fecha de última visita: 5 de agosto de 2015.

63. En función de lo expuesto, la Sala considera que los puntos antes señalados deben de ser analizados en conjunto para poder evaluar el grado de sustitución entre productos y así determinar el mercado relevante. De esa forma, considerando el grado de presiones competitivas que un producto pueda imponer sobre otros, se podrá delimitar el mercado relevante de producto.
64. Conforme establece la ley de competencia<sup>46</sup>, para la correcta definición del mercado de producto relevante es necesario tomar en cuenta todos los posibles sustitutos con los que el bien analizado pueda contar.
65. Sin embargo, no todos los bienes existentes en el mercado presentan el mismo grado de sustitución con el bien analizado. Dicho grado de sustitución variará en función de las presiones competitivas que los otros bienes del mercado impongan sobre el bien analizado. El documento de la OECD sobre definición de mercado relevante en casos de competencia evidencia este hecho<sup>47</sup>:

*“(...) un mercado relevante definido apropiadamente delinea el área en donde se produce la competencia, es decir, separa las fuerzas competitivas activas de aquellas que se encuentran pasivamente operando en el entorno. La acción competitiva que ocurre al interior de un mercado relevante apropiadamente definido se encuentra separada del resto de la economía, al menos en la medida que esta pueda llevar a precios distintos.”*

(Traducción libre)

66. En otras palabras, para que un bien pueda ser considerado como sustituto y sea incluido en el mercado relevante, debe de ejercer algún tipo de presión competitiva sobre el bien analizado. Con dicha finalidad, se tienen que analizar las presiones competitivas que ejercen otros bienes o competidores, es decir la sustituibilidad de la demanda y de la oferta.
67. La sustituibilidad de la demanda hace referencia a las presiones competitivas que enfrenta una empresa cuyos clientes decidan redirigir su consumo hacia otros productos considerados como sustitutos, en respuesta a un incremento

---

<sup>46</sup> Ver nota al pie 38.

<sup>47</sup> Traducción libre del texto: *“a properly defined relevant market delineates the area of competition, i.e. separates the active competitive forces from those more passively operating in the background. The competitive action taking place within a properly defined relevant market is separate from the rest of the economy at least to the extent that it can lead to distinct prices”*. OECD (2012). OECD Policy Roundtables. “Market Definition”, pág. 28. Versión disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>. Fecha de última visita: 22 de julio de 2015.

de sus precios, por sus: (i) características técnicas y patrones de consumo; (ii) preferencias; o, (iii) precios.<sup>48</sup>

68. Para establecer qué bienes constituyen sustitutos de la leche evaporada por el lado de la demanda, deben tomarse en cuenta los puntos señalados en el párrafo anterior. Sobre el particular, debe considerarse que la leche evaporada es el producto lácteo de mayor comercialización, seguido por la leche fresca (UHT) y la leche en polvo. No obstante, existen otros tipos de leche, como la leche fresca pasteurizada, diferenciándose cada una por los procesos realizados para la extracción del agua de la leche.
69. La leche evaporada es aquella que se obtiene mediante la eliminación parcial del agua de la leche<sup>49</sup> por calor o por cualquier otro procedimiento que permita obtener un producto con la misma composición y características<sup>50</sup>. Tiene un tiempo de vida útil aproximado de nueve (9) meses<sup>51</sup>. La leche fresca (UHT) es el producto homogeneizado que ha sido sometido durante dos a cuatro 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 seis (6) meses<sup>52</sup>. 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 doce (12) a catorce (14) días<sup>53</sup>. La leche en polvo es el producto que se obtiene por la eliminación casi total del agua de la constitución de la leche<sup>54</sup>.
70. Sobre la base de las diferencias en los procesos de producción, se puede inferir que existen otros bienes con características similares, que potencialmente podrían calificar como sustitutos. En el siguiente cuadro se

<sup>48</sup> JIMENES, Fernando y CAÑIZARES, Enrique. *Dificultades para la medición del mercado relevante*. NERA Economics Consulting, 2005, pág. 3. Documento disponible en <http://www.uv.es/~freguena/estructura/NERA.pdf>. Fecha de última visita: 15 de octubre de 2015.

<sup>49</sup> La denominación de "leche" sin especificación de la especie productora corresponde exclusivamente a la leche de vaca, según Norma Técnica Peruana 202.002.2007.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> SAÉZ, Enrique. *Leche Gloria revalida sus éxitos en los mercados exteriores*. En: Industria alimenticia. Volumen 4. Abril de 2002, pág. 18.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

<sup>53</sup> Disponible en: [http://www.lamolina.edu.pe/cproduccion/ppl/prod\\_leche.htm](http://www.lamolina.edu.pe/cproduccion/ppl/prod_leche.htm). Fecha de última visita: 15 de agosto de 2015.

<sup>54</sup> Disponible en: [http://infoalimenta.com/biblioteca-alimentos/51/67/leche-en-polvo/detail\\_templateSample/](http://infoalimenta.com/biblioteca-alimentos/51/67/leche-en-polvo/detail_templateSample/). Fecha de última visita: 15 de octubre de 2015.

muestra el consumo aparente<sup>55</sup> de los distintos tipos de leches industrializadas<sup>56, 57</sup>.

**Cuadro N° 1**  
**Consumo aparente de leches industrializadas**  
**(en miles de litros y porcentajes)**

Año	2007 <sup>2</sup>		2008 <sup>2</sup>		2009 <sup>2</sup>		2010 <sup>2</sup>	
	Miles de lt	(%)						
Leche evaporada	683,865	90.49	697,034	87.09	647,806	85.78	722,409	85.48
Leche fresca	67,349	8.91	95,713	11.96	107,092	14.18	122,361	14.48
Leche en polvo	4,491	0.59	7,575	0.95	285	0.04	316	0.04
<b>Consumo aparente</b>	<b>755,705</b>	<b>100.00</b>	<b>800,322</b>	<b>100.00</b>	<b>755,183</b>	<b>100.00</b>	<b>845,086</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Minagri, Estadística Agroindustrial, 2007 - 2010. El consumo aparente se obtiene como la suma de la producción local más las importaciones menos las exportaciones. Para ver el detalle entrar a <http://siea.minag.gob.pe/siea/?q=estadistica-agroindustrial>. Fecha de última visita: 26 de octubre de 2015.

Elaboración: ST-SDC

71. Del cuadro anterior se aprecia que durante los años 2007 y 2010, los niveles de consumo aparente de leche evaporada, leche fresca y leche en polvo registraron consumos promedio de 87.21%, 12.38% y 0.4%, respectivamente respecto al consumo total de leches. Lo anterior indica que, a nivel nacional, el consumo de leche evaporada se constituyó como el mayor por más del 87% de la población, en promedio, durante el período analizado.
72. Por otra parte, sobre las preferencias de los consumidores, el estudio del Minagri<sup>58</sup> denominado “*Estudio del Mercado de Carne de Res y Productos Lácteos en Lima Metropolitana y Huancayo - Proyecto Zac Canipaco*” permite analizar las preferencias de los consumidores en Lima Metropolitana, según estrato social.
73. De manera previa al análisis de los resultados del estudio del Minagri, cabe señalar que a pesar de ser un estudio aplicado a una región distinta a la

<sup>55</sup> El consumo aparente es una aproximación al consumo de las familias. Este se calcula como la suma de la producción y las importaciones (consumo interno) menos las exportaciones (consumo externo).

<sup>56</sup> 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). 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>. Última fecha de visita: 21 de octubre de 2015.

<sup>57</sup> Nótese que en el Cuadro N°1 no se sitúa información de leche pasteurizada. Esto se debe a que, al ser una aproximación al consumo mediante información de producción y al ser la leche fresca un derivado de la leche pasteurizada, sus niveles de consumo aparente duplicarían la información.

<sup>58</sup> Ver nota al pie 45.

analizada, puede tomarse como un referente válido. La razón radica en que el mencionado estudio se realizó para otra región del Perú y puede ser tomado como válido en la medida que todas las regiones mantienen patrones de consumo similares, con algunas diferencias menores<sup>59</sup>. En esa misma línea, los resultados del estudio del Minagri se muestran a continuación.

**Cuadro N°2**  
**Nivel de preferencias de leche según estrato social,**  
**Lima Metropolitana**

Producto	Estrato social				
	Bajo	Medio Bajo	Medio	Medio Alto	Alto
Leche evaporada	73%	69%	59%	67%	53%
Leche fresca UHT	11%	12%	21%	15%	26%
Leche pasteurizada	2%	4%	4%	4%	11%
Leche en polvo	5%	8%	8%	8%	5%
Leche de establo	9%	7%	10%	6%	5%
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Fuente: Minagri. Dirección General de Promoción Agraria (2002). "Estudio de Mercado de Carne de Res y Productos Lácteos en Lima Metropolitana y Huancayo – Proyecto Zac Canipaco". Disponible en: [http://www.planeamientoygestion.com.pe/consultoria/images/stories/herramientas/mmercado/8\\_Estudio\\_mercado\\_lacteos\\_%20res.pdf](http://www.planeamientoygestion.com.pe/consultoria/images/stories/herramientas/mmercado/8_Estudio_mercado_lacteos_%20res.pdf). Fecha de última visita: 26 de octubre de 2015.

Elaboración: ST-SDC

74. Del cuadro anterior se puede apreciar que las preferencias promedio por la leche evaporada, fresca, pasteurizada y en polvo fueron de 62.2%, 17.02%, 4.62% y 6.74%, respectivamente. Es decir, para la mayoría de las personas en cada estrato del estudio, la leche evaporada fue preferida por encima del resto.
75. Finalmente, para el análisis de los precios, debe tomarse en cuenta que por un lado, de los cuadros sobre el consumo aparente (Cuadro N° 1) y preferencias (Cuadro N° 2), la leche fresca ha sido en ambos casos la segunda de mayor consumo y mayor preferencia, por parte de los consumidores. En esa medida, para el análisis de los precios de los distintos tipos de leches industrializadas se utilizará la información de la leche evaporada y de la leche fresca únicamente. En particular, en el Cuadro N° 3 se aprecia la evolución de los precios de estos dos tipos de leches de manera trimestral desde inicios del 2007 hasta finales del 2010, así como también la diferencia entre ambos.

<sup>59</sup> USDA FOREIGN AGRICULTURAL SERVICE. Peru Food Processing Ingredients. 2013, pág. 8. Disponible en: [http://gain.fas.usda.gov/Recent%20GAIN%20Publications/Food%20Processing%20Ingredients\\_Lima\\_Peru\\_1-10-2014.pdf](http://gain.fas.usda.gov/Recent%20GAIN%20Publications/Food%20Processing%20Ingredients_Lima_Peru_1-10-2014.pdf). Fecha de última visita: 15 de octubre de 2015.

**Cuadro N°3**  
**Precios promedio trimestrales al consumidor de Lima Metropolitana de leche evaporada y leche fresca**

Periodo	Precio de leche evaporada (S/. x lt)	Precio de leche fresca (S/. x lt)	Diferencia de precios
Ene-Mar 2007	2.68	2.48	8.06%
Abr-Jun 2007	2.70	2.50	8.00%
Jul-Set 2007	2.73	2.52	8.33%
Oct-Dic 2007	2.93	2.57	14.01%
Ene-Mar 2008	3.07	2.59	18.53%
Abr-Jun 2008	3.15	2.66	18.42%
Jul-Set 2008	3.25	2.72	19.49%
Oct-Dic 2008	3.24	2.74	18.25%
Ene-Mar 2009	3.19	2.78	14.75%
Abr-Jun 2009	3.19	2.80	13.93%
Jul-Set 2009	3.18	2.81	13.17%
Oct-Dic 2009	3.17	2.81	12.81%
Ene-Mar 2010	3.16	2.83	11.66%
Abr-Jun 2010	3.16	2.81	12.46%
Jul-Set 2010	3.15	2.84	10.92%
Oct-Dic 2010	3.16	2.85	10.88%
Ene-Mar 2011	3.18	2.87	10.80%
Abr-Jun 2011	3.21	3.04	5.59%
Jul-Set 2011	3.38	3.11	8.68%
Oct-Dic 2011	3.40	3.17	7.26%

Fuente: Minagri. Sistema Integrado de Estadísticas Agrarias, 2007-2011. Disponible en <http://siea.minag.gob.pe/siea/?q=anuario-abastecimiento-mayorista>. Fecha de última visita: 26 de octubre de 2015.

Elaboración: ST-SDC

76. La información presentada permite mostrar que la diferencia de precios<sup>60</sup> pasa de 8.2% en el primer trimestre del año 2007 a 14% en el último trimestre del mismo año. Más aún, del mismo cuadro se observa que la diferencia en precios no es inferior<sup>61</sup> a 10% sino hasta el segundo trimestre de 2011. Para

<sup>60</sup> Para el periodo analizado, el crecimiento de las cantidades producidas de leche evaporada y leche fresca fue 4.01% y 5.38%, respectivamente. Esto quiere decir que las diferencias en precios observadas no se deben a escasez de la leche evaporada y/o la leche fresca. Fuente: INEI.

<sup>61</sup> Si bien del mismo cuadro se nota una tendencia decreciente en la diferencia de precios a partir del 2009, esto se debió a la crisis financiera internacional. En efecto, tal como detalló la Sociedad Nacional de Industrias en su Reporte Sectorial de Fabricación de la Leche Evaporada de enero de 2015, la producción de leche evaporada de 2009 cayó en 8.6% respecto al año anterior debido a la caída en la demanda interna. Ver: [http://www.sni.org.pe/wp-content/uploads/2015/02/IEES\\_Sectorial\\_Fabricacion\\_Leche\\_Ene2015.pdf](http://www.sni.org.pe/wp-content/uploads/2015/02/IEES_Sectorial_Fabricacion_Leche_Ene2015.pdf). Fecha de última visita: 23 de julio de 2015.

analizar al detalle dicha diferencia de precios y sus implicancias sobre la determinación de la sustituibilidad de la demanda, se suele utilizar el test del monopolista hipotético.

77. El test del monopolista hipotético constituye la herramienta conceptual de mayor uso al momento de definir mercados relevantes<sup>62</sup>. La *Office of Fair Trading* señala específicamente que<sup>63</sup>:

*“(...). No resulta necesario que todos los consumidores, ni siquiera la mayoría, sustituyan entre productos. La cuestión es si el volumen de compras potencialmente perdido es suficiente para prevenir que para un monopolista hipotético resulte rentable mantener los precios entre un 5% y un 10% por encima del nivel competitivo”*

(Traducción libre).

