

Expediente 007-2007/CLC

Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI

15 de noviembre de 2011

VISTO:

La denuncia interpuesta por Operaciones Arcos Dorados de Perú S.A. (en adelante, Arcos Dorados); la Resolución 017-2008/INDECOPI-CLC del 15 de abril de 2008, mediante la cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) inició un procedimiento administrativo sancionador contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. (en adelante, Administradora Jockey Plaza), Sigdelo S.A. (en adelante, Sigdelo), Arturo Hernán Ricke Guzmán, Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar; los descargos de los denunciados; el Informe Técnico 025-2011/ST-CLC-INDECOPI del 6 de junio de 2011, mediante el cual la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica) emitió su opinión acerca del presente procedimiento; las alegaciones de los denunciados; la audiencia de informe oral del 22 de julio de 2011; las demás actuaciones del procedimiento; y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. Agentes económicos involucrados

1. Arcos Dorados es la empresa licenciataria en el Perú de la cadena internacional de venta de comida rápida McDonald's¹, cuyo objeto social es "operar restaurantes de comida rápida en todo el territorio nacional. Realizar cualquier actividad comercial, industrial y financiera requerida para la elaboración, promoción y venta de productos y la prestación de servicios en general"².

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

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

2. Administradora Jockey Plaza³ es la empresa que administra el centro comercial Jockey Plaza Shopping Center (en adelante, el Jockey Plaza), cuyo objeto social es: “Dedicarse a las actividades siguientes: A) Prestación de servicios de administración de centros comerciales. B) Servicios inmobiliarios. C) Representación de toda clase de empresas (...) E) Compra venta de toda clase de bienes muebles e inmuebles (...) G) Asesoría a empresas y estudio de mercado”⁴.
3. Sigdelo⁵ es la empresa licenciataria en el Perú de las cadenas internacionales de venta de comida rápida Burger King⁶ y Pizza Hut⁷, cuyo objeto social es: “Dedicarse a sistemas para cocinar, preparar y comercializar productos alimenticios y restaurantes, así como a cualquier otra actividad comercial enmarcada dentro de la ley peruana. Asimismo, podrá dedicarse a la importación y exportación, representación de empresas nacionales y/o extranjeras y comercio en general”⁸.
4. El señor Arturo Hernán Ricke Guzmán⁹ (en adelante, el señor Ricke), fue gerente general de Administradora Jockey Plaza en el periodo comprendido entre el 29 de mayo de 1996 y el 12 de enero de 1998¹⁰.
5. El señor Carlos Enrique Carrillo Quiñones¹¹ (en adelante, el señor Carrillo), fue director de Administradora Jockey Plaza en el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 1995 y el 15 de abril de 1999, y presidente del directorio de esta empresa en el periodo comprendido entre el 15 de abril de 1999 y el 18 de mayo de 2000¹².

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

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

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

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

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

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

⁹ Identificado con Carné de Extranjería 6994493-0.

¹⁰ Ver fojas 4624, 4626 y 4627 del Expediente.

¹¹ Identificado con DNI 09148221.

¹² Ver fojas 4623, 4630 y 4632 del Expediente.

6. El señor Raúl Diez Canseco Terry¹³ (en adelante, el señor Diez Canseco) fue director de Sigdelo en el periodo comprendido entre 1992 y 1997, y presidente del directorio de esta empresa en el periodo comprendido entre 1997 y 2003.
7. El señor Carlos Zúñiga Quiroz¹⁴ (en adelante, el señor Zúñiga) fue presidente del directorio de Sigdelo en el periodo comprendido entre 1992 y 1997, y director de esta empresa en los periodos comprendidos entre 1997 y 2003, así como 2005 y 2007.

1.2. Desarrollo del procedimiento

8. El 26 de setiembre de 2007, Arcos Dorados presentó una denuncia por infracción al Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, contra Administradora Jockey Plaza y otra empresa (identificada posteriormente como Sigdelo), por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar¹⁵.

Como medio probatorio, entre otros, presentó el informe: "Estudio de Mercado Potencial para McDonald's en Jockey Plaza Shopping Center", elaborado por Araval S.A. en julio de 2007 (en adelante, el Primer Informe de Arcos Dorados).

9. Mediante Resolución 017-2008-INDECOPI/CLC del 15 de abril de 2008 (en adelante, la Resolución Admisoria), la Comisión resolvió admitir a trámite la denuncia interpuesta por Arcos Dorados contra Administradora Jockey Plaza y Sigdelo; e incorporar de oficio a los señores Ricke, Carrillo, Diez Canseco y Zúñiga; por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar.
10. La Comisión adoptó esta decisión al haber identificado, entre otros, los siguientes indicios:
 - i. Carta del 20 de febrero de 1997, mediante la cual Administradora Jockey Plaza se obligó frente a Sigdelo a no arrendarle un local comercial a Arcos Dorados en el Jockey Plaza (en adelante, la Carta Adenda).
 - ii. La existencia de una voluntad común entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo de no arrendar a ningún licenciataria de McDonald's un local comercial, ni en el Jockey Plaza ni en ninguna otra área ubicada en el Hipódromo de Monterrico del Jockey Club del Perú (en adelante, el Hipódromo de Monterrico), sobre la cual Administradora Jockey Plaza tenga derechos o los pueda adquirir en el futuro.
 - iii. Carta del 12 de junio de 2006, mediante la cual Administradora Jockey Plaza se negó a arrendar a Arcos Dorados un local en el Jockey Plaza. En

¹³ Identificado con DNI 09751555.

¹⁴ Identificado con DNI 08746346.

¹⁵ Ver foja 2 del Expediente.

particular, manifestó que, si bien tenía interés en contar con la marca McDonald's, existían limitaciones de tipo contractual acordadas con otro operador que se lo impedían (en adelante, la Carta de Respuesta).