78. En otras palabras, el hecho que un monopolista hipotético pueda incrementar el precio del bien que produce o comercializa entre un 5% y un 10%<sup>64</sup> sin que su rentabilidad se vea afectada, implica que no enfrenta presiones competitivas y que el mercado relevante de producto estaría compuesto por ese único bien que produce. Si ante estos aumentos permanentes en los precios del bien analizado, los consumidores no redirigen su consumo al bien alternativo candidato a sustituto, esto significa que dicho bien no representa una presión competitiva para el bien analizado, con lo cual no podría ser considerado como un sustituto adecuado.
79. Si existiese una única empresa en control de toda la leche evaporada (un monopolista hipotético) que pudiese sostener de manera permanente incrementos pequeños pero significativos de precios, de entre 5% y 10%, dicho monopolista continuaría repitiendo este proceso hasta que ya no resulte rentable ejecutar tal acción.

---

<sup>62</sup> Comisión Europea. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. Diario Oficial, No. C372, 1997; Office of Fair Trading. *Competition Law Guideline: market definition*, 2004; y, Federal Trade Commission - US Department of Justice. *Horizontal Merger Guidelines*, 2010.

<sup>63</sup> Office of Fair Trading. *Competition Law Guideline: market definition*, 2004, párrafo 3.4. Traducción libre de: *“It is not necessary for all customers, or even the majority, to switch. The important factor is whether the volume of purchases likely to be switched is large enough to prevent a hypothetical monopolist profitably sustaining prices 5 to 10 per cent above competitive levels”*. Disponible en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284423/oft403.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/oft403.pdf). Fecha de última visita: 25 de octubre de 2015.

<sup>64</sup> La cuantía de este incremento de precios puede variar en función de la industria. Para una revisión del detalle de los criterios utilizados a este respecto por una selección de autoridades de competencia ver: *International Competition Network. Merger Guidelines Workbook*, 2006. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>. Fecha de última visita: 26 de octubre de 2015.

80. La información del Cuadro N° 3 revela que para los agentes económicos que comercializaron leche evaporada entre el cuarto trimestre de 2007 y el primer trimestre de 2011, los incrementos sucesivos y permanentes del nivel de precios continuaron siendo rentables. Al estar el precio de la leche evaporada (por litro) por encima del precio de la leche fresca en más de 10% por un período de más de tres (3) años, se puede concluir, sobre la base del test del monopolista hipotético, que la leche fresca no impuso presiones competitivas sobre la leche evaporada durante el período de investigación.
81. Contrariamente a lo señalado por las recurrentes, la jurisprudencia internacional presentada por la Comisión no estuvo orientada a determinar el grado de sustituibilidad de los distintos tipos de leche, toda vez que se reconoce que los patrones de consumo son distintos en cada país<sup>65</sup>. Por el contrario, aquella tuvo como finalidad sustentar que la metodología empleada por la primera instancia para comparar los distintos tipos de leches industrializadas ha sido utilizada en otros países. En esa medida, esta Sala considera correcto el empleo de jurisprudencia internacional efectuado por la Comisión.
82. Por lo tanto, tomando en cuenta (i) la participación promedio de 87.21% durante los años 2007 y 2010 de la leche evaporada dentro del consumo de leches industrializadas; (ii) la preferencia promedio de 62.2% de la leche evaporada sobre otros tipos de leche; y, (iii) las escasas presiones competitivas que impone la leche fresca al permitir que los comercializadores de leche evaporada puedan incrementar sus precios en más de 10% por períodos mayores a los tres (3) años; la Sala considera que los demás tipos de leche no constituyen sustitutos adecuados -por el lado de la demanda- de la leche evaporada, al no representar fuerzas competitivas que puedan ejercer algún tipo de presión sobre la leche evaporada.
83. Una vez que se ha definido el mercado de producto relevante sobre la base de los posibles sustitutos de la leche evaporada, se procederá a analizar el nivel comercial, dado que es un punto controvertido en el recurso de apelación.
84. Al respecto, la primera instancia<sup>66</sup> determinó que el mercado relevante es el de venta de leche evaporada a nivel de distribución. A decir de la Comisión, dado

<sup>65</sup> ZAVALA POPE, Mauricio. *Análisis del Sector Lácteo*. Diciembre de 2010, pág. 21. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/07FA140372063F0905257980005B4D54/\\$FILE/analisis\\_sector\\_lacteo\\_peruano.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/07FA140372063F0905257980005B4D54/$FILE/analisis_sector_lacteo_peruano.pdf). Fecha de última visita: 22 de octubre de 2015. UNIVERSIDAD DE PIURA. Escuela de Dirección (PAD). Garrido – Lecca, José. *El consumidor menos pensado: Perspectivas para el 2010. Penetración Hogares*. (Fuente: Ipsos Apoyo – Liderazgo en productos comestibles – 2009. Garrido – Lecca, José. *El consumidor menos pensado: Perspectivas para el 2010. Penetración Hogares*).

<sup>66</sup> Ver numeral 131 del Informe Técnico.

que el producto vendido por los distribuidores termina siendo comercializado a los consumidores, la distribución sería un nivel comercial válido, ya que toma en cuenta las preferencias del consumidor final.

85. Por su parte, las apelantes han señalado que la Comisión no ha presentado argumentos válidos que motiven la exclusión de la totalidad de la cadena comercial dentro del análisis del mercado relevante. Es decir, en opinión de las recurrentes, resultaba necesario considerar un mercado relevante que incluya todos los niveles comerciales hasta llegar al consumidor final.
86. Adicionalmente, con la finalidad de analizar el nivel comercial en el cual se llevó a cabo la conducta denunciada, la Sala analizará la sustituibilidad de la oferta, la cual se define cuando, ante la posibilidad de un incremento en precios, otras empresas pueden comenzar a competir suministrando uno o varios de los bienes o servicios que el consumidor considera sustitutos. Es decir, la sustituibilidad por el lado de la oferta estará relacionada con el nivel comercial en el cual se desarrollan las presiones competitivas que ejercen otros competidores en el mercado relevante.
87. De acuerdo con la OECD<sup>67</sup>, junto con la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta constituye una presión competitiva que debe ser tomada en consideración. En particular, la Comisión Europea<sup>68</sup> señala que *“la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata”*. Es decir, la sustituibilidad de la oferta recibe un tratamiento análogo al de la sustituibilidad de la demanda, en la medida que esta imponga presiones competitivas.
88. En este sentido, la sustituibilidad de la oferta determinará el nivel comercial (producción, distribución o comercialización), al definir la etapa del proceso productivo en la que se encuentran las empresas que distribuyen el producto analizado. En el presente caso, distribuidores como FP, MG o E&B se encargan de llevar los productos hasta los mayoristas y/o minoristas, los cuales a su vez, los venden a los consumidores finales.
89. Esto quiere decir que, si bien los distribuidores enfrentan una demanda por leche evaporada derivada de la demanda por leche evaporada de los

<sup>67</sup> OECD. *“Market Definition”*, 2012, pág. 31.

<sup>68</sup> Estadística Agroindustrial, 2007 - 2010. El consumo aparente se obtiene como la suma de la producción local más las importaciones menos las exportaciones. Para ver el detalle entrar a <http://siea.minag.gob.pe/siea/?q=estadistica-agroindustrial>. Fecha de última visita: 26 de octubre de 2015.

consumidores<sup>69</sup>, son los distribuidores los que eligen el nivel comercial en el cual operarán. Es decir, son los distribuidores los que tienen la decisión de elegir a quiénes distribuirán los productos (a mayoristas y/o minoristas) o si se ubican en otro nivel de la cadena de comercialización (siendo mayorista y/o minorista), en función de los precios, facilidades de pago, entre otros factores.

90. Así, al competir E&B y FP por la distribución de leche evaporada a mayoristas y/o minoristas, esta Sala considera que, en el presente caso, la sustituibilidad de la oferta determina que el nivel comercial sea el de la distribución.
91. En consecuencia, la Sala coincide con la Comisión en que el mercado de producto relevante, desde el punto de vista del nivel comercial, es el de la venta de leche evaporada por parte de los distribuidores (FP, E&B, MG y otros).

### III.2.2 Mercado geográfico relevante

92. A pesar de no ser un punto controvertido, la Sala procederá a realizar un recuento de los principales puntos analizados por la Comisión para determinar el mercado geográfico relevante.
93. De acuerdo con información provista por FP, Gloria y E&B<sup>70</sup>, durante el periodo investigado, estas empresas realizaron sus operaciones comerciales en la Región Ucayali. Asimismo, sobre la base de información de producción, importación y exportación de leche evaporada, obtenida de INEI y Minagri<sup>71</sup> durante los años 2007 y 2010, no hubo consumo aparente proveniente de las importaciones. En esa medida el mercado internacional no forma parte del mercado relevante.
94. Las principales empresas, a nivel nacional, que realizan operaciones de producción y distribución de leche evaporada son Gloria, Nestlé y Laive<sup>72</sup>. De estas, Gloria es la que cuenta con un mayor número de plantas de producción de leche evaporada, con un total de cuatro (4) plantas<sup>73</sup>, las cuales elaboran los productos lácteos que abastecen a los distribuidores, mayoristas y

<sup>69</sup> Una demanda derivada es aquella demanda de un bien o servicio que se genera a partir de la demanda de otro bien o servicio perteneciente a otro mercado o nivel comercial. Para mayor detalle ver NICHOLSON, Walter, *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. Octava edición, 2002, pág. 303.

<sup>70</sup> Ver escrito del 23 de abril de 2010, foja 243 del expediente.

<sup>71</sup> Estadística Agroindustrial, 2007 - 2010. El consumo aparente se obtiene como la suma de la producción local más las importaciones menos las exportaciones. Para ver el detalle entrar a <http://siea.minag.gob.pe/siea/?q=estadistica-agroindustrial>

<sup>72</sup> Ver escrito del 23 de abril de 2010, foja 247 del expediente.

<sup>73</sup> Ver foja 1468 del expediente.

autoservicios a través de las empresas Deprodeca (que cuenta con oficinas en Lima, Piura, Chiclayo, Trujillo, Huancayo, Ica, Arequipa, Cusco, Juliaca y Tacna) y FP (que cuenta con una oficina en Pucallpa, Región Ucayali).

95. Por su parte, 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. Finalmente Laive cuenta con plantas de producción de leche evaporada en la Región Lima<sup>74</sup>.
96. Gloria cuenta con una política de fijación de precios en destino<sup>75</sup> o precios de entrega consistente en un listado de precios<sup>76</sup> a nivel nacional, donde se detallan en función de sus tipos de presentaciones, marcas y nivel comercial<sup>77</sup>. En esa medida, Gloria, mediante sus oficinas en las distintas regiones, tiene la capacidad de discriminar los precios de la leche evaporada tomando en cuenta la ubicación geográfica en la que se encuentre el distribuidor. Cabe indicar que, conforme a la metodología planteada en las *Horizontal Merger Guidelines*<sup>78</sup>, es posible considerar un mercado geográfico relevante en función de la ubicación de los distribuidores. En esa línea, resulta factible que el mercado geográfico relevante sea la Región Ucayali, puesto que los distribuidores operan en dicha zona.
97. En cuanto a los costos de transporte, cabe resaltar que los productos son trasladados desde las plantas de producción de leche de las diferentes empresas hacia la Región Ucayali. Una vez ahí son distribuidos por FP y las distribuidoras independientes de Nestlé. Lo anterior quiere decir que existen dos formas en las que un distribuidor en la Región de Ucayali puede abastecerse de productos. La primera es siendo el distribuidor regional verticalmente integrado con el productor, como en el caso de FP y Gloria. La segunda, es adquirir los productos al precio puesto en destino, como en el caso de los distribuidores independientes que adquieren productos de las marcas Gloria o Nestlé.
98. Al respecto, debe tenerse en cuenta que incluso para los productores, resulta ciertamente costoso realizar el transporte desde los centros de producción

<sup>74</sup> Ver fojas 819, 821 y 822 del expediente.

<sup>75</sup> Ver fojas 71 y 72 del expediente.

<sup>76</sup> 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. Ver fojas 1575 a 1578.

<sup>77</sup> Para todos los distribuidores, sin diferenciar por zona geográfica.

<sup>78</sup> *Horizontal Merger Guidelines*, pág.13. Ob. Cit. Disponible en: <http://ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>. Fecha de última visita: 22 de octubre de 2015.

hasta las regiones<sup>79</sup>. Es decir, dada la importancia del costo del transporte, los productores deben considerar la distancia entre las plantas de producción y la Región Ucayali. En esa medida, sería muy costoso para un distribuidor adquirir el producto directamente desde las plantas de producción.

99. De esa forma, dado que los distribuidores independientes no pueden asumir los costos de movilizar el producto desde las plantas de producción, lo eficiente para todo distribuidor independiente será circunscribirse exclusivamente a la región en la cual se le entrega el producto. Así, tomando en cuenta que el mercado geográfico relevante (i) no incluye al mercado internacional; (ii) es definido en función de la ubicación de los distribuidores; y, (iii) para los distribuidores resulta costoso abastecerse de fuentes externas a la Región Ucayali; la Sala, al igual que la Comisión, estima que el mercado geográfico relevante es el de la Región Ucayali.
100. En conclusión, dado que (i) el mercado de producto relevante está constituido por la leche evaporada, debido a la ausencia de presiones competitivas de otros productos; (ii) que el nivel comercial es el de la distribución, debido a la sustituibilidad de la oferta que se da entre los distribuidores; y, (iii) que los altos costos de transporte impiden que un distribuidor independiente pueda adquirir el producto desde regiones ajenas a la Región Ucayali; la Sala aprecia que el mercado relevante es el de distribución de leche evaporada en la Región Ucayali.

### III.3 Posición de dominio

101. Para determinar la posición de dominio de Gloria en el mercado relevante, la Comisión se basó principalmente en lo siguiente:
- (i) Gloria ha mantenido una cuota de participación de alrededor de 84% en el periodo agosto de 2007 a marzo de 2010.
  - (ii) De acuerdo con los resultados del documento "*Estudio de mercado: Comercialización de leche y derivados*" de setiembre de 2006<sup>80</sup>, los

<sup>79</sup> Por su parte, Nestlé señaló: "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". Ver escrito del 25 de noviembre de 2011, pág. 2, foja 1525 del expediente.