- iv. Lo injustificado que resultaría el acuerdo, así como la posible existencia de efectos anticompetitivos generados por su causa, teniendo en cuenta su plazo de vigencia (por lo menos, 20 años), así como su alcance (el área actual del Jockey Plaza, así como cualquier terreno dentro del Hipódromo de Monterrico sobre el cual Administradora Jockey Plaza pueda tener derechos en el futuro).
11. El 21 de mayo, el 24 de setiembre y el 7 de noviembre de 2008; Administradora Jockey Plaza, Sigdelo y los señores Diez Canseco¹⁶ y Zúñiga¹⁷, el señor Carrillo¹⁸, y el señor Ricke¹⁹, respectivamente; presentaron sus escritos de descargos.
 12. Durante el procedimiento, las partes han presentado diversos escritos y documentos desarrollando sus argumentos. En particular, mediante sus escritos²⁰ y los siguientes informes: Primer Informe de Arcos Dorados; "Informe Técnico sobre la Realización de Prácticas Anticompetitivas en el Mercado de Alquiler de Locales para la Venta de Comida Rápida en el centro comercial Jockey Plaza"²¹ (en adelante, el Segundo Informe de Arcos Dorados), "Estudio de los Consumidores del FoodCourt Jockey Plaza"²² (en adelante, el Tercer Informe de Arcos Dorados), "Segundo Informe Técnico sobre la Realización de Prácticas Anticompetitivas en el Mercado de Alquiler de Locales para la Venta de Comida Rápida en el centro comercial Jockey Plaza"²³ (en adelante, el Cuarto Informe de Arcos Dorados), "Reporte de Experto sobre las Prácticas Anticompetitivas Cometidas por Centros Comerciales del Perú y Sigdelo S.A."²⁴ (en adelante, el Quinto Informe de Arcos Dorados), y "Tercer Informe Técnico Sobre la Realización de Prácticas Anticompetitivas en el Mercado de Alquiler de

¹⁶ Adhiriéndose a los descargos formulados por Sigdelo, y precisando que se encontraba desvinculado de esta empresa, como director, desde el 2001, y como accionista, desde el 2005.

¹⁷ Adhiriéndose a los descargos formulados por Sigdelo.

¹⁸ Adhiriéndose a los descargos formulados por Administradora Jockey Plaza.

¹⁹ Cabe precisar que, en su escrito de descargos, el señor Ricke reiteró lo que manifestó el 24 de octubre de 2008 en su escrito de apersonamiento, es decir, que la presunta infracción habría prescrito respecto de él, puesto que finalizó su labor como gerente general de Administradora Jockey Plaza el 12 de enero de 1998.

²⁰ Escritos del 26 de setiembre de 2007, 21 de octubre y 10 de diciembre de 2008, 14 de enero y 8 de julio de 2009, 20 de julio de 2010, 11 de enero y 18 de marzo de 2011.

²¹ Elaborado por Invertir – Consultores Asociados S.A.C. en octubre de 2008 y presentado el 10 de diciembre de 2008.

²² Elaborado por la empresa AD REM S.A. el 19 de setiembre de 2008, y presentado el 14 de enero de 2009, en atención al requerimiento realizado por la Secretaría Técnica mediante Carta 531-2008/CLC-INDECOPI.

²³ Elaborado por Invertir – Consultores Asociados S.A.C. en junio de 2009 y presentado el 8 de julio de 2009.

²⁴ Elaborado por los señores Gabriel Bouzat y Virginia del Águila en julio de 2010, y presentado el 20 de julio de 2010.

Locales para la Venta de Comida Rápida en el centro comercial Jockey Plaza”²⁵
(en adelante, el Sexto Informe de Arcos Dorados); Arcos Dorados ha señalado lo siguiente:

Sobre la existencia de la conducta

- i. Solicitó numerosas veces a Administradora Jockey Plaza el arrendamiento de uno o varios locales comerciales al interior del Jockey Plaza, para establecer diversos formatos de restaurantes McDonald’s, recibiendo diversos rechazos verbales por parte de Administradora Jockey Plaza, quien alegaba que el rubro al que se dedica Arcos Dorados estaba suficientemente cubierto.
- ii. El 12 de junio de 2006, Administradora Jockey Plaza respondió su solicitud del 8 de junio de 2006 manifestando que, si bien tenía interés en contar con la presencia de McDonald’s en el Jockey Plaza, existían limitaciones de tipo contractual acordadas con otro operador que se lo impedían.

Sobre el mercado relevante

- iii. Existe una restricción vertical impuesta por la empresa que goza de posición de dominio en el arrendamiento de locales para comida rápida – Sigdelo– y aceptada por aquella que los arrienda –Administradora Jockey Plaza.
- iv. Es indispensable definir el mercado relevante atendiendo a las características del mercado afectado. La conducta anticompetitiva se realiza en el mercado de arrendamiento de locales comerciales para el expendio de comida rápida y sus efectos se producen en el mercado de venta de comida rápida.
- v. El mercado afectado sería aquél en el que compiten Arcos Dorados, con su marca McDonald’s, y Sigdelo, con su marca Burger King. En ese mercado, el producto sería la venta de comida rápida que tiene como eje del negocio la venta de hamburguesas.
- vi. El área geográfica debe incluir a todas aquellas zonas que los potenciales consumidores de comida rápida consideren como alternativas para desplazarse hacia otro local.
- vii. Al respecto, se debe considerar que los consumidores de centros comerciales, como el Jockey Plaza, acuden a estos establecimientos no con la finalidad de consumir comida sino en atención a otros motivos. En este escenario, si los mencionados consumidores deciden consumir comida rápida, tienen como única opción hacerlo en el centro comercial, ya que los costos de hacerlo en locales comerciales ubicados en el exterior, tomando en cuenta el precio de la comida rápida, no justificarían

²⁵

Elaborado por Invertir – Consultores Asociados en abril de 2010, y presentado el 20 de julio de 2010.

dicho traslado. Ello determina que el área geográfica del mercado afectado sea el propio Jockey Plaza.

- viii. En el presente caso, el mercado afectado es el de venta de comida rápida con eje de negocio en la venta de hamburguesas, al interior del Jockey Plaza; y el mercado relevante es el de arrendamiento de locales en el Jockey Plaza, insumo esencial para la venta de comida rápida en dicho centro comercial.

Sobre la posición de dominio

- ix. Sigdelo, haciendo uso de su posición de dominio en el mercado aguas arriba, limita la competencia en el mercado aguas abajo, con la aceptación de Administradora Jockey Plaza.
- x. Se debe analizar la posición de dominio de Sigdelo desde el lado de la demanda. Sigdelo pudo lograr un acuerdo con Administradora Jockey Plaza por el número de marcas que maneja en el mercado relevante. Los centros comerciales buscan entre sus arrendatarios a empresas con gran número de marcas.
- xi. En 1997, año en el que se inauguró el Jockey Plaza, Sigdelo poseía un elevado porcentaje de las franquicias de comida rápida en el Perú.
- xii. Administradora Jockey Plaza es la única empresa que arrienda locales comerciales para la venta de comida rápida en el Jockey Plaza. Por lo tanto, resulta evidente que ostenta posición de dominio en dicho mercado.

Sobre las justificaciones de la conducta

- xiii. Si bien es razonable que se incentive el ingreso de operadores otorgándoles exclusividad, ésta debe ser proporcional a la inversión realizada.
- xiv. El acuerdo con Administradora Jockey Plaza no es un mecanismo para que Sigdelo recupere su inversión inicial sino que establece condiciones que no son razonables, teniendo en cuenta su duración y el alcance geográfico que comprende.
- xv. Si el objetivo de la exclusividad hubiera sido que Sigdelo obtuviera beneficios por su inversión inicial, no era razonable que se evitara únicamente el ingreso de la marca McDonald's. Al contrario, hubiera sido más beneficioso que se impidiera el ingreso de cualquier tercero que no hubiera asumido el riesgo inicial.
- xvi. Es un contrasentido sostener que, para proteger la libertad de Administradora Jockey Plaza de elegir los operadores del Jockey Plaza, se debe limitar su capacidad de contratar durante veinte años. En condiciones de competencia, los centros comerciales eligen a aquellos

operadores preferidos por los clientes. Este es el caso de McDonald's, marca que es preferida por un grupo importante de consumidores de comida rápida.

- xvii. No existe una alianza entre Sigdelo y Administradora Jockey Plaza para lograr una atractiva combinación de establecimientos en beneficio de los consumidores. En efecto, no se observa ninguna explotación conjunta de sus marcas.
- xviii. El 12 de junio de 2006, recibió una carta de Administradora Jockey Plaza en la que ésta le manifestó que, si bien tenía interés en contar con la presencia de McDonald's en el Jockey Plaza, existían limitaciones de tipo contractual acordadas con otro operador que se lo impedían. Esta circunstancia resultaría contradictoria con el argumento de Administradora Jockey Plaza, quien propone realizar un análisis costo beneficio del ingreso de Arcos Dorados al Jockey Plaza, o estimar el costo de oportunidad de arrendar a Arcos Dorados y no a otro operador.

Sobre los efectos de la conducta

- xix. El perjuicio sufrido por Arcos Dorados, derivado de no ingresar al Jockey Plaza, debe considerar los ingresos dejados de percibir por no operar simultáneamente cuatro locales por un plazo de diez años.
 - xx. Además, la práctica perjudicó a los consumidores del Jockey Plaza, pues provocó, entre otros, una reducida oferta disponible y un elevado precio promedio de la comida rápida.
 - xxi. En lo que se refiere al perjuicio a los consumidores, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que los precios de los productos más emblemáticos de McDonald's son menores que los ofrecidos por Burger King y, en segundo lugar, que una pequeña reducción de precios de la comida rápida en el Jockey Plaza puede incrementar sustancialmente el excedente del consumidor.
13. Por su parte, mediante sus escritos²⁶ y los siguientes informes: "Opinión Técnica sobre la Capacidad del Jockey Plaza de Restringir la Competencia en el Mercado en el que Participa McDonald's"²⁷ (en adelante, el Primer Informe de Administradora Jockey Plaza), "Estudio Base – Hogares"²⁸ (en adelante, el Segundo Informe de Administradora Jockey Plaza), "Evaluación del perfil de los visitantes del Jockey Plaza"²⁹ (en adelante, el Tercer Informe de Administradora

²⁶ Escritos del 21 de mayo, 2 de julio y 27 de agosto de 2008, 18 de febrero y 8 de setiembre de 2009.

Cabe señalar que, en su escrito del 21 de mayo de 2008, adicionalmente a los argumentos relativos a la existencia de la conducta denunciada, Administradora Jockey Plaza solicitó que la Resolución Admisoria sea dejada sin efecto, debido a que vulneraría una serie de aspectos administrativos formales. Su solicitud fue atendida mediante Resolución 075-2009/CLC-INDECOP del 3 de setiembre de 2009.

²⁷ Elaborado por Intelfin – Inteligencia Financiera S.A.C. en junio de 2008 y presentado el 2 de julio de 2008.

²⁸ Elaborado por Apoyo Opinión y Mercado S.A.C. en julio de 2005 y presentado el 2 de julio de 2008.

²⁹ Elaborado por Arellano Investigación de Marketing S.A. en junio de 2007 y presentado el 2 de julio de 2008.