<sup>80</sup> El estudio se realizó a través de encuestas en las principales ciudades de las provincias de Coronel Portillo y Padre Abad realizadas a las amas de casa, tomando en cuenta que ellas son las que deciden las compras del hogar en función de sus preferencias sobre las características de los bienes. El cuestionario aplicado a las amas de casa fue diseñado de forma estructurada y concisa (aproximadamente treinta 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 entregan los programas sociales (municipalidades, Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - Pronaa, Ministerio de Salud, entre otros). El diseño de muestreo de los hogares y de los establecimientos comerciales se estructuró a través de la técnica de muestreo multietápico aleatorio, de manera proporcional al tamaño de hogares de los distritos. Se eligió un tamaño de muestra de trescientos noventa (390) hogares, que corresponden a una muestra significativa y

consumidores de la Región Ucayali adquieren con mayor frecuencia la leche evaporada Gloria (65.3%) y Pura Vida (25.9%). En ese sentido, existe una mayor preferencia de los consumidores de la Región Ucayali por las marcas de Gloria.

- (iii) Es posible identificar como fortalezas de Gloria las siguientes características que podrían disuadir el ingreso de competidores potenciales al mercado relevante: (a) a nivel de la Región Ucayali, FP es el único distribuidor establecido, estando verticalmente integrado con Gloria; y, (b) a nivel nacional, Gloria cuenta con una red de distribución que le permite abastecer a todo el territorio del país.
- (iv) Otros elementos que podrían disuadir el ingreso de nuevos competidores son: (a) la capacidad instalada ociosa en la producción de Gloria fue de 32.3%, 34.1% y 24.3% para los años 2008, 2009 y 2010, respectivamente a nivel nacional; y, (b) la integración vertical de sus actividades desde la producción y el acopio del principal insumo hasta el transporte, la producción, el envasado y la distribución de la leche evaporada.

102. De este modo, considerando en conjunto que Gloria: (i) posee una participación significativa en el mercado relevante; (ii) tiene un distribuidor regional establecido y verticalmente integrado; (iii) capta las preferencias de los consumidores de la región por sus marcas; y, (iv) tiene una capacidad instalada ociosa; la Comisión concluyó que la denunciada ostentó posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo investigado.

103. Las apelantes cuestionaron la determinación de la Comisión antes descrita, argumentando que los factores evaluados no permiten concluir la existencia de posición de dominio. Principalmente, las recurrentes mencionaron lo siguiente:

- (i) La participación de mercado no constituye una variable que por sí sola pueda conducir a la determinación de la existencia de posición de dominio. Es posible que empresas con altas participaciones de mercado carezcan de posición de dominio puesto que la competencia real y potencial que enfrentan establece restricciones en su capacidad de influir en el mercado.

---

representativa del universo de hogares de los principales distritos de las provincias de Coronel Portillo y Padre Abad. Se consideraron a las provincias de Coronel Portillo y Padre Abad como el mercado objetivo, debido a que en esas zonas se encuentra la mayor concentración de población urbana departamental, con sus cinco (5) distritos: Callería, Yarinacocha, Campo Verde, Irazola y Aguaytía. Documento disponible en: <http://www.ilustrados.com/documentos/eb-estudiomercadolecheucayali.pdf>. Fecha de última visita: 8 de agosto de 2015.

- (ii) La Comisión debería observar las razones que explicarían una mayor participación de Gloria en la Región Ucayali, como la mejor calidad, presentación y sabor de sus productos, entre otros.
- (iii) La Comisión sustenta las preferencias de los consumidores sobre la base de un estudio realizado el 2006 en la Región Ucayali, según el cual las preferencias por el consumo de las marcas Gloria y Pura Vida estarían alrededor de 65.3% y 25.9%, respectivamente, hecho que reforzaría la hipótesis de posición de dominio. Sin embargo, el hecho que una marca tenga una fuerte presencia en el mercado no significa que ostente posición de dominio.
- (iv) La Comisión no ha analizado la existencia de barreras a la entrada en el mercado relevante, sino que se ha enfocado en destacar las posibles fortalezas de Gloria a nivel nacional, tales como: (i) una red de distribución consolidada, (ii) alta capacidad ociosa y (iii) marcas reconocidas.
- (v) En particular, la Comisión no ha explicado por qué la red de distribución de Gloria constituiría una barrera de entrada. A menos que dicha red de distribución no pueda ser replicada en alguna medida por la competencia, el argumento por sí mismo carece de sustento. Las redes de distribución de cada empresa no son excluyentes entre sí.
- (vi) De acuerdo con la Comisión, Nestlé y Laive serían una limitada fuente de competencia, lo que se refleja en la alta cuota de mercado de Gloria. Al respecto, conviene aclarar que el hecho de que Gloria cuente con una mayor participación de mercado no implica la ausencia de competencia y que pueda definir los precios en el mercado. De hecho, la Comisión no ha realizado análisis alguno que pruebe que Gloria puede actuar con independencia de sus competidores.

104. Según se advierte, los argumentos esbozados por las apelantes refieren a que la Comisión no analizó, sobre la base de pruebas fehacientes, la existencia de barreras a la entrada, ni tampoco que Gloria haya tenido la habilidad de aumentar sus precios prescindiendo de sus competidores.

105. Al respecto, el artículo 7 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que la posición dominante podría ser producto de factores tales como<sup>81</sup>:

81

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

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

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante (...), debido a factores tales como:

(a) Una participación significativa en el mercado relevante.

- (i) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (ii) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (iii) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (iv) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (v) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (vi) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.

106. En primer lugar, la Sala analizará si Gloria ostenta una participación significativa en el mercado relevante. Conforme se aprecia en el siguiente cuadro, Gloria ostenta la mayor participación en la venta de leche evaporada (por encima del 80%)<sup>82</sup> en el mercado relevante.

**Cuadro N° 4**  
**Cuotas de mercado promedio de leche evaporada en la Región Ucayali**

	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%
<b>Total</b>	<b>100.0%</b>	<b>100.0%</b>	<b>100.0%</b>	<b>100.0%</b>

Fuente: Escrito de Gloria del 23 de abril de 2010 (fojas 249-251 del expediente)

Elaboración: ST-SDC

107. En la práctica jurisprudencial comparada se ha considerado que una cuota de mercado elevada (por ejemplo, mayor a 50%) sostenida a lo largo del tiempo (por ejemplo, por tres años) constituye un indicador importante de la existencia de una posición dominante<sup>83</sup>. Respecto a las cuotas de mercado de los competidores de la supuesta dominante, se ha estimado que mientras posean cuotas de mercado significativamente más bajas que la investigada, una alta cuota de mercado de esta podría indicar la existencia de posición de dominio.

---

(b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.

(c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.

(d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.

(e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.

(f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

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

<sup>82</sup> Esta información es una estimación realizada por Gloria en el cuestionario enviado a la Secretaría Técnica de la Comisión sobre su participación de mercado en la Región Ucayali.

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, emitida en el Asunto 62/86, AKZO Chemie B. V. c. Comisión, del 3 de julio de 1991, pág. I-3359.

108. No obstante, si bien constituye un factor importante a considerar, el grado de participación en el mercado no determina inequívocamente que una empresa ostenta posición de dominio. Por ello, resulta necesario analizar la existencia de otros factores, tales como la presencia de barreras económicas, legales o estratégicas a la entrada que puedan condicionar el ingreso y la actuación de competidores y, de ser el caso, reforzar la posición de la presunta dominante en el mercado.
109. En el presente caso, la elevada participación de mercado que ostenta Gloria conduce a la necesidad de analizar la existencia de barreras a la entrada, ya que será en función de la magnitud de aquellas que la competencia potencial podrá disciplinar el comportamiento de la empresa dominante.
110. Cabe señalar que si bien la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no exige el cumplimiento concurrente de todos los factores antes señalados a fin de determinar la posición dominante, en el presente caso, el análisis de barreras de entrada involucrará en cierta medida la evaluación de factores relacionados a las características de la oferta y demanda de los bienes o servicios, el desarrollo de redes de producción y distribución, el acceso de competidores a redes de distribución y la existencia de proveedores como se expone a continuación.

### III. 3.1 Barreras a la entrada

111. Según la OECD, las barreras a la entrada son factores que previenen u obstaculizan la entrada de nuevas empresas a una industria, incluso cuando las firmas establecidas están obteniendo beneficios extraordinarios.<sup>84</sup> Así, las barreras de entrada pueden clasificarse en estructurales, estratégicas o legales.<sup>85, 86</sup>

<sup>84</sup> *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2003, págs. 13-14. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Fecha de última visita: 12 de agosto de 2015.

<sup>85</sup> Para mayor detalle ver, P. Geroski y A. Jacquemin, "Industrial Change, Barriers to Mobility and European Industrial Policy", *Economic Policy*, Nov. 1985, sección 3. R. Gilbert. "Mobility Barriers and the Value of Incumbency", en R. Schmalensee y R. Willig (eds), *The Handbook of Industrial Organization*, North Holland, Amsterdam, 1989.

<sup>86</sup> En este mismo sentido, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala lo siguiente en el literal e) del artículo 7.2:

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

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

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante (...), debido a factores tales como:

(...)

(e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.

(...)

112. Las **barreras estructurales** se derivan de las características básicas de una industria tales como la tecnología, los costos y la demanda. En particular, estas barreras tienen que ver con aspectos económicos propios de los productos diferenciados (por ejemplo, la fidelización de una marca); de las ventajas de costos absolutos (por ejemplo, debido a una desventaja tecnológica para el potencial entrante); de economías de escala (que restringen el número de empresas que pueden operar con costos mínimos para un determinado tamaño de mercado); de economías de ámbito (que reducen los costos de producción y/o distribución de un conjunto de productos en lugar de la producción especializada, empleando la misma infraestructura); costos hundidos (costos difícilmente recuperables en caso se quiera salir del mercado); entre otros.<sup>87</sup>
113. De otro lado, las **barreras estratégicas** tienen que ver con conductas llevadas a cabo por las empresas establecidas destinadas a disuadir la entrada de competidores potenciales. Por ejemplo, la sobreinversión en capacidad de producción (capacidad instalada ociosa) a efectos de “amenazar” con una guerra de precios si una empresa entra al mercado, o la creación de nuevas marcas que limiten la imitación del producto de la empresa establecida.<sup>88</sup>
114. Finalmente, las **barreras legales** se derivan de autorizaciones, licencias o permisos otorgados por autoridades gubernamentales para el desarrollo de actividades que dificultan el acceso al mercado de nuevos competidores que disciplinen el comportamiento del establecido, como por ejemplo derechos de propiedad intelectual.<sup>89</sup>
115. Considerando lo antes expuesto, a continuación se abordarán los aspectos que podrían representar barreras a la entrada al mercado relevante para el presente caso. En particular, tomando en cuenta la información del expediente, se analizarán las barreras de entrada de tipo estructural y estratégico, en la medida que no se ha encontrado en el expediente elementos que puedan considerarse barreras de tipo legal.

### III.3.1.1 Desarrollo de redes de producción y distribución

116. Considerando que en la Región Ucayali no se produce leche evaporada, la distancia entre dicha zona y aquellas donde se ubican las plantas de producción es un factor importante que podría afectar la posibilidad de que un

<sup>87</sup> Op. cit. *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* (OECD), pág. 13-14.

<sup>88</sup> *Ibid.*, pág. 14.

<sup>89</sup> *Ibid.*

agente distribuidor como E&B encuentre fuentes alternativas de aprovisionamiento<sup>90</sup>.

117. Al respecto, cabe señalar que Gloria integra en forma vertical sus operaciones, abarcando todo el proceso de producción de leche evaporada, empezando desde el acopio, el transporte, la producción, el envasado y la distribución a nivel nacional.<sup>91</sup>
118. Según Class & Asociados<sup>92</sup>, Gloria cuenta con cuatro plantas industriales en el país para la elaboración de leche evaporada: (i) Trujillo, donde se acopia, procesa y evapora leche fresca proveniente de Cajamarca, La Libertad, Lambayeque y Ancash para ser trasladada al complejo industrial de Huachipa; (ii) Majes (Arequipa), donde se concentra, se evapora y pre-trata la leche fresca proveniente de los ganaderos de la zona, para luego ser transportada a las plantas industriales de Huachipa o Arequipa; (iii) Huachipa (Lima), donde la leche fresca se acopia, procesa y luego se produce la leche evaporada; y, (iv) Arequipa, donde se evapora y se produce leche evaporada para la región sur del país.
119. Asimismo, según Class & Asociados<sup>93</sup>, Gloria cuenta con empresas vinculadas que le proveen de insumos para el envasado, logística y distribución a nivel nacional: Trupal (para los envases), Raciemsa (servicios de transporte) y Deprodeca (logística de distribución), esta última con cuatro oficinas regionales (entre ellas FP como distribuidor regional para la Región Ucayali). Cabe señalar que en el mercado geográfico, FP se encarga de abastecer de leche evaporada de las marcas Gloria y Pura Vida a los distribuidores y mayoristas de la región.
120. Por su parte, Nestlé inicia sus actividades desde el acopio de leche cruda, cuenta con una planta de producción de leche evaporada en la Región Lima y con un único sistema de distribución a nivel nacional.<sup>94</sup>
121. El sistema de distribución de Nestlé consiste en la contratación de servicios de transporte de una empresa independiente para el envío de leche evaporada a la locación del cliente, así como de otros distribuidores independientes que

<sup>90</sup> Ver desarrollo de redes de distribución como un factor de barrera de entrada en la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI del 25 de junio de 2009 y Resolución 058-2006-INDECOPI/CLC del 21 de agosto de 2006.

<sup>91</sup> Ver fojas 594 al 599 del expediente.

<sup>92</sup> Ver: <http://classrating.com/Gloria.pdf> . Fecha de última visita el 12 de agosto de 2015.

<sup>93</sup> Ibíd.

<sup>94</sup> Ver fojas 819, 821 y 822 del expediente.

colocan el producto a los puntos de venta mayorista y minorista.<sup>95</sup> Los autoservicios son atendidos por Nestlé, según el caso, y comercializan directamente al consumidor final.

122. Finalmente, Laive inicia sus actividades desde el acopio de leche cruda a través de sus centros de acopio que se ubican en las regiones de Lima y Arequipa, y cuenta con una planta de producción ubicada en Lima.<sup>96</sup> Laive cuenta con un sistema de distribución a nivel nacional a través de distribuidores y atención directa a supermercados y clientes clave. Sin embargo, Laive señala que no comercializaba directamente en la Región Ucayali en el periodo de 2007 a 2010.<sup>97</sup>
123. De lo antes expuesto, se observa que Gloria cuenta con un esquema de producción y distribución de leche evaporada que le permite llegar de manera estratégica a regiones limítrofes del país, como la Región Ucayali, a través de una integración vertical de sus actividades, desde la producción de leche evaporada y su distribución a través de Deprodeca y su distribuidor regional FP, quien se encarga de abastecer a los distribuidores y mayoristas de la región. Este esquema está desarrollado en una escala mayor a la de Nestlé, quien no tiene las economías de escala de su competidor Gloria<sup>98</sup>; mientras que Laive no cuenta con una red de distribución de tal envergadura que le permita comercializar directamente en el mercado relevante debido a la distancia entre su planta y la Región Ucayali<sup>99</sup>.
124. Asimismo, Gloria integra verticalmente sus operaciones de leche evaporada, complementando su red de distribución a través de co-distribuidores independientes como E&B, alcanzando una cuota de mercado promedio de leche evaporada en la Región Ucayali de 84% en el periodo de agosto de 2007 a marzo de 2010<sup>100</sup>.
125. En consecuencia, la implementación de una red de distribución que cubra la distancia entre las zonas de producción y la Región Ucayali, constituye una ventaja de economías de escala que podría dificultar la posibilidad de encontrar fuentes alternativas de abastecimiento de leche evaporada, distintas a las existentes, en el nivel de la cadena de distribución mayorista.