Jockey Plaza), “Análisis de los Argumentos Económicos Esgrimidos por Arcos Dorados (McDonald’s) en su Denuncia contra Centros Comerciales (Jockey Plaza) y otros”³⁰ (en adelante, el Cuarto Informe de Administradora Jockey Plaza); Administradora Jockey Plaza ha señalado lo siguiente:

Sobre el mercado relevante

- i. En el presente caso, el mercado relevante es el mercado (aguas arriba) en el que opera Administradora Jockey Plaza, mientras que el mercado afectado es el mercado (aguas abajo) donde operan Sigdelo y Arcos Dorados.
- ii. El Jockey Plaza compite en el mercado de arrendamiento de locales comerciales en Lima Metropolitana y Callao, con un área de influencia primaria en los distritos de Santiago de Surco, La Molina, San Borja, San Isidro y parte de San Luis y La Victoria.
- iii. En el área de influencia primaria del Jockey Plaza, y fuera de ella, existen numerosos centros comerciales y zonas comerciales con los que compite directamente este centro comercial. Además, el mercado en el que opera el Jockey Plaza es un mercado contestable por las reducidas barreras a la entrada y las perspectivas de crecimiento del poder adquisitivo de los habitantes de Lima Metropolitana y el Callao.
- iv. Arcos Dorados opera numerosos locales en el mercado de venta de comida rápida en Lima Metropolitana y el Callao, incluso en el área de influencia primaria del Jockey Plaza³¹. Por ello, el acuerdo de exclusividad no afectó su capacidad de competir.
- v. Considerando que Arcos Dorados ha señalado que opera cuatro formatos para la venta de comida rápida: (i) *free standing*³², (ii) *in line*³³, (iii) *foodcourt*³⁴, y (iv) *express*³⁵, no se puede restringir el mercado geográfico al Jockey Plaza, donde sólo se pueden operar dos formatos: (i) *foodcourt* y (ii) *express*.

³⁰ Elaborado por Intelfin - Inteligencia Financiera S.A.C. en febrero de 2009 y presentado el 18 de febrero de 2009.

³¹ Existen dos restaurantes McDonald’s a menos de 2.5 km. y cuatro a menos de 5 km. del Jockey Plaza.

³² De acuerdo a Administradora Jockey Plaza, el formato *free standing* se caracteriza por tratarse de locales ubicados fuera de un centro comercial.

³³ Administradora Jockey Plaza no define las características del formato *in line*. Sin embargo, teniendo en cuenta la terminología comercial, se trataría de las ventas que utilizan la intermediación de una central telefónica.

³⁴ De acuerdo a Administradora Jockey Plaza, el formato *foodcourt* se caracteriza por tratarse de locales ubicados dentro de un centro comercial que tiene un espacio destinado específicamente a restaurantes y cafeterías.

³⁵ De acuerdo a Administradora Jockey Plaza, el formato *express* se caracteriza por tratarse de locales al paso.

Sobre la posición de dominio

- vi. El Jockey Plaza opera en un mercado con gran número de ofertantes y bajas barreras a la entrada, por lo que no es probable que algún agente goce de posición de dominio e imponga precios o condiciones comerciales desventajosas.
- vii. Si el Jockey Plaza gozara de posición de dominio, se esperaría que su comportamiento no guardase relación con las condiciones de mercado establecidas. En esa lógica, el precio del arrendamiento estaría sobre el nivel de mercado y sería trasladado por los arrendatarios al precio de sus productos. Sin embargo, se aprecia que Burger King cobra precios iguales en sus locales dentro y fuera del Jockey Plaza. Por ello, no se puede afirmar que el Jockey Plaza goce de posición de dominio.
- viii. Un centro comercial no es un establecimiento esencial para que Arcos Dorados opere en el mercado. En efecto, esta empresa, como sus competidores, operan en formatos *foodcourt*, *in line*, *express* y *free standing*. Así, dado que los formatos *express* y *free standing* sólo requieren un local en una zona adecuada, se debe considerar que existen numerosos potenciales proveedores.
- ix. No se puede considerar que Administradora Jockey Plaza posee una participación de mercado que dificulte, limite o restrinja la capacidad de operar de Arcos Dorados, pues: (i) existen numerosos centros comerciales en Lima Metropolitana y Callao, (ii) Arcos Dorados puede operar en lugares distintos a centros comerciales, y (iii) existen numerosos potenciales proveedores de locales comerciales.

Sobre las justificaciones de la conducta

- x. El acuerdo está económicamente justificado, pues Sigdelo se comprometió a arrendar diversos locales en el Jockey Plaza y a pagar una suma adicional por contar con la exclusividad. Esta situación evita la canibalización del negocio, al mantener la combinación de operadores o *tenant mix*³⁶ deseada y otorga seguridad a los operadores que se arriesgaron en un negocio cuando la rentabilidad no era conocida.

Sobre los efectos de la conducta

- xi. Considerando que el mercado relevante se extiende a Lima y Callao, el acuerdo de exclusividad no podría tener el efecto de desplazar la demanda de Arcos Dorados a Sigdelo.

³⁶

El término *tenant mix* se refiere a "la combinación de establecimientos comerciales que ocupan un espacio en un centro comercial con el fin de formar un ensamblado que produzca óptimas ventas, rentas, servicio a la comunidad y viabilidad financiera para la empresa dueña del centro comercial". Traducción libre de: "Tenant mix refers to the combination of business establishments occupying space in a shopping centre to form an assemblage that produces optimum sales, rents, service to the community and financiality of the shopping centre venture". En: DOWNIE, Mary Lou, Peter FISHER y Cheryl WILLIAMSON. *Managing Tenant Mix in Shopping Centres in the United Kingdom*, RICS Foundation. Research Papers, 2002, vol. 4, Nº 14, pág. 5. Disponible en: http://www.rics.org/site/download_feed.aspx?fileID=2416&fileExtension=PDF.

- xii. El acuerdo de exclusividad no puede crear barreras de acceso al mercado de arrendamiento de locales comerciales, pues cualquier propietario de un inmueble o local, o cualquier persona facultada para dar en arrendamiento o enajenación un inmueble o local, es un potencial proveedor de Arcos Dorados y un potencial competidor de Administradora Jockey Plaza.
 - xiii. El acuerdo no elimina las opciones de los consumidores, pues en el mercado afectado existen numerosos restaurantes de comida rápida. Según manifiesta la propia Arcos Dorados, en el Jockey Plaza hay una oferta de 21 operadores de comida rápida.
 - xiv. El acuerdo no afecta la competencia en relación con los precios, pues la mayoría de franquicias de comida rápida opera con precios fijos por producto, sin importar la ubicación del local.
 - xv. El acuerdo ha tenido efectos procompetitivos, pues evitó que un agente se aproveche de la inversión o el trabajo de otro. En efecto, la entrada de Arcos Dorados al Jockey Plaza hubiera permitido un comportamiento oportunista (*free riding*), desincentivando la participación de posibles inversionistas de quienes depende la operación del centro comercial.
 - xvi. El acuerdo ha dinamizado la competencia, pues provocó que Arcos Dorados coloque un local en las inmediaciones del Jockey Plaza.
14. Por su parte, mediante escritos³⁷ y los siguientes informes: “Análisis de los Acuerdos de Exclusividad en el Mercado de Espacios Comerciales. Informe de Opinión sobre el Caso Arcos Dorados vs. Sigdelo y Administradora Jockey Plaza”³⁸ (en adelante, el Primer Informe de Sigdelo), “Opinión sobre la Comisión de Prácticas Anticompetitivas por parte de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo a Raíz de la Celebración de Contratos de Arrendamiento de Locales en el Jockey Plaza, Expediente 007-2007-CLC”³⁹ (en adelante, el Segundo Informe de Sigdelo), “Informe Final. Brand ImageTracker. Medición Abril – Junio 2009. Burger King”⁴⁰ (en adelante, el Tercer Informe de Sigdelo), “Informe Final. Brand ImageTracker. Medición Abril – Junio 2009. Pizza Hut”⁴¹ (en adelante, el Cuarto Informe de Sigdelo); Sigdelo ha señalado lo siguiente:

³⁷ Escritos del 21 de mayo y 2 de julio de 2008, 21 de julio y 25 de octubre de 2010.

³⁸ Elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (Área de Economía de la Regulación) en julio de 2008 y presentado el 2 de julio de 2008.

³⁹ Elaborado por los señores Alfredo Bullard, Alfredo Falla, Carolina de Trazegnies y Johanna Tejada en abril de 2009 y presentado el 22 de julio de 2009.

⁴⁰ Elaborado por Cuore CCR en julio de 2009 y presentado el 29 de enero de 2010.

⁴¹ Elaborado por Cuore CCR en julio de 2009 y presentado el 29 de enero de 2010.

Sobre el mercado relevante

- i. Administradora Jockey Plaza es proveedor de locales para restaurantes de comida rápida, como McDonald's o Burger King; por lo que el mercado relevante está conformado por todas aquellas áreas utilizables por este tipo de establecimientos.
- ii. Existen en Lima diversas áreas comerciales, con numerosos establecimientos lo suficientemente grandes, que ofrecen las mismas ventajas que un centro comercial.
- iii. El Jockey Plaza es uno de los centros comerciales más grandes de Lima; sin embargo, ello no significa que esté aislado de la competencia. Los consumidores concurren simultáneamente a centros comerciales, zonas financieras, zonas comerciales no delimitadas y establecimientos comerciales independientes.
- iv. Limitar el mercado relevante a un único centro comercial es inadecuado, más aún cuando el denunciante requiere, para la venta de comida rápida, locales relativamente pequeños en zonas de alto tráfico.
- v. Resulta evidente que los centros comerciales poseen economías de ámbito y sirven de punto de encuentro social; sin embargo, esto no descarta que existan otras zonas en Lima que posean las mismas características.

Sobre la posición de domino

- vi. Administradora Jockey Plaza no goza de posición de dominio en el mercado de espacios comerciales, pues existe una amplia oferta de áreas con elevada concentración de consumidores que incluye, entre otros, a once centros comerciales, diez áreas comerciales de gran concentración de establecimientos y zonas de elevado flujo de potenciales consumidores.
- vii. Arcos Dorados ha instalado dieciocho (18) establecimientos en zonas estratégicas de Lima, a diferencia de Burger King que sólo cuenta con catorce (14) locales, ocho (8) de los cuales están en patios de comidas de centros comerciales. Esta situación convierte a Arcos Dorados en la segunda cadena de hamburguesas más grande de Lima, después de Bambos que cuenta con veintiséis (26) locales.
- viii. Burger King posee en el mercado de hamburguesas de Lima una participación de sólo 14%, mientras que Bambos posee 58% y McDonald's posee 28%.
- ix. Considerando que Bambos, la empresa dominante en el mercado de hamburguesas, está presente en el Jockey Plaza, no existe razón para suponer que Sigdelo trata de acaparar dicho mercado mediante el acuerdo de exclusividad materia de denuncia. Asimismo, se debe tener en cuenta que las ventas de Burger King son la mitad de las de McDonald's, razón

por la cual carece de poder de mercado para obstaculizar el desarrollo comercial y los planes de expansión de Arcos Dorados.