---

<sup>95</sup> Ibíd.

<sup>96</sup> Ver las fojas 917 al 918 del expediente.

<sup>97</sup> Escrito del 24 de octubre de 2011 de Laive, en la foja 877 del expediente.

<sup>98</sup> Ver la foja 819 del expediente.

<sup>99</sup> Escrito del 24 de octubre de 2011 de Laive, en la foja 873 del expediente.

<sup>100</sup> Ver escrito de Feria Pucallpa del 23 de abril de 2010, en la foja 243 del expediente.

126. Conforme a lo expuesto, la Sala estima que Gloria ostenta ventajas en términos de economías de escala relacionadas con la tenencia de una red de producción y distribución ampliamente desarrollada a nivel nacional. Este factor podría ser considerado como una barrera a la entrada al mercado relevante por su impacto sobre la decisión de ingreso de potenciales competidores debido al riesgo de enfrentar a una empresa con una red de producción y distribución desarrollada.

### III.3.1.2 Economías de ámbito

127. Las economías de ámbito reducen los costos mediante la producción y/o distribución de un conjunto de productos al emplear la misma infraestructura, en lugar de la producción especializada de un único producto.<sup>101</sup> Con respecto a la distribución, las economías de ámbito permiten que sea más eficiente enviar una gama diversa de productos, en vez de un único producto a un determinado lugar.

128. En el presente caso, se observa que existen economías de ámbito en el caso de Gloria y Nestlé, pues ambos no solo distribuyen leche evaporada sino también misceláneos. Sin embargo, Gloria tiene un portafolio de productos más amplio que el de Nestlé, por lo que tendría una ventaja competitiva en términos de sus economías de ámbito.

129. Específicamente, los misceláneos que Gloria distribuye conjuntamente con la leche evaporada abarcan cafés, mermeladas, leche condensada, conservas de pescado, refrescos, mantequillas, entre otros<sup>102</sup>.

130. En el caso de Nestlé, esta empresa señala que el transporte a la Región Ucayali se realiza consolidando la carga de leche evaporada con otros productos de su portafolio, distribuyendo el costo del flete entre estos. Si bien esta empresa no detalla cuáles son los otros productos de su portafolio distintos a la leche evaporada, se puede apreciar que no produce mantequillas, mermeladas ni conservas de pescado.<sup>103</sup>

131. Por lo antes expuesto, la Sala estima que las economías de ámbito generadas por Gloria podrían ser consideradas como una barrera a la entrada al mercado relevante, dado su impacto sobre la decisión de ingreso de nuevos competidores debido a los mayores costos de transporte que enfrentaría un

<sup>101</sup> PANZAR, John C. y WILLIG, Robert D., *The American Economic Review*, Vol. 71, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety Third Annual Meeting of the American Economic Association, Mayo, 1981, págs. 268-272.

<sup>102</sup> Ver foja 71 del expediente.

<sup>103</sup> Ver: <http://www.nestle.com.pe/productos> Fecha de última visita: 13 de agosto de 2015.

nuevo competidor en caso no alcance un portafolio tan diversificado como el de Gloria.

### III.3.1.3 Sobreinversión o capacidad instalada ociosa

132. De acuerdo con la doctrina, la sobreinversión o tenencia de capacidad instalada ociosa por parte de las empresas establecidas puede ser un elemento disuasivo del ingreso de potenciales competidores al mercado.<sup>104</sup>
133. La existencia de capacidad instalada ociosa funcionaría como una señal de potencial respuesta de la empresa establecida ante la entrada de un nuevo competidor, a través del incremento de la producción (utilizando la capacidad ociosa), una reducción de precios y, por consiguiente, una reducción de la rentabilidad esperada por los potenciales competidores.<sup>105</sup> Es por ello que se considera una barrera estratégica.
134. En el presente caso, según Apoyo y Asociados, Gloria tiene una capacidad instalada ociosa en la producción de 32.3%, 34.1% y 24.3% para los años 2008, 2009 y 2010, respectivamente, a nivel nacional.<sup>106</sup>
135. En ese sentido, se evidencia que Gloria ostenta una alta capacidad instalada ociosa en el periodo 2008-2010, lo cual podría considerarse una barrera de entrada al mercado relevante.

### III.3.1.4 Fidelidad a marcas o preferencias del consumidor

136. La existencia de marcas muy reconocidas por los consumidores y arraigadas en sus hábitos de consumo puede representar también un elemento que dificulte el ingreso al mercado de competidores potenciales, puesto que podría implicar para estos una inversión significativa de recursos destinados a introducir nuevas marcas que representen una competencia efectiva a las

<sup>104</sup> Por ejemplo, P. Geroski y A. Jacquemin, "Industrial Change, Barriers to Mobility and European Industrial Policy", Economic Policy, Nov. 1985, sección 3. R. Gilbert. "Mobility Barriers and the Value of Incumbency", en R. Schmalensee y R. Willig (eds), The Handbook of Industrial Organization, North Holland, Amsterdam, 1989. P. Geroski, R. Gilbert y A. Jacquemin, "Barriers to Entry and Strategic Competition", Harwood Fundamentals of Pure and Applied Economics, 2013.

<sup>105</sup> LIEBERMAN, Marvin, "Excess Capacity as a Barrier to Entry: An Empirical Appraisal." En: The Journal of Industrial Economics, Vol. 35, No. 4, Junio 1987, págs. 607-627. Disponible en: <http://www.anderson.ucla.edu/faculty/marvin.lieberman/publications/ExcessCapBarrierEntry-JIE1987.pdf> Fecha de última visita: 12 de agosto de 2015. Op. Cit. Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, OECD, 2003, págs. 13-14.

<sup>106</sup> Ver Informe de Apoyo y Asociados sobre Gloria S.A. del año 2009, pág. 4. Disponible en: [http://128.121.179.224/files/instituciones\\_no\\_financieras/gloria/2009/gloria\\_09.pdf](http://128.121.179.224/files/instituciones_no_financieras/gloria/2009/gloria_09.pdf) e Informe de Apoyo y Asociados sobre Gloria S.A. del año 2010, pág. 3. Disponible en: [http://128.121.179.224/files/instituciones\\_no\\_financieras/gloria/2010/gloria\\_10.pdf](http://128.121.179.224/files/instituciones_no_financieras/gloria/2010/gloria_10.pdf). Fecha de última visita: 23 de octubre de 2015.

marcas establecidas. Adicionalmente, el proceso de introducción de una nueva marca en tal contexto puede involucrar un tiempo prolongado, lo que constituye un elemento disuasivo para los competidores potenciales al momento de decidir sobre su ingreso al mercado<sup>107</sup>.

137. En ese sentido, según un estudio elaborado por Arellano Marketing acerca de la identificación de marcas reconocidas en la mente de los consumidores<sup>108</sup>, el top-10 del ranking de marcas más recordadas por los peruanos fue liderado por leche Gloria, seguida por otras nueve marcas de productos distintos a la leche.
138. Asimismo, sobre la base de información disponible en el expediente, la Sala no ha encontrado mayor referencia a preferencias del consumidor para la Región Ucayali más allá del estudio de mercado elaborado por Rivas (2006)<sup>109</sup>. Según este estudio, las principales marcas de leche evaporada de Gloria (Gloria y Pura Vida), son las de mayor preferencia por parte de los consumidores de dicha región con un 88.4% de frecuencia de consumo, como se detalla en el cuadro a continuación.

**Ver Cuadro N° 5 en la siguiente página**

<sup>107</sup> Por ejemplo: FTC v. Coca – Cola. [(D.C. Cir. 1987)] citado en HOVENKAMP, H., Op. Cit., nota a pie 29, pág. 529. Al respecto HOVENKAMP reseña: “Las preferencias de los consumidores por las marcas de refrescos crearon barreras de entrada”. Traducción libre de: “*customer preferences for branded soft drinks created entry barrier*”. Dicho caso trata sobre el cuestionamiento de la Federal Trade Commission (FTC) sobre la adquisición llevada a cabo por Coca Cola sobre Dr. Pepper Company. En particular, “la FTC denunció que Dr. Pepper es un refresco carbonatado que compite directamente con los productos de Coca Cola a nivel regional y nacional, siendo que dicha competencia sería eliminada de concretarse la adquisición. En ese sentido, la concentración del mercado se incrementaría, favoreciendo una colusión tácita de precios y otras políticas paralelas entre Coca Cola Company y PepsiCo (el segundo mayor competidor), resultando en una afectación de la competencia”. Traducción libre de: “*FTC challenges Coca-Cola Company’s acquisition of Dr Pepper Company on two major grounds. It claims that Dr Pepper is a carbonated soft drink concern competing both nationally and regionally directly with Coca-Cola Company’s products, particularly its cherry Coke and Mr. PiBB brands, and that such competition will be eliminated. It further contends that the acquisition will increase concentration in the market and encourage tacit price collusion and other parallel policies of mutual advantage between Coca-Cola Company and PepsiCo, the other major seller in the carbonated soft drink business, thus encouraging if not resulting in a lessening of competition.*” Si bien es un caso referido a concentraciones empresariales, la Sala rescata el análisis de las preferencias de los consumidores como factor de creación de barreras de entrada, aplicable al presente caso.

<sup>108</sup> Estudio elaborado por encargo del suplemento Dia\_1 del diario El Comercio, mayo 2013. El ranking fue liderado por Gloria (leche), Coca-Cola e Inca Kola (gaseosas), Samsung, Sony y LG (tecnología), Ariel, Bolívar y Ace (detergentes) y D’Onofrio (helados).  
Ver: <http://elcomercio.pe/economia/peru/cuales-son-marcas-mas-recordadas-consumidores-peruanos-noticia-1581694>. Fecha de última visita: 13 de agosto de 2015.

<sup>109</sup> RIVAS, Jorge Luis Hilario. Estudio de mercado: Comercialización de leches y derivados. 2006. Pucallpa. Versión disponible en: <http://www.ilustrados.com/documentos/eb-estudiodemercadolecheucayali.pdf>. Fecha de última visita: 4 de septiembre de 2015.

### Cuadro N° 5

#### Marcas de leche que se consumen con mayor frecuencia en la Región Ucayali

¿Qué marca de leche consume en su hogar con mayor frecuencia?		
Marcas	Frecuencia	Porcentaje
Gloria (Gloria)	247	63.3%
Pura Vida (Gloria)	98	25.1%
Ideal (Nestlé)	32	8.2%
Multilac (Gloria)	1	0.3%
<b>Total</b>	<b>378</b>	<b>100.0%</b>

Fuente: Rivas (2006)

Elaboración: ST-SDC

139. Por lo antes expuesto, la importante identificación por parte de los consumidores respecto a las marcas de leche Gloria a nivel nacional y regional, podría ser considerada una barrera de entrada al mercado.

#### III.3.1.5 Evidencia de ejercicio de poder de mercado

140. De acuerdo con el concepto de poder de mercado precisado por la OECD<sup>110</sup> y siguiendo el análisis empleado por la Comisión y la Sala en casos anteriores (por ejemplo, los casos denunciados por Ambev Perú S.A.C.<sup>111</sup>, Universal Gas S.R.L.<sup>112</sup> y Depósitos Santa Beatriz S.R.L.<sup>113</sup>), la evolución de precios de las empresas competidoras que participan en el mercado relevante constituye un indicativo del ejercicio del poder de mercado de la empresa que ostenta la mayor participación, en función de las barreras de entrada identificadas.

141. En ese contexto, considerando la alta participación ostentada por Gloria y su integración vertical con FP en el mercado relevante, se podría señalar que si Gloria hubiese logrado ejercer poder de mercado -sosteniendo sus precios en niveles superiores a los que regirían en un entorno de mayor competencia-, dicha situación sería también un indicador de la existencia de barreras a la entrada, puesto que en función de tales barreras es que sería posible el ejercicio de dicho poder de mercado.

<sup>110</sup> Según el Glosario de Economía de Organización Industrial y Derecho de la Competencia de la OECD, el término "poder de mercado" se refiere a situaciones en las cuales las empresas enfrentan una curva de demanda de pendiente negativa y pueden elevar el precio por encima del nivel competitivo de manera rentable. Obtenido del segundo párrafo de la página 60 del *Glossary of Industrial Organisation and Competition Law* de la OECD: "Monopoly should be distinguished from market power. The latter is a term which refers to all situations in which firms face downward sloping demand curves and can profitably raise price above the competitive level. Market power may arise not only when there is a monopoly, but also when there is oligopoly, monopolistic competition, or a dominant firm."

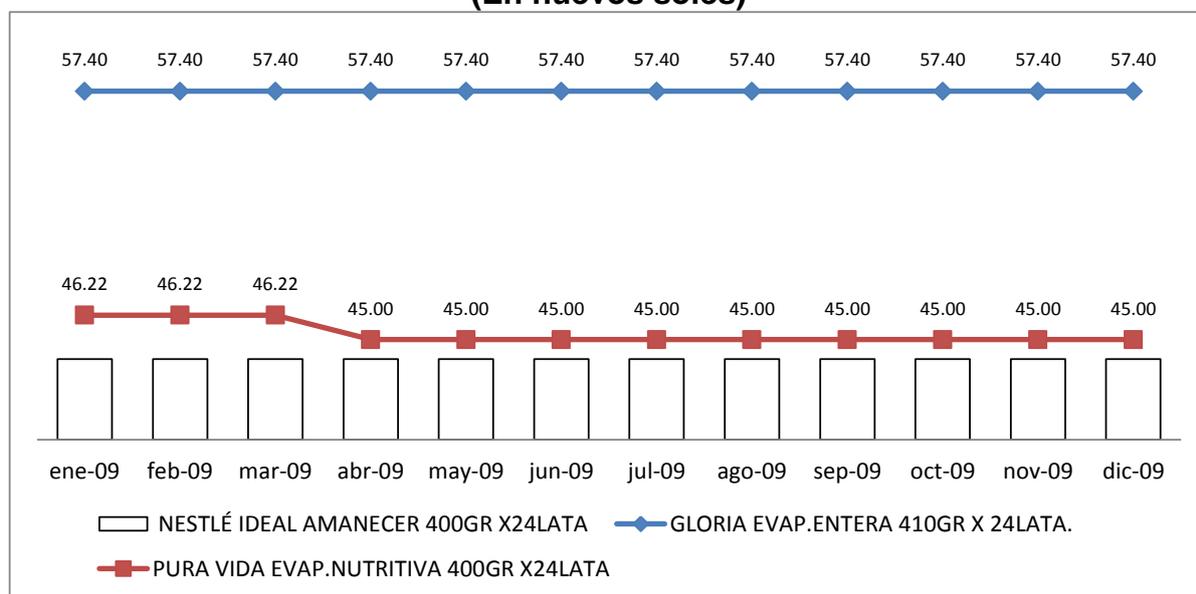
<sup>111</sup> Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI del 25 de junio de 2009.