Sobre las justificaciones de la conducta

- x. La exclusión de ciertos competidores responde a una práctica comercial de uso general en el mercado de arrendamiento de locales en centros comerciales; que tiene sustento en su naturaleza de negocio de doble plataforma. El centro comercial se ve en la necesidad de balancear los intereses de los consumidores finales y los de los arrendatarios, no sólo en la fase inicial del proyecto sino durante toda su operación, a fin de mantener la viabilidad y rentabilidad del negocio.
- xi. La conducta denunciada es consecuencia de la facultad de Administradora Jockey Plaza de decidir el “*mix de oferta*” deseado. Se debe considerar la necesidad de Administradora Jockey Plaza de diversificar la oferta de sus locales comerciales.
- xii. Por su parte, Sigdelo realizó una cuantiosa inversión en sus establecimientos del Jockey Plaza, cuyo objetivo fue hacer atractivo el lanzamiento del patio de comidas y de otras zonas recreativas. Ello justifica que haya pactado una exclusividad (limitada) para sus franquicias.
- xiii. Las inversiones en el Jockey Plaza generan beneficios para los consumidores como mayor información, calidad de servicio, nuevas y mejores opciones de recreación, calidad de locales, entre otros.
- xiv. La presencia de Pizza Hut, Kentucky Fried Chicken, Burger King y Starbucks es uno de los atractivos más importantes del Jockey Plaza, e indudablemente contribuye a la afluencia de público. Esto representa una externalidad positiva a favor de Administradora Jockey Plaza y de las diferentes tiendas que operan en el Jockey Plaza.
- xv. Dado que no es posible conocer el número exacto de personas que son atraídas al Jockey Plaza por sus marcas, la solución más razonable es establecer una exclusividad que le permita apropiarse de las externalidades positivas que genera.

Sobre los efectos de la conducta

- xvi. La exclusión de Arcos Dorados del Jockey Plaza no limita ni impide su participación en el mercado relevante, pues existen múltiples lugares alternativos para la comercialización de comida rápida en el área de influencia del Jockey Plaza.
- xvii. La ubicación de un restaurante McDonald’s en el óvalo de la Universidad de Lima claramente mitiga los efectos de la restricción de acceso al Jockey Plaza.

- xviii. No se ha acreditado que la exclusión de Arcos Dorados del Jockey Plaza haya afectado su negocio. Por el contrario, existen una serie de elementos que indican que la denunciante ha obtenido una continua expansión desde su ingreso al mercado peruano en 1996.
- xix. La negativa de Administradora Jockey Plaza de arrendar a Arcos Dorados un local en el patio de comidas del Jockey Plaza sólo representa la obstrucción de una parte del canal de comercialización elegido, pues existen en Lima once (11) centros comerciales con patios de comidas.
- xx. No se ha evidenciado que las alternativas de los consumidores dentro o fuera del Jockey Plaza hayan disminuido, pues existen productos sustitutos a aquellos ofrecidos por Sigdelo.
- xxi. No se ha acreditado la existencia de un daño a la competencia, pues no se ha verificado que, como consecuencia de la conducta denunciada, se haya incrementado el precio promedio de los productos que Sigdelo vende.
15. Entre diciembre de 2009 y junio de 2010, la Secretaría Técnica realizó diversos requerimientos de información a administradores de centros comerciales y establecimientos de comida rápida, con la finalidad de obtener información acerca del funcionamiento de sus respectivos mercados. En respuesta, entre enero y junio de 2010, estos agentes presentaron sendos escritos absolviendo los referidos requerimientos de información.
16. En atención al requerimiento de información formulado mediante Carta 467-2009/ST-CLC-INDECOPI del 29 de diciembre de 2009, Delosi S.A. presentó el informe denominado "Informe Final. Brand Image Tracker. Medición Abril – Junio 2009. Kentucky Fried Chicken"⁴² (en adelante, Informe Kentucky Fried Chicken).
17. En atención al requerimiento de información formulado mediante Carta 454-2009/ST-CLC-INDECOPI del 29 de diciembre de 2009, Inversiones San Borja S.A presentó el informe denominado "Centros Comerciales"⁴³ (en adelante, Informe de Arellano).
18. Mediante Informe 025-2011/ST-CLC-INDECOPI del 6 de junio de 2011 (en adelante, el Informe Técnico), la Secretaría Técnica emitió su opinión sobre el presente procedimiento y concluyó que Administradora Jockey Plaza no ostentó posición de dominio en el mercado relevante constituido por el arrendamiento de establecimientos comerciales para la venta de comida rápida en Jockey Plaza y Plaza San Miguel, entre 1997 y 2000, en Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, entre 2001 y 2004, y en Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur, entre 2005 y 2007.
19. Asimismo, concluyó que la conducta denunciada no produjo efectos anticompetitivos en el mercado afectado constituido por la venta de comida

⁴² Elaborado por Cuore CCR en julio de 2009 y presentado el 29 de enero de 2010.

⁴³ Elaborado por Arellano Marketing. Investigación y Consultoría en 2007 y presentado el 2 de febrero de 2010.

rápida en Lima. De acuerdo a lo anterior, la Secretaría Técnica opinó que no se ha configurado una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar por parte de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, por lo que recomendó a la Comisión declarar infundado el procedimiento.

20. Posteriormente, el 4 de julio de 2011, Sigdelo presentó las siguientes alegaciones al Informe Técnico:

Comentarios generales

- i. Sigdelo coincide con las conclusiones a las que ha llegado la Secretaría Técnica, sobre la inexistencia de posición de dominio de Administradora Jockey Plaza y la metodología para identificar el mercado relevante.

Sobre el mercado relevante

- ii. La definición del mercado relevante de producto es más amplia que la establecida por la Secretaría Técnica, pues incluye la oferta de arrendamiento de locales comerciales en centros comerciales en general, así como otras áreas de desarrollo comercial, las que relativizan aún más la ya inexistente posición de dominio de Administradora Jockey Plaza.
- iii. Existe competencia potencial representada por los centros comerciales que se han desarrollado luego del periodo investigado, lo cual redundaría en la inexistencia de posición de dominio.