<sup>112</sup> Resolución 058-2006/CLC-INDECOPI del 21 de agosto de 2006.

<sup>113</sup> Conjuntamente con Eleodoro Quiroga Ramos S.R.L. y Comercial Quiroga S.R.L. Ver Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003.

142. De acuerdo con la evidencia de la evolución de los precios del producto relevante, se encontró que cuando E&B pasó a ser distribuidor exclusivo de Nestlé, la nueva estructura del mercado llevó a una caída en los niveles de precios de las marcas Gloria y Pura Vida de 4.1% y 3.2%, respectivamente (en el caso de Gloria, pasando de S/. 57.40 a S/. 55.04 por cajas de veinticuatro (24) latas de 410 gr.; en el caso de Pura Vida, pasando de S/. 46.22 a S/. 44.75 por cajas de veinticuatro (24) latas de 400 gr.). En el siguiente gráfico se puede visualizar el comportamiento de los precios de la leche evaporada de las marcas de Gloria (Gloria y Pura Vida) y Nestlé (Ideal Amanecer) a los clientes minoristas, en el periodo enero - diciembre de 2009.

**Gráfico N° 2 [CONFIDENCIAL]**  
**Precios de venta a minoristas de leche evaporada en la Región Ucayali, 2009**  
**(En nuevos soles)**



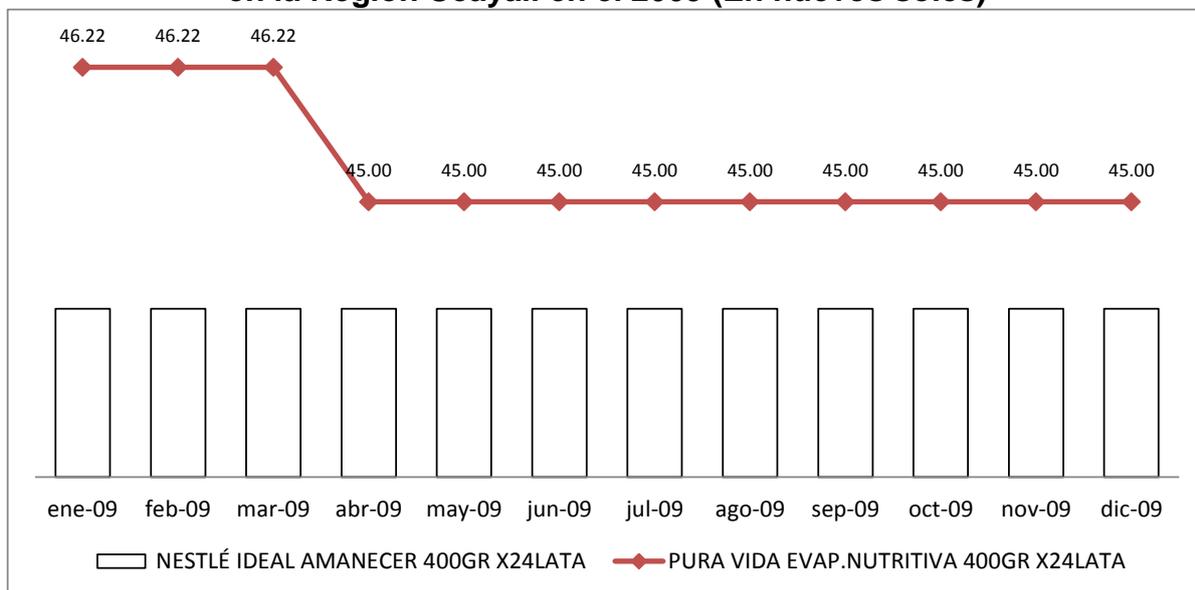
Fuente: Foja 1475 del expediente público y 793 del expediente confidencial.

Elaboración: ST-SDC

CONFIDENCIAL

143. Cabe señalar que la caja de leche evaporada Gloria contiene unidades de 410 gr., mientras que la caja de leche evaporada Pura Vida y Nestlé contiene unidades de 400 gr. Por ello, y considerando que E&B distribuía la línea Pura Vida cuando era distribuidor de Gloria y que posteriormente pasó a ser distribuidor de leche evaporada de la marca Nestlé, la comparación se realizará entre los datos disponibles en el expediente sobre la leche Pura Vida de Gloria e Ideal Amanecer de Nestlé.

**Gráfico N° 3 [CONFIDENCIAL]**  
**Precios de venta a minoristas de leche evaporada Pura Vida e Ideal Amanecer en la Región Ucayali en el 2009 (En nuevos soles)**



Fuente: Foja 1475 del expediente público y 793 del expediente confidencial

Elaboración: ST-SDC

CONFIDENCIAL

144. Del gráfico anterior se observa que Nestlé mantuvo un precio de [S/ ] por caja de leche evaporada Ideal Amanecer de veinticuatro (24) unidades, mientras que Gloria bajó el precio de la caja de leche evaporada Pura Vida de veinticuatro (24) unidades de S/. 46.22 en marzo a S/. 45.00 en abril, mes en que se llevó a cabo la conducta. Finalmente, el precio se mantuvo en S/. 45.00 durante los meses siguientes.

145. El análisis previo permite constatar que en la etapa anterior al cambio de E&B de cliente distribuidor a cliente mayorista (abril de 2009), Gloria habría estado ejerciendo su poder de mercado, protegido por la existencia de barreras de entrada. La disminución del precio de la leche evaporada Pura Vida a partir de abril de 2009 obedecería, en ausencia de factores macroeconómicos o regionales, al entorno de mayor competencia a nivel *intermarca* producto de la incorporación de E&B al sistema de distribución de Nestlé en el mercado relevante.

### III.3.1.6 Conclusión sobre la posición de dominio

146. Considerando la tenencia por parte de Gloria de un sistema de producción y distribución desarrollado y verticalmente integrado (con proveedores de insumos y distribuidores incluyendo a FP), la existencia de economías de ámbito, la tenencia de capacidad instalada ociosa y el liderazgo de sus

marcas; la Sala concluye que dichos elementos habrían constituido barreras a la entrada debido a su capacidad para disuadir el ingreso de potenciales competidores.

147. Asimismo, tomando en cuenta las elevadas cuotas de mercado de leche evaporada de Gloria a nivel nacional (alrededor de 82%) y en el mercado relevante (alrededor de 84%), las barreras de entrada antes mencionadas y la evidencia del ejercicio de poder de mercado; esta Sala concluye que Gloria (y, por consiguiente, FP al forma parte del mismo grupo económico) habría ostentado posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo analizado.

#### III.4 La acreditación de la conducta imputada

148. El artículo 10.2 literal h) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece como una modalidad de abuso de posición de dominio toda conducta que impida o dificulte el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica<sup>114</sup>.
149. E&B señaló en su denuncia que Gloria y FP habían cambiado su condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista en abril de 2009, excluyéndolo del mercado relevante. Por tales consideraciones, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a dichas empresas la presunta comisión de un abuso de posición de dominio, en contravención a lo dispuesto en la norma citada precedentemente.
150. En efecto, el cambio de condición antes referido implica una restricción vertical impuesta por la empresa dominante a la denunciante, lo cual podría afectar su permanencia en el mercado relevante, en la medida que ello genere un efecto exclusorio, generándose perjuicios y beneficios anticompetitivos.
151. Según señala la denunciante, dicha exclusión le implicaba un perjuicio pues ya no accedía a los precios especiales otorgados a los mayoristas por afrontar los costos derivados de las actividades de distribución. En cambio, según E&B, los mayoristas no acceden a precios especiales debido a que, a diferencia de los distribuidores, no afrontan inversiones considerables para la

<sup>114</sup>

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

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

(...)

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

(...)

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

venta de los productos de Gloria, con lo cual el cambio de su condición implicaba perder esos beneficios.

152. De acuerdo con la información del expediente, una de las empresas denunciadas (FP), verticalmente integrada con la otra denunciada (Gloria), decidió cambiar de condición de cliente distribuidor a cliente mayorista a E&B. Al respecto, el denunciante presentó copia del siguiente correo electrónico del 3 de abril de 2009<sup>115</sup>, enviado por el señor Málaga al señor Oscar Esquén Madrid, gerentes generales de FP 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 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 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.*

*Jose MALAGA RODRIGUEZ*

*Gerente General*

*Feria Oriente SAC. (sic)*

*(Subrayado agregado)*

153. Sin perjuicio de ello, a lo largo del procedimiento las denunciadas no han negado que hayan efectuado el cambio en la condición de E&B de cliente distribuidor a cliente mayorista. Por lo contrario, han esgrimido argumentos conducentes a explicar las razones que justificarían dicha conducta<sup>116</sup>.

154. En la medida que la conducta imputada no constituye un hecho controvertido en el presente procedimiento, la Sala procederá al siguiente punto de análisis, referido a evaluar las justificaciones comerciales alegadas por Gloria y FP.

### III.5 Las justificaciones alegadas por las imputadas

155. Una vez verificada la comisión de la conducta imputada, materializada en el cambio de categoría de E&B de cliente distribuidor a cliente mayorista, corresponde analizar a continuación si esta presentó alguna justificación

<sup>115</sup> Ver foja 24 del expediente.

<sup>116</sup> FP señaló en su escrito del 27 de agosto de 2010 que E&B "efectivamente no cumplía con los requisitos exigidos para este tipo de distribuidores [por lo que] se le retiró tal condición". Ver foja 355 del expediente.

basada en la eficiencia económica, debidamente probada por las empresas denunciadas.

156. Sobre el particular, las empresas denunciadas han alegado las siguientes eficiencias que presuntamente justificarían la decisión del cambio de categoría de E&B de cliente distribuidor a cliente mayorista de leche evaporada Pura Vida:

- (i) El referido cambio se debió a que el denunciante no cumplió sus obligaciones de manera eficiente, pues no generó ventas al nivel esperado y su gerente general no residía de manera constante en Pucallpa. Tras evaluar a E&B, se decidió contar con MG como único cliente distribuidor, debido a que cumplía con los requisitos necesarios para serlo.
- (ii) E&B no habría cumplido con proveer sus productos en las periferias, al no llegar a la mayor cantidad de puntos de venta minorista posible, garantizando con ello la cobertura de sus productos y que estos se encuentren al alcance de los consumidores. Dichas circunstancias habrían causado que E&B no incurriera en los gastos en los que incurren normalmente los distribuidores y, por ende, no le correspondía recibir los descuentos aplicables a dicho nivel comercial. Por tal razón, se le habría cambiado de categoría, quedándose MG como principal cliente distribuidor independiente de FP.

157. Sobre el particular, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Gloria información<sup>117</sup> destinada a acreditar las justificaciones antes señaladas. No obstante, la Comisión concluyó que las empresas denunciadas no cumplieron con presentar dicha información y, en ese sentido, no demostraron que la conducta se encontrara justificada en una mayor eficiencia económica<sup>118</sup>.

158. Al respecto, las denunciadas señalaron que la primera instancia 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. En esa medida, resultaba complejo presentar un medio probatorio fehaciente que acreditara que E&B estaba obligada contractualmente a distribuir la leche evaporada de Gloria a zonas alejadas y que no lo cumplió. Sin embargo, según las denunciadas, ello no desvirtuaba el hecho de que el cambio de categoría de E&B se produjo debido al incumplimiento de los acuerdos que

<sup>117</sup> Mediante Cartas 287-2011/ST-CLC-INDECOPI del 9 de noviembre de 2011, 322-2011/ST-CLC-INDECOPI del 28 de diciembre de 2011 y 146-2012/ST-CLC-INDECOPI del 24 de mayo de 2012. Ver fojas 1449, 1566 y 1644 del expediente, respectivamente.

<sup>118</sup> Ver párrafo 213 de la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI.

mantenían ambas empresas. Asimismo, indicaron que, en un procedimiento administrativo sancionador, no es deber del imputado probar su inocencia sino que es deber del denunciante o de la autoridad probar que el imputado incurrió en una conducta ilícita.

159. En resumen, las denunciadas han sostenido a lo largo del procedimiento que la conducta imputada tenía una justificación comercial válida, pues el cambio de estatus de cliente distribuidor a cliente mayorista buscaba alinear los incentivos de ambas partes (Gloria y E&B): E&B obtenía el producto a precios rebajados a cambio de distribuirlos en zonas periféricas, beneficiando el posicionamiento de la marca Gloria y compensando los costos que demanda la distribución a zonas alejadas.
160. Como bien se indicó anteriormente, las restricciones a nivel de distribución *intramarca* pueden encontrarse justificadas en razones comerciales válidas. Las justificaciones alegadas por las denunciadas, en efecto, se encuentran estrechamente ligadas a la eficiencia económica, en la medida que el posicionamiento de la marca en zonas alejadas no solo beneficia a la propia marca, sino al proceso competitivo y a los consumidores, estos últimos al acceder a productos antes inaccesibles.
161. Por ello, si bien la conducta imputada tiene la capacidad de restringir la competencia *intramarca*, esta podría encontrarse justificada en alinear los incentivos en la cadena de producción y distribución del producto. No obstante, las denunciadas no han presentado pruebas que permitan sustentar las justificaciones alegadas, pese a los requerimientos de información realizados por la Secretaría Técnica de la Comisión.
162. Ante lo argumentado por las denunciadas sobre la vulneración al principio de presunción de inocencia, cabe recordar que son las imputadas quienes tienen la carga de probar que la conducta materia de análisis, una vez acreditada por la autoridad de competencia, se encuentra debidamente justificada.
163. En efecto, las conductas tipificadas como abuso de posición de dominio se encuentran sometidas a la regla de prohibición relativa como bien se ha señalado anteriormente, por lo que la autoridad tiene que acreditar la existencia de la conducta imputada y que esta tiene o puede tener efectos negativos para la competencia y, por consiguiente, al bienestar de los consumidores<sup>119</sup>.