Sobre los efectos de la conducta

- iv. Arcos Dorados pasó de tener 5 locales comerciales en 1997 a tener 18 en 2007. Asimismo, sus ingresos aumentaron de 7 millones de Nuevos Soles en 1997 a 57 millones de Nuevos Soles, aproximadamente, en 2007. Por lo tanto, Arcos Dorados no sufrió ninguna afectación como consecuencia de la conducta denunciada.

Sobre la justificación de la conducta

- v. Existió una serie de razones comerciales pro competitivas, tales como evitar el “*free riding*”, justificar las grandes inversiones al inicio del proyecto, compensar el gran nivel de riesgo que se enfrentaba en esa época, entre otras, que justificaban un acuerdo de este tipo.
- vi. La primera de estas razones es el *tenant mix*, debido a que esta característica de los centros comerciales de administración centralizada permite que se desarrolle una oferta suficientemente variada para los consumidores, a fin de evitar el fracaso del proyecto.

21. Por su parte, el 5 de julio de 2011, Arcos Dorados presentó las siguientes alegaciones al Informe Técnico:

Comentarios generales

- i. La Secretaría Técnica confunde la negativa concertada con la negativa unilateral, lo que la conduce equivocadamente a restringir el periodo investigado a partir del 24 de octubre de 2000, conforme se señala en el numeral 66 del Informe Técnico.
- ii. Al evaluar el potencial anticompetitivo del acuerdo restrictivo materia de denuncia, la Secretaría Técnica no valoró la información sobre el área arrendable del Jockey Plaza, los precios de las hamburguesas, la carta de respuesta de Administradora Jockey Plaza a Arcos Dorados y el plazo de la limitación impuesta.
- iii. La Secretaría Técnica no debió recurrir al análisis de mercados secundarios, que es más complejo y no resulta aplicable al caso.
- iv. La Secretaría Técnica no tuvo en cuenta la intencionalidad anticompetitiva reflejada en el hecho que se encubrió el acuerdo restrictivo en una carta adenda.

Sobre el mercado relevante

- v. Para la determinación del mercado relevante es necesario definir el mercado “aguas arriba” y el mercado “aguas abajo”. Así, una vez definido el mercado afectado o mercado “aguas abajo”, se podría definir el mercado relevante o mercado “aguas arriba”.
- vi. El mercado relevante es el de arrendamiento de establecimientos comerciales en el Jockey Plaza.
- vii. La metodología de análisis de la Secretaría Técnica difiere completamente de la práctica internacional. Así, para la Federal Trade Commission de Estados Unidos, un gran centro comercial de tipo regional, de las dimensiones del Jockey Plaza podría calificar en sí mismo como un mercado relevante.

Sobre posición de dominio

- viii. Administradora Jockey Plaza es la única empresa que arrienda locales comerciales para la venta de comida rápida en el Jockey Plaza. Por lo tanto, resulta evidente que ostenta posición de dominio en dicho mercado.
- ix. El análisis dinámico de plataformas y *multihoming* que realiza la Secretaría Técnica tiene serias limitaciones si se pretende aplicar dicho análisis a las compras en centros comerciales, que involucran movimientos físicos y más rutinarios de los consumidores.
- x. Las participaciones de mercado del Jockey Plaza planteadas en el Informe Técnico muestran que este centro comercial tiene una participación bastante elevada para los estándares internacionales.

Sobre las justificaciones de la conducta

- xi. Una de las posibles justificaciones del acuerdo restrictivo podría consistir en evaluar si el Burger King constituye una tienda ancla para el centro comercial. Sin embargo, este local no califica como tienda ancla debido a que el principal motivo de los consumidores para transportarse al Jockey Plaza es ir de compras o al cine, y no necesariamente comer hamburguesas.
- xii. Otra de las posibles justificaciones del acuerdo podría ser la necesidad del centro comercial de mantener un *tenant mix* adecuado. Sin embargo, no es el Jockey Plaza quien se opone a que McDonald's ingrese al centro comercial. Por el contrario, la propia Administradora del Jockey Plaza ha respondido que estaría interesada en negociar con Arcos Dorados el ingreso de McDonald's, si no fuera por el pacto de exclusión existente a favor de Sigdelo.
- xiii. Por lo tanto, en este caso, no existen justificaciones razonables para excluir a McDonald's del Jockey Plaza por un plazo indefinido.

Sobre los efectos de la conducta

- xiv. El mercado afectado es la venta de hamburguesas en el Jockey Plaza y los efectos negativos están relacionados con la afectación de los consumidores al contar con menores opciones y con productos que tienen precios más altos (McDonald's tiene precios relativamente menores que los de Burger King).
- xv. Aun cuando Burger King y McDonald's son cadenas que compiten en todo Lima, el enfoque del mercado afectado se concentra en las alternativas disponibles para el consumidor que acude al centro comercial y, en el caso del Jockey Plaza, su carácter de centro comercial cerrado limita en forma significativa las posibilidades de que los consumidores que ya están allí puedan recurrir a establecimientos de hamburguesas alternativos fuera del Jockey Plaza para satisfacer sus necesidades de consumo, de tal manera que los locales de hamburguesas que están fuera del Jockey Plaza no representan constreñimientos competitivos para los locales de hamburguesas que se encuentran dentro del Jockey Plaza.
- xvi. En el documento denominado *Guideline on the Application of Competition Law to Land Agreements* (en adelante, los Lineamiento de la OFT), publicado en marzo de 2011, la Office of Fair Trading señala que el mercado afectado debe definirse tomando en cuenta aquellos locales que venden productos susceptibles de generar constreñimientos competitivos sobre el local comercial que goza de la exclusividad en el área geográfica donde compite dicho local comercial.

- xvii. La Secretaría Técnica no evaluó el plazo indeterminado del acuerdo restrictivo adoptado por Sigdelo y Administradora Jockey Plaza y sus potenciales efectos anticompetitivos.
22. Asimismo, el 7 de julio de 2011, Administradora Jockey Plaza presentó las siguientes alegaciones al Informe Técnico:

Comentarios Generales

- i. Ha quedado comprobado que no se ha configurado una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar por parte de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo.