<sup>119</sup>

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

**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.

164. En ese sentido, si el presunto infractor alega que la conducta imputada tiene justificaciones comerciales válidas, debe presentar pruebas conducentes a ello, conforme a la regla general sobre la carga de la prueba, esto es, quien afirma hechos debe probarlos<sup>120</sup>.
165. Lo anterior no implica en modo alguno contravenir el principio de presunción de inocencia, pues la finalidad de presentar pruebas que sustenten la existencia de justificaciones válidas es, precisamente, la defensa relativa a que la conducta no configura la infracción administrativa imputada.
166. Desde el punto de vista procesal, dicha regla encuentra explicación en la doctrina del *res ipsa loquitur*, que demanda que la carga probatoria sea de quien se encuentra en mejor posición para probar determinado hecho de difícil probanza, generalmente por encontrarse en su esfera de control. Dicha regla genera incentivos en el presunto infractor de revelar las pruebas que permitan eximirlo de responsabilidad, pues de otro modo los costos de producir la prueba aumentarían<sup>121</sup>.
167. En este caso, dado que las denunciadas alegan que la conducta imputada obedeció a una justificación comercial válida, son estas las que se encuentran en la mejor posición para probarla, bien sea a través de contratos, comunicados remitidos entre las partes u otras pruebas que permitirían evidenciar las razones que motivaron a las denunciadas a cambiar el estatus de E&B de distribuidor a mayorista. Cabe resaltar que solamente Gloria podría acreditar que la conducta imputada se llevó a cabo bajo razones estrictamente comerciales y no para afectar la competencia en el mercado relevante.
168. Pese a que no se han acreditado las justificaciones comerciales alegadas, esta Sala considera que se debe verificar si la conducta imputada generó, o era idónea de generar, efectos negativos sobre la competencia, a fin de determinar si corresponde hallar responsables a las denunciadas.

120

**CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

**Artículo 196.-** Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

121

BULLARD, Alfredo. "Cuando las Cosas Hablan: El "res ipsa loquitur" y la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil". En: Themis, No.50, 2005:

"El concepto central es que quien está en control de una actividad está en mejor aptitud que quien no la controla para saber qué es lo que pasó. Si se obligara a la parte no controladora a asumir la carga de la prueba, entonces quién más información tiene tendría el incentivo para no producir ninguna prueba sobre lo ocurrido. Bajo tal situación, los costos de producir prueba aumentarían y la posibilidad de saber quién fue responsable se alejaría de la realidad.

(...)

Debe considerarse que el principio de la carga de la prueba sólo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar cómo ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que invierten la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño."

### III.6 Efectos negativos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores

169. Como se ha concluido en la sección anterior, las denunciadas no han acreditado que la conducta en cuestión se encontrara justificada. En consecuencia, corresponde a la Sala evaluar la existencia o no de efectos reales o potenciales restrictivos en la competencia.
170. En ese sentido, dado que las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas, la autoridad de competencia debe probar que estas tuvieron, o podrían haber tenido, un efecto negativo para la competencia y los consumidores.
171. Sobre el particular, la Comisión determinó que la exclusión de E&B del mercado de distribución de leche evaporada a mayoristas le permitió a FP eliminar a un competidor que ofrecía menores precios y que había logrado obtener la preferencia de determinados clientes mayoristas que anteriormente eran atendidos, generándose así un perjuicio para la competencia y un beneficio para el agente dominante. Así, según la primera instancia, los perjuicios generados por la conducta investigada sobre los clientes mayoristas representaron un incremento en sus costos, los cuales potencialmente podrían haber sido trasladados a los consumidores, al haberse eliminado a un proveedor que ofrecía mejores precios.
172. A juicio de la Sala, la determinación de la Comisión antes mencionada se basa en efectos potenciales, analizados a nivel *intramarca*, sin tomar en cuenta los efectos que la conducta generó sobre la competencia *intermarca* (en la cadena de distribución y comercialización) y el bienestar del consumidor final. Ello debido a las siguientes razones:
- (i) La primera instancia se enfocó en la exclusión de E&B del mercado de distribución a nivel *intramarca*, sin analizar si dicha exclusión implicó una exclusión efectiva del mercado de distribución. Es decir, no analizó si el cambio de condición de cliente distribuidor a cliente mayorista impidió de alguna forma a E&B ser distribuidor de otro competidor de leche evaporada, de manera que quedase excluido del mercado de distribución (*market foreclosure*<sup>122</sup>).

<sup>122</sup>

La doctrina del *market foreclosure* o exclusión del mercado señala que el productor dominante traslada su posición de dominio al distribuidor exclusivo, desplazando del mercado a los competidores en el negocio "aguas abajo". Ver: BORK, Robert. "The Antitrust Paradox. A policy at war with itself." Editorial The Free Press, New York, 1993, pág. 303.

- (ii) No se señaló cuál fue el beneficio anticompetitivo obtenido por la empresa dominante ni tampoco cuáles fueron los perjuicios concretos para la competencia *intermarca* y el bienestar de los consumidores.
173. Asimismo, la Sala estima que la Comisión debió evidenciar los efectos potenciales a los que se hizo mención en la resolución apelada y considerar de la misma manera los efectos a nivel *intermarca*, así como en qué consistía el beneficio anticompetitivo obtenido por la empresa dominante.
174. Conforme se analizó en la sección III.1. de la presente resolución, la primera instancia debió considerar que el presunto abuso de posición de dominio tenía la capacidad de afectar el proceso competitivo en la medida que la firma proveedora ostentara posición dominante en el mercado y la entrada en la siguiente etapa de la cadena productiva estuviera restringida. Ello debido a que, en la medida que se den facilidades de entrada en la etapa de distribución (o que puedan ser construidas rápidamente), una efectiva exclusión es improbable<sup>123</sup>.
175. En efecto, el cambio de la categoría de E&B de distribuidor a mayorista y la consecuente suspensión voluntaria de sus relaciones comerciales con FP, no le impidió seguir siendo distribuidor de leche evaporada de otras marcas en el mercado geográfico relevante. Al existir un competidor de Gloria (Nestlé) que transportaba sus productos hacia la Región Ucayali, no existiendo restricción o impedimento alguno para ser distribuidor de la competencia, E&B tuvo la posibilidad de pasar a ser distribuidor de Nestlé. Más aún, la evidencia ex post confirma este escenario, pues E&B se convirtió en distribuidor exclusivo de leche evaporada de la marca Nestlé a tan solo un mes de cometida la conducta denunciada, empezando a distribuir los productos de Nestlé en mayo de 2009. Es decir, no se produjo una exclusión del mercado de distribución de leche evaporada producto de la posición de dominio de Gloria, ya que E&B no fue excluida efectivamente como competidor en el mercado relevante.
176. De otro lado, el cambio de condición de cliente distribuidor a mayorista si bien podría generar efectos potenciales perjudiciales para la competencia *intramarca*, al reducir el número de distribuidores de la misma marca y/o a través de un incremento de precios del producto; también podría generar efectos sobre la competencia *intermarca* en el mercado “aguas abajo”. En este contexto, se deben evaluar los efectos reales o potenciales derivados de la competencia *intramarca* e *intermarca* que incidan en el bienestar de los consumidores, a través de cambios en los precios y en las cantidades ofertadas de los productos.

<sup>123</sup> HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., pág. 436.

177. En buena cuenta, para evaluar si el cambio de condición de cliente distribuidor a cliente mayorista de E&B se encontraba en la capacidad de afectar el proceso competitivo a nivel *intramarca* o *intermarca*, deben existir elementos propios del caso en concreto que así lo demuestren.
178. A modo de ejemplo, esta Sala en un pronunciamiento anterior concerniente al mercado de comercialización de cemento Portland gris en la zona centro del país<sup>124</sup>, consideró que la conducta de negativa injustificada de trato, materializada en un acuerdo entre el agente dominante (Unacem) junto con sus principales distribuidores, a aquellas ferreterías que comercializaran el cemento del competidor entrante (Cemex Perú), generó efectos potenciales perjudiciales para el proceso competitivo a nivel *intermarca* al tener la capacidad de excluir al nuevo entrante, debido a factores como:
- (i) La importancia del producto de la empresa dominante, pues el cemento de Unacem se encontraba consolidado en el mercado y la marca tenía una alta preferencia de los consumidores, frente a una marca nueva y desconocida como Quisqueya de Cemex Perú;
  - (ii) la importancia del canal ferretero sobre el cual se aplicó la conducta de negativa de ventas, pues representaba el 75% de las ventas de cemento en el mercado, dificultando con ello la competencia efectiva de la empresa entrante;
  - (iii) la muestra efectuada a un grupo de ferreterías demostró que varias ferreterías minoristas “castigadas” se vieron obligadas a comprar el cemento de Unacem de las mayoristas a un mayor precio para seguir manteniendo sus niveles de ventas, resaltando que la conducta era eficaz; y,
  - (iv) la conducta era replicable constituyéndose en una amenaza creíble, pues bastó que las infractoras “castigaran” a una ferretería importante para que sirviera de ejemplo a las demás sobre las consecuencias que implicaría que vendieran el producto del nuevo competidor (Cemex Perú).
179. De este modo, la Sala estima que para poder analizar una posible práctica de abuso de posición de dominio, debe analizarse tanto la competencia *intramarca* como la competencia *intermarca*, así como los efectos reales o potenciales generados por la conducta sobre los mercados afectados. Los posibles efectos exclusorios y el impacto en el bienestar del consumidor surgen de analizar si se han generado eficiencias o si se ha obstruido el proceso competitivo, como consecuencia de la ejecución de la conducta.

124

Ver Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI del 23 de diciembre de 2014.

180. En conclusión, la Sala considera que si bien la conducta denunciada tuvo como efecto la salida de un competidor de FP en la etapa de distribución, reduciendo temporalmente la competencia *intramarca*, la Comisión debió evidenciar de manera concreta no solo los efectos sobre la competencia *intramarca* a nivel de la etapa de distribución, sino también sobre la competencia *intermarca* en dicha etapa. Asimismo, la primera instancia debió completar el análisis de los efectos de la conducta sobre la competencia a nivel de los diversos mercados afectados (mayorista, minorista y consumidor final). Adicionalmente, se debió evidenciar el beneficio anticompetitivo que habría obtenido la empresa con posición de dominio como consecuencia de la conducta analizada.
181. Sin embargo, en este caso no se evidencia la existencia de elementos que sustenten que la conducta imputada tuviera la capacidad o potencialidad de dañar la competencia. Asimismo, tampoco se observan de manera concreta los efectos lesivos, reales o potenciales, sobre los mercados presuntamente afectados (mayorista, minorista y consumidor final). Finalmente, tampoco se ha encontrado evidencia del beneficio anticompetitivo que habría obtenido Gloria como consecuencia del presunto abuso de su posición dominante.
182. A mayor detalle, se muestra a continuación la evidencia sugerida para el presente caso respecto a los efectos generados como consecuencia de la conducta materia de análisis.

### III.6.1 Evidencia económica

183. FP sustenta el cambio de categoría de distribuidor a mayorista de E&B en el supuesto incumplimiento del contrato verbal que mantenían. La respuesta de E&B fue interrumpir las relaciones comerciales con FP. Ante este evento, FP, distribuidora verticalmente integrada a Gloria, tuvo como opciones: (i) ser la única distribuidora de leche evaporada Pura Vida en la Región Ucayali; o, (ii) encargar la distribución de dicha marca a otro distribuidor independiente.
184. De acuerdo con la Comisión, el hecho de que FP otorgase la distribución de la marca Pura Vida a un distribuidor independiente le implicaba percibir un menor margen de ganancias por cada producto vendido. En cambio, el vender directamente a los mayoristas a un mayor precio brindaba la posibilidad a FP de obtener mayores ganancias. Este sería el principal motivo, a decir de la Comisión, por el cual FP habría realizado el cambio de categoría a E&B.
185. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que Gloria contó con el esquema de distribución dual tanto antes como después de la configuración de la conducta imputada. La razón por la cual FP habría mantenido el mencionado esquema

recaería en que para Gloria, como grupo económico, sería más eficiente contar con distribuidores independientes que le permitiesen lograr su objetivo de satisfacer la demanda de las periferias.

186. El acceder a un mayor número de consumidores mediante un esquema de distribución dual determinaría un incremento en ventas y, en consecuencia, de las ganancias de Gloria. En concreto, el acceder a los consumidores de las periferias de la Región Ucayali es lo que habría incentivado a Gloria a contar con distribuidores independientes. Es decir, los incentivos de Gloria por mantener el sistema de distribución dual estarían basados en la eficiencia económica.
187. Sobre los incentivos de un productor por tener un sistema de distribución eficiente, la OECD<sup>125</sup> ha señalado lo siguiente:

*“... La Corte observó que debido a que los productores generalmente tienen incentivos de promover una distribución eficiente que se encuentre alineada con los intereses de los consumidores, el daño a la competencia es más probable si el acuerdo de mantenimiento de precio de reventa es llevado a cabo como resultado de una presión del comercializador en lugar de la iniciativa del propio productor”*

(Traducción libre)

188. Es decir, en un sistema de distribución dual como el analizado en este caso, es menos probable que Gloria, el productor, se encuentre motivado a dañar la competencia, ya que se encontraría enfocado en llegar a un mayor número de clientes. Con la finalidad de cumplir dicho objetivo, Gloria y FP habrían encontrado como solución más eficiente el mantener un sistema de distribución dual con co-distribuidores independientes que se encuentren alineados con tal objetivo.
189. Este hecho habría motivado a FP a contratar con MG la distribución de leche evaporada Pura Vida<sup>126</sup>, empresa que previamente mantenía la distribución de los productos y misceláneos de la marca Gloria. Los beneficios de contar con un sistema de distribución dual se expresaron en que FP no cambió las condiciones contractuales de ninguno de sus otros co-distribuidores independientes.

<sup>125</sup> OECD. “Resale Price Maintenance”. Policy Roundtables. 2008, pág. 221. Disponible en: [www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf). Fecha de última visita: 31 de agosto de 2015.

<sup>126</sup> Ver foja 1616 del expediente.

190. Es decir, al no eliminarse el sistema de distribución dual ni modificarse las condiciones comerciales de los demás distribuidores independientes, no se desprendería del análisis que el esquema de distribución haya sido alterado.
191. En esa medida, esta Sala considera necesario la evaluación de la existencia de evidencia que respalde la tesis que (i) la competencia *intramarca* resultó afectada; y (ii) que los consumidores resultaron perjudicados debido a la presencia de un mayor precio, como consecuencia de una menor competencia *intermarca*.
192. En primer lugar, la distribución de la marca Pura Vida, anteriormente bajo responsabilidad de E&B, fue asumida por MG a partir del mes de abril de 2009. De esa forma, al reasignarse la distribución de la mencionada marca de leche evaporada, se mantuvieron constantes: (i) el número de agentes en la distribución de leche evaporada Pura Vida; y, (ii) el aprovisionamiento del mercado. Como se aprecia en el Cuadro N° 6, MG tomó la mayor parte de las ventas de leche evaporada Pura Vida que previamente eran vendidas a E&B.

**Cuadro N° 6 [CONFIDENCIAL]**  
**Participación en ventas de leche Pura Vida de FP a Distribuidores Independientes**

Persona jurídica/natural	Marzo	Abril
E & B E.I.R.L.		
MERCANTIL GLORIA S.A.C.		
G & V DISTRIBUIDORES E.I.R.L		
CORI CORNE DANIEL CLAUDIO		
Otros		

Fuente: Foja 325 del expediente confidencial.

Elaboración: ST-SDC

CONFIDENCIAL

193. Por otro lado, del mismo cuadro se aprecia que las ventas de FP a otros agentes económicos permanecieron con pocas variaciones. Este hecho permite apreciar que ante el cambio de distribuidores en abril de 2009, FP no aumentó sus ventas al canal mayorista, sino que concentró sus ventas en los distribuidores, principalmente en el co-distribuidor independiente MG.
194. En otras palabras, la evidencia demuestra que FP no mantuvo ni aumentó su participación de mercado en la distribución de leche evaporada a mayoristas como consecuencia de la conducta imputada, ya que permaneció vigente el sistema de distribución dual, con MG como co-distribuidor independiente en reemplazo de E&B.
195. En el siguiente cuadro se muestran las ventas de leche Pura Vida de FP por canal de ventas (distribuidores, mayoristas, autoservicios/supermercados y

otros). En particular, se observa del Cuadro N° 7 que FP habría estado enfocándose en el canal co-distribuidor desde el 2007, ya que pasó de un [        %] de sus ventas en el 2007 a [        %] en el 2010.

**Cuadro N° 7 [CONFIDENCIAL]**  
**Ventas de leche Pura Vida de FP en la Región Ucayali, por Canal**  
**(Cantidad UME\*\*)**

	2007*	2008	2009	2010
Distribuidores				
Mayoristas				
Autoservicios/Supermercados				
Otros				

\* Información corresponde a los meses de junio a diciembre.

\*\* Unidad de medida que corresponde a cajas de 48 latas equivalentes.

Fuente: Foja 321 del expediente confidencial.

Elaboración: ST-SDC

196. La continua reducción del porcentaje de ventas de leche Pura Vida de FP en el canal mayorista y el incremento en las ventas hacia los co-distribuidores desde junio de 2007<sup>127</sup> permite apreciar que, si bien E&B y FP competían en el canal mayorista, FP habría estado enfocándose en el canal co-distribuidor desde el 2007. Este hecho contradice lo señalado por la Comisión respecto a que FP recuperó sus niveles de ventas de leche Pura Vida a mayoristas después del cambio de condición de E&B<sup>128</sup>; ya que las ventas al canal mayorista habían estado reduciéndose al menos desde junio de 2007.
197. El origen de la tendencia decreciente de la participación de las ventas mayoristas sobre el total de ventas es relevante, en la medida que empezó en una fecha posterior a la entrada de E&B a la distribución de leche evaporada Pura Vida en junio de 2008. Más aún, durante el 2009, período en el cual se habría ejecutado la conducta anticompetitiva, la variación anual<sup>129</sup> del nivel de ventas al canal mayorista mostró una caída de 6% en comparación al 2008.
198. En cambio, se observa que FP incrementó sus ventas a distribuidores durante el 2009 y el 2010, en comparación al año 2008. En el Cuadro N° 8, se observan estos resultados y los aumentos en ventas para el canal de autoservicios de [        %] y [        %] durante los años 2009 y 2010, respecto al 2008.

<sup>127</sup> La información brindada por las partes comprende el período junio 2007 a diciembre 2010.

<sup>128</sup> Ver párrafo 249 del Informe Técnico.

<sup>129</sup> Para el crecimiento anual se utiliza como año base el 2008, ya que solo se cuenta con ventas de FP desde junio de 2007.

**Cuadro N° 8 [CONFIDENCIAL]**  
**Crecimiento de ventas de leche Pura Vida de FP en la Región Ucayali, por principales canales (Cantidad UME\*\*)**

<b>Crecimiento</b>	<b>2009/2008</b>	<b>2010/2008</b>
Distribuidores		
Mayoristas		
Autoservicios/Supermercados		

\*\* Unidad de medida que corresponde a cajas de 48 latas equivalentes.

Fuente: Foja 321 del expediente confidencial

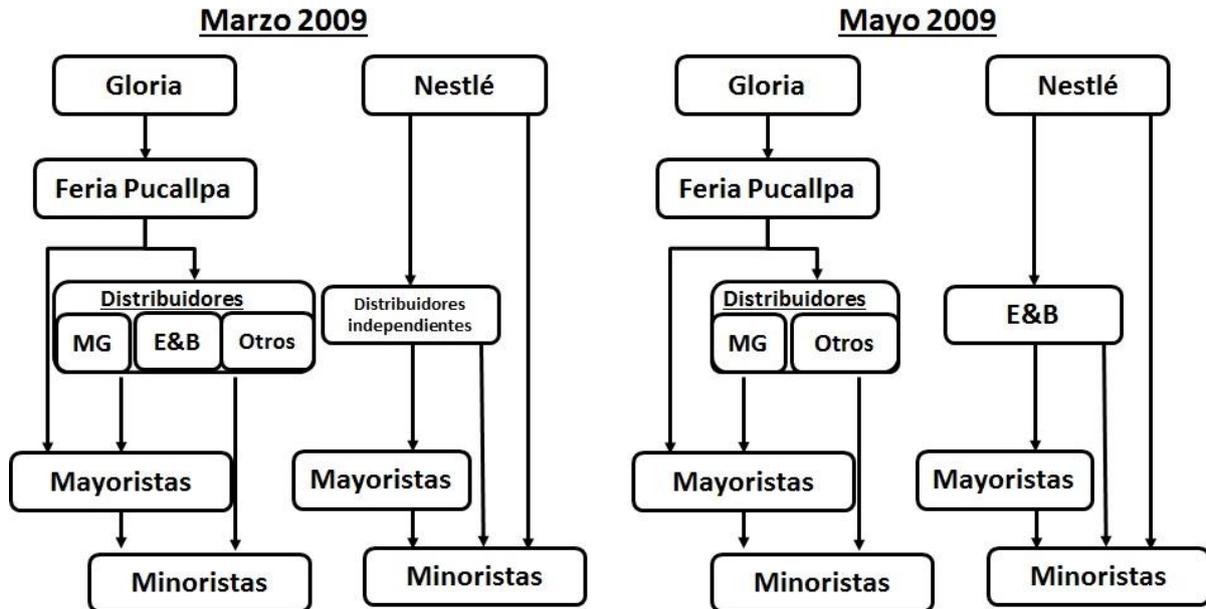
Elaboración: ST-SDC

CONFIDENCIAL

199. Estos resultados permiten inferir que FP buscó mantener el esquema de distribución dual, enfocándose en incrementar sus ventas en el canal de distribuidores para poder llegar a un mayor número de consumidores. Conservar el sistema de distribución dual permitió mantener la estabilidad en el nivel de ventas hacia los mayoristas, manteniendo a la competencia *intramarca* inafectada y al mercado de distribución provisto de leche evaporada.
200. Es decir, el haber entregado la línea de distribución de E&B a otro distribuidor independiente (MG) y al disminuir la participación de sus ventas al canal mayorista durante los años previos a la imputación de la conducta, permite inferir que FP no tuvo incentivos de obtener beneficios anticompetitivos con el cambio de categoría de E&B.
201. En el siguiente gráfico se muestra la estructura del mercado de manera previa a la conducta (marzo de 2009) así como sus consecuencias sobre el mercado (a partir de mayo de 2009) producto del cambio de categoría de cliente distribuidor a mayorista de E&B.

**Ver Gráfico N° 4 en la siguiente página**

**Gráfico N° 4**  
**Estructura del mercado de leche evaporada en la Región Ucayali,**  
**antes y después de la conducta**



Elaboración: ST-SDC

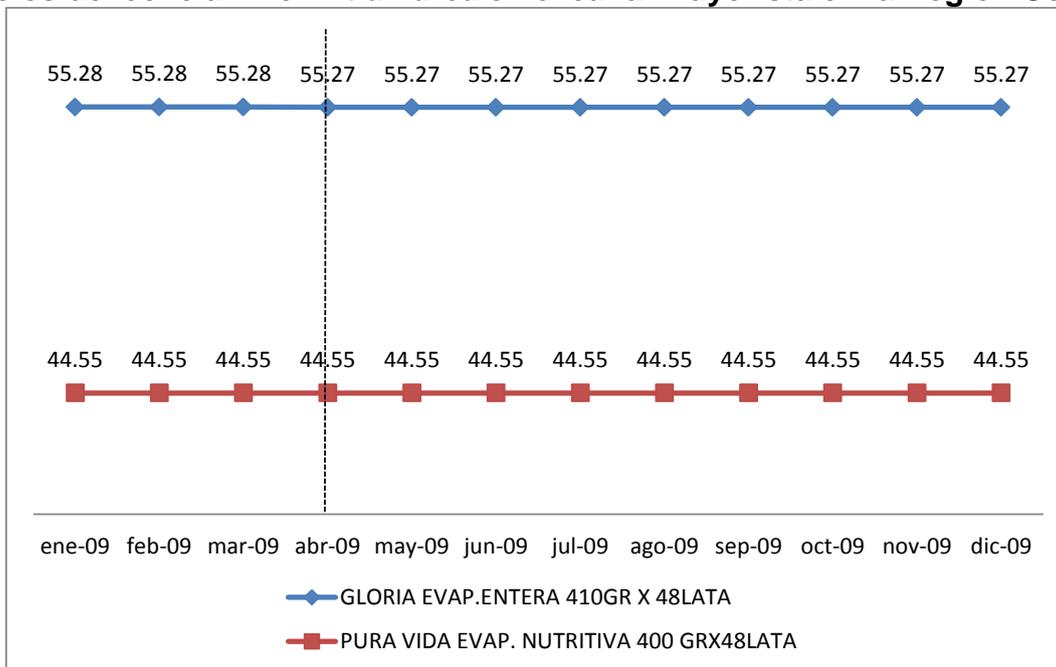
202. Del gráfico anterior se aprecia que hubo un cambio en la composición del número de agentes en la distribución de la leche evaporada en el mercado relevante. Para la Comisión, este hecho habría obligado a los mayoristas a comprar leche evaporada Pura Vida (marca de Gloria) a otros distribuidores a un precio más elevado, generando que esta alza en precios sea trasladada al consumidor final.

203. Cabe señalar que en ocasiones, la conducta puede presentar efectos que no se observan en el mercado en el cual se configuraron. Así, con la finalidad de analizar los efectos de la conducta a cabalidad, se debe evaluar su posible impacto sobre los mercados de los cuales se abastece (aguas arriba) y a los cuales abastece (aguas abajo)<sup>130</sup>.

204. En este sentido, en los siguientes gráficos (Gráficos N° 5 y N° 6) se muestra cómo los precios de lista de la leche evaporada Pura Vida a mayoristas y minoristas no aumentaron durante los meses cercanos a la conducta, mostrando incluso ligeros descensos. Es decir, las presiones competitivas sobre los precios se mantuvieron casi constantes luego de que FP cambió a un distribuidor independiente (E&B) por otro (MG).

<sup>130</sup> ROSS, Stephen F. "Principles of Antitrust Law". New York: The Foundation Press Inc. 1993, pág. 224.

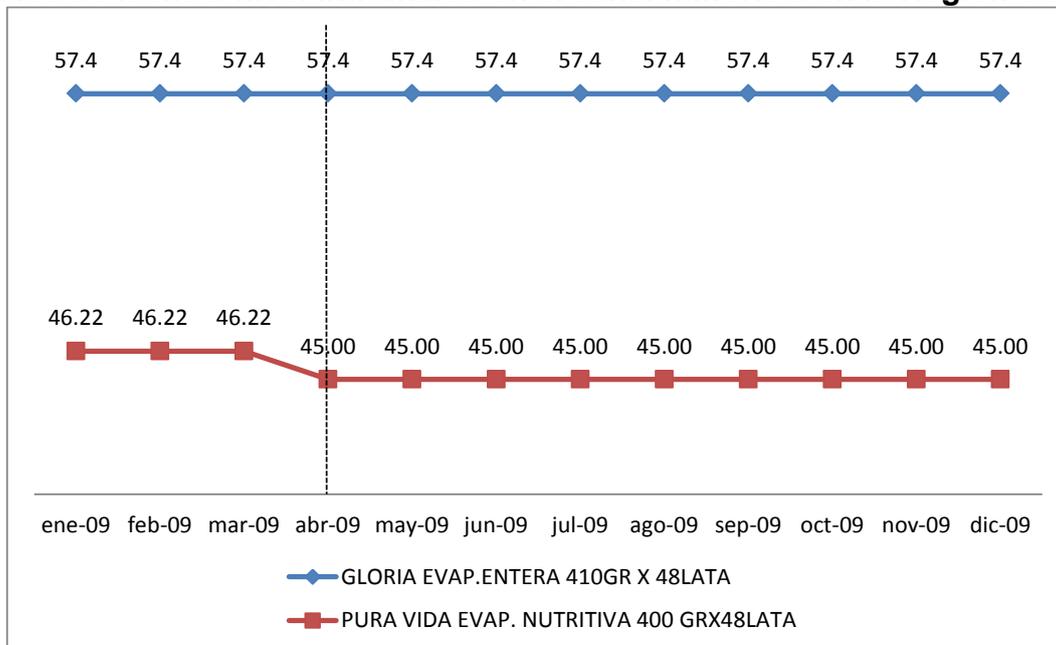
**Gráfico N° 5**  
**Precios de leche a nivel *intramarca* en el canal mayorista en la Región Ucayali**



Fuente: Foja 1475 del expediente público

Elaboración: ST-SDC

**Gráfico N° 6**  
**Precios de leche a nivel *intramarca* en el canal minorista en la Región Ucayali**



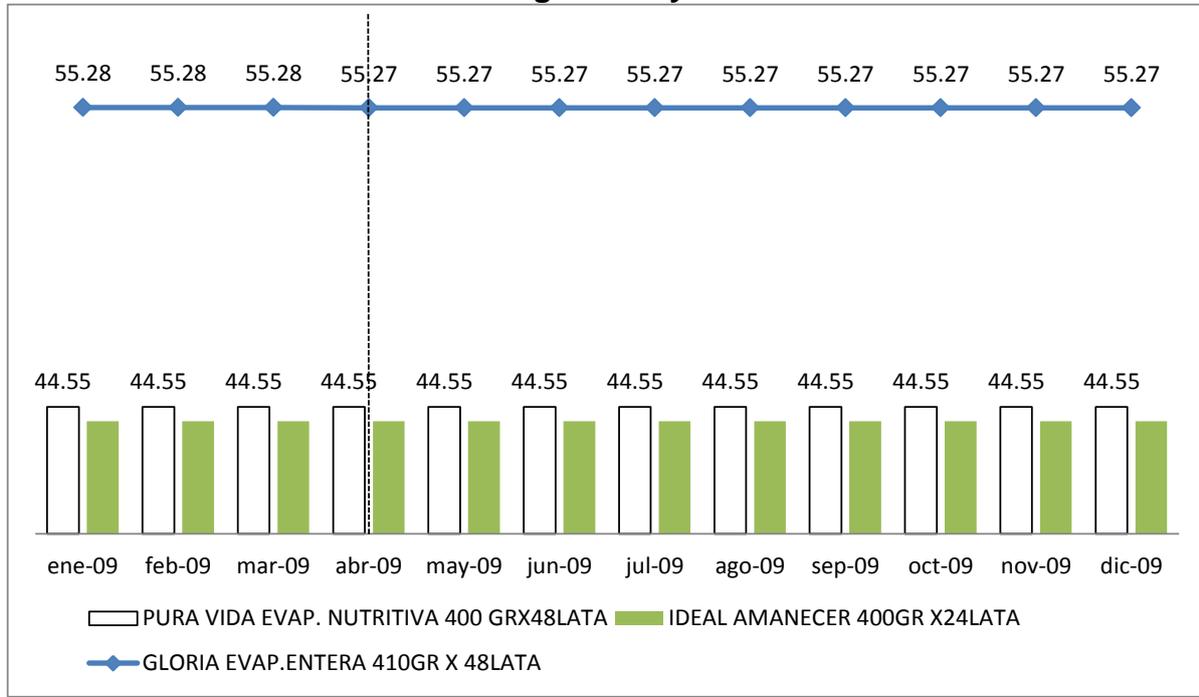
Fuente: Foja 1475 del expediente público

Elaboración: ST-SDC

205. Similar escenario se observa a nivel minorista, donde las presiones competitivas sobre los precios muestran un ligero descenso del precio de la leche Pura Vida a partir del cambio de E&B por MG, según se muestra en el Gráfico N° 2 del apartado III.3.1.5 de la presente resolución.
206. Por lo antes expuesto, la Sala estima que la conducta denunciada no generó una afectación, real o potencialmente, a la competencia *intramarca*, ya que se cambió a un distribuidor independiente por otro. Más aún, la evidencia analizada muestra que los esfuerzos de FP estuvieron orientados a mantener y fortalecer el esquema de distribución dual, al aumentar la participación de ventas en el canal distribuidor. Adicionalmente, no se observa un aumento de precios de la leche evaporada de las marcas de Gloria que evidencie un beneficio anticompetitivo obtenido por la empresa dominante.
207. No habiéndose encontrado una afectación real o potencial a la competencia *intramarca*, esta Sala considera pertinente evaluar los posibles efectos de la conducta sobre la competencia *intermarca*.
208. Respecto a las repercusiones a la competencia intermarca, de acuerdo con el Gráfico N° 4, correspondiente a la estructura del mercado de la leche evaporada en la Región Ucayali, a partir del mes de mayo de 2009, E&B empezó a distribuir leche evaporada de la marca Nestlé. Bajo este nuevo escenario, a nivel mayorista, los precios de lista permanecieron inalterados (ver Gráfico N°7), mientras que los precios a nivel minorista (ver Gráfico N°2 del apartado III.3.1.5 de esta resolución) sufrieron un descenso respecto a la leche evaporada Pura Vida, la cual antes de la conducta era distribuida por E&B.

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

**Gráfico N° 7 [CONFIDENCIAL]**  
**Precios de la leche evaporada a nivel *intermarca* en el canal mayorista en la Región Ucayali**



Fuente: Foja 1475 del expediente público y 793 del expediente confidencial.

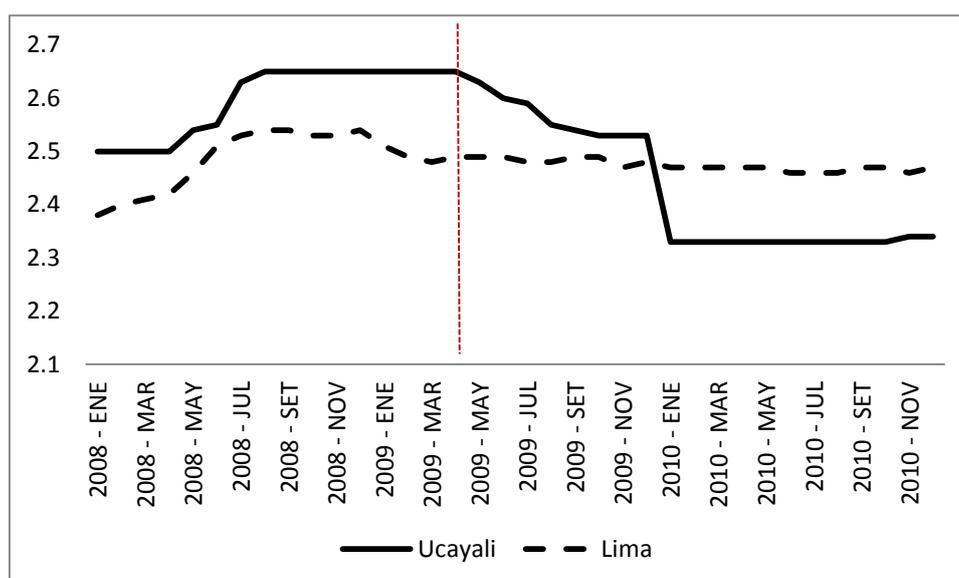
Elaboración: ST-SDC

209. En efecto, el Gráfico N° 7 evidencia que los minoristas recibieron la leche evaporada de la marca Pura Vida a partir del mes de abril a un precio 2.6% menor al del mes de marzo. A juicio de la Sala, el conservar el esquema de distribución dual con el mismo número de distribuidores y la entrada de un nuevo distribuidor de otra marca generaron presiones competitivas a nivel *intermarca*, lo cual determinó que el precio minorista cayese.
210. En consecuencia, del análisis *intramarca* e *intermarca* antes expuesto se infiere que: (i) en el mercado relevante no se observaron efectos negativos sobre la competencia como consecuencia de la conducta; y, (ii) no se evidencian beneficios anticompetitivos para FP o Gloria, como por ejemplo el cobro de mayores precios a los mayoristas y minoristas.
211. No obstante, se procederá a analizar los efectos de la conducta en la última etapa de la cadena de comercialización, es decir, sobre los consumidores finales. Nótese que los efectos de la mayor competencia *intermarca* se hacen más evidentes mientras más abajo se analice en la cadena de producción. Por ello, resulta necesario continuar con el análisis aguas abajo, con la finalidad de evaluar la evolución de los precios a los consumidores finales. Estos últimos son aquellos cuyo bienestar es modificado directamente en la medida

que las presiones competitivas *intermarca* aumenten o disminuyan el precio de la leche evaporada.

212. Al respecto, no se cuenta en el expediente con información de ventas de los comerciantes que permita recoger el efecto final de la competencia *intermarca* sobre los consumidores finales.
213. Sin embargo, conforme a la información del INEI para la Región Ucayali, a partir de mayo de 2009 se evidenció una tendencia decreciente en el precio de venta al consumidor final de leche evaporada (ver Gráfico N° 8). El hecho que el descenso en el nivel de precios haya ocurrido precisamente en el mes de mayo de 2009, evidenciaría que la mayor presencia de la marca rival aumentó las presiones competitivas.

**Gráfico N° 8**  
**Precios al consumidor de leche evaporada, por lata de 410 gramos en la Región Ucayali**  
**(En nuevos soles)**



Fuente: INEI - Dirección Técnica de Indicadores Económicos.

Elaboración: ST-SDC

214. Por lo contrario, el precio de la leche evaporada en Lima, mantuvo una evolución sin mayores variaciones. Este hecho permite constatar que la reducción en el precio de leche en la Región Ucayali a partir de mayo de 2009 no fue motivada por algún fenómeno de alcance nacional, sino regional. En esa medida, ante la ausencia de eventos macroeconómicos que afecten el precio de la leche a nivel nacional en el mes de mayo de 2009; y, ante la presencia de un nuevo distribuidor de una marca rival, esta Sala considera

que la caída en el precio al consumidor en la Región Ucayali se puede atribuir al aumento de la competencia *intermarca* como consecuencia de la mayor presencia de Nestlé al contratar a E&B como distribuidor de leche evaporada de su marca en la región en mención.

215. La ausencia de efectos anticompetitivos reales sugiere que se debe analizar la potencialidad anticompetitiva de la conducta denunciada, es decir, si de manera potencial pudo haber generado un perjuicio al proceso competitivo.
216. La sustitución de un distribuidor independiente por otro no impidió que E&B pudiera disponer de sus activos para mantenerse en el mercado de distribución de leche evaporada con otra marca (Nestlé) que también llegaba a la Región Ucayali o, en su defecto, que los destine a otra actividad económica<sup>131</sup>. De este modo, en el presente caso no se han presentado costos hundidos que desincentiven la entrada de potenciales competidores de FP en el mercado relevante.
217. Por lo antes expuesto, esta Sala considera que en el presente caso la conducta denunciada no ha generado efectos anticompetitivos, reales o potenciales, que afecten a la competencia, *intramarca* e *intermarca*. Este hecho se sustenta en que la conducta imputada no permitía mantener o incrementar el poder de mercado de las denunciadas (beneficio anticompetitivo) en desmedro de E&B u otro distribuidor, ni sobre el consumidor final (perjuicio anticompetitivo).

### III.7. Conclusiones

218. El análisis desarrollado permite concluir que: (i) la continuidad del esquema de distribución dual estaría orientada a fortalecer el sistema de co-distribuidores independientes, lo cual se vio evidenciado en las mayores ventas hacia los mismos por parte de FP, desde los años previos a la conducta imputada; (ii) la competencia *intramarca* permaneció inalterada al mantenerse casi constantes los precios de venta a mayoristas de las marcas Gloria y Pura Vida y el número de agentes económicos presentes en dicho mercado; y, (iii) se incrementaron las presiones competitivas, producto de la mayor competencia *intermarca*, lo cual generó el descenso en los precios de venta de la leche evaporada al consumidor final.
219. Por consiguiente, esta Sala no encuentra que la conducta denunciada haya generado o haya podido generar un aumento del poder de mercado de Gloria,

<sup>131</sup> De acuerdo con los escritos de E&B, esta empresa habría adquirido tres furgonetas marca Lifan y un camión Hyundai de cuatro (4) toneladas, sin indicar características adicionales que puedan dar cuenta que eran bienes específicos para dicha actividad como lo sería un camión frigorífico, por ejemplo. Nótese que E&B no estaba encargado de productos perecibles, como sí fue el caso de MG. Ver foja 1 del expediente.

ya que no tuvo la capacidad de generar un efecto exclusorio en la competencia *intramarca*, al no haberse reducido las condiciones sustanciales de la competencia. Más aún, esta Sala considera que la conducta investigada tuvo como consecuencia, indirecta, que se produjeran mayores presiones competitivas sobre los precios al consumidor de leche evaporada, producto del aumento de la competencia *intermarca*, lo cual generó descensos en los precios de venta al consumidor en la Región Ucayali.

220. Finalmente, si bien en el presente caso se ha determinado que Gloria y FP ostentan posición de dominio en el mercado relevante, y que la conducta denunciada en perjuicio de E&B consistente en el cambio de cliente distribuidor a cliente mayorista se encuentra acreditada, lo cierto es que no se ha verificado la existencia de efectos reales o potenciales que afecten o puedan afectar al proceso competitivo, debido a la siguiente evidencia:

- (i) El cambio de categoría generó que E&B dejara de ser distribuidor de Gloria, pero no restringió la posibilidad de distribuir los productos de la competencia, por lo que no se generó un efecto exclusorio en el mercado relevante;
- (ii) la línea de distribución de la leche evaporada Pura Vida manejada por E&B fue reasignada al distribuidor independiente MG luego de cometida la conducta, por lo que el nivel de competencia intramarca no se vio afectado;
- (iii) la conducta analizada no estuvo orientada a consolidar la posición de dominio de las denunciadas en perjuicio de un competidor, toda vez que Gloria y FP mantuvieron el esquema de distribución dual y aumentaron sus ventas a los distribuidores independientes, en lugar de ocuparse del canal mayorista; y,
- (iv) se incrementó el nivel de competencia intermarca al producirse una disminución sistemática de los precios a los consumidores finales, luego de que E&B se convirtiera en distribuidor de la marca rival de las denunciadas.

221. En consecuencia, por las consideraciones expuestas, corresponde revocar la resolución apelada que declaró fundada la denuncia de E&B contra Gloria y FP por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 10.2 literal h) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, reformándola, se declara infundada la denuncia en todos sus extremos. De igual manera, se revoca la resolución

apelada en el extremo que sancionó a Gloria y a FP, dejando sin efecto la multa solidaria de treinta (30) UIT impuesta a las denunciadas.

#### **IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA**

**PRIMERO:** revocar la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI del 4 de diciembre de 2012, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que declaró fundada la denuncia presentada por E&B E.I.R.L. contra Gloria S.A. y Distribuidora Feria Pucallpa S.A.C. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1 y 10.2, literal h) del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y, reformándola, declararla infundada en todos sus extremos.

**SEGUNDO:** revocar la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI en el extremo que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia sancionó a Gloria S.A. y Distribuidora Feria Pucallpa S.A.C., dejando sin efecto la multa solidaria ascendente a treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias impuesta a las imputadas.

***Con la intervención de los señores vocales Julio Carlos Lozano Hernández, Sergio Alejandro León Martínez, José Luis Bonifaz Fernández y Silvia Lorena Hooker Ortega.***

**JULIO CARLOS LOZANO HERNÁNDEZ**  
**Presidente**