Sobre el mercado relevante

- ii. El mercado relevante es el de arrendamiento y compra/venta de locales comerciales en Lima y Callao.

Sobre la posición de dominio

- iii. Administradora Jockey Plaza no tiene posición de dominio, incluso en el mercado relevante establecido en el Informe Técnico.

Sobre los efectos de la conducta

- iv. El hecho que Administradora Jockey Plaza no contratara con Arcos Dorados no le ha generado un perjuicio, puesto que no ha impedido que esta empresa desarrolle exitosamente sus actividades en el mercado de comida rápida.
- v. No existen costos de cambio significativos respecto de la decisión de acudir a centros comerciales diferentes al Jockey Plaza.
- vi. Administradora Jockey Plaza no constituye un monopolio ni sus políticas comerciales afectan a Arcos Dorados, ya que existen múltiples establecimientos donde operan locales de Arcos Dorados.
- vii. Arcos Dorados está en capacidad de encontrar un prestador del servicio de arrendamiento o una persona interesada en transferir un inmueble, que no sea Administradora Jockey Plaza, por las siguientes razones:
- Arcos Dorados opera en cuatro formatos distintos. En ese sentido, resulta curioso que la denunciante pretenda sostener que se encuentra en imposibilidad de competir con las franquicias operadas por Sigdelo.
 - Arcos Dorados viene realizando sus actividades exitosamente, tanto dentro como fuera de los centros comerciales.
 - Arcos Dorados no ha tenido ningún problema para ingresar de manera exitosa al mercado peruano con la franquicia McDonald's.
 - Las barreras legales para la operación de otros prestadores del servicio requerido a Administradora Jockey Plaza son mínimas debido a que el arrendamiento, como la venta de inmuebles, son actividades que

pueden llevarse a cabo tanto por personas naturales, como por personas jurídicas y sin autorización alguna. Asimismo, el único requisito legal que debe cumplir un restaurante de comida rápida para operar es contar con un local ubicado en una zona comercial.

Sobre la justificación de la conducta

- viii. El acuerdo suscrito entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo tiene una justificación económica, considerando el tipo de negocio que desarrolla la primera.
 - ix. El acuerdo de exclusividad suscrito entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo no tiene como efecto impedir que Arcos Dorados participe en el mercado. Por el contrario, la aplicación del acuerdo conlleva consecuencias económicamente eficientes.
 - x. El objetivo final de Administradora Jockey Plaza es el de maximizar su rentabilidad, logrando la combinación de arrendatarios (*tenant mix*) más adecuada. Por lo tanto, si la gerencia de Administradora Jockey Plaza considera que cierta combinación de arrendatarios constituye un *tenant mix* adecuado, y la empresa puede obtener beneficios adicionales suscribiendo un acuerdo de exclusividad, esta conducta resultaría consistente con sus objetivos.
 - xi. La justificación económica de la conducta se puede apreciar en virtud de las siguientes ventajas del acuerdo:
 - Evitar la canibalización del negocio. Como se puede deducir de la conducta observada, la gerencia de Administradora Jockey Plaza considera que dos franquicias de venta de hamburguesas en este centro comercial constituyen un adecuado *tenant mix*.
 - Se otorga seguridad a los operadores que compartieron el riesgo inicial porque los promotores están dispuestos a otorgar condiciones preferentes a dichos operadores.
23. Finalmente, los señores Carlos Manuel Salomón Zúñiga Quiroz y Raúl Diez Canseco Terry han señalado que hacen suyos los argumentos formulados por Sigdelo y han solicitado que se declare infundada la denuncia interpuesta en su contra.
24. El 22 de julio de 2011 se llevó a cabo la audiencia de Informe Oral, con la participación de los representantes de Arcos Dorados, Administradora Jockey Plaza y Sigdelo. Durante el desarrollo de esta audiencia, los representantes de las partes reiteraron los argumentos presentados en sus alegaciones al Informe Técnico.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

25. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si los denunciados incurrieron en prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar.

III. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA CONDUCTA DENUNCIADA

3.1. Libre contratación y libre competencia

26. El numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público⁴⁴. Asimismo, el artículo 62 de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato⁴⁵. Así, en principio, las empresas pueden decidir libremente con quién, cómo y cuándo contratar o, incluso, pueden decidir libremente no contratar, sin necesidad de expresar causa o justificación para ello⁴⁶.
27. El derecho a la libre contratación es fundamental dentro de nuestro modelo económico, debido a que la economía social de mercado⁴⁷ basa su desarrollo en el libre intercambio de bienes entre particulares. Ello, en la medida en que se reconoce que los particulares se encuentran en mejor posición para evaluar el valor de los bienes objeto de los contratos. En ese sentido, las decisiones que éstos adoptan cuando contratan son, en principio, las más adecuadas para crear y distribuir la riqueza en la sociedad.
28. Sin perjuicio de lo anterior, si bien el derecho a la libre contratación resulta esencial para el sistema económico, en determinadas circunstancias puede ser ejercido en detrimento de alguno de los contratantes o de terceros. Por ello, la Constitución establece que el derecho a la libre contratación debe ser ejercido en armonía con otros derechos y principios constitucionales⁴⁸.

⁴⁴ **Constitución Política del Perú**
Artículo 2.- Derechos fundamentales de las personas.- Toda persona tiene derecho:
(...)
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

⁴⁵ **Constitución Política del Perú**
Artículo 62.- Libertad de contratar.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...)

⁴⁶ ALPA, Guido. *El contrato en el derecho privado italiano actual*. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002). ARA. Lima, 2003. Pág. 149.

⁴⁷ **Constitución Política del Perú**
Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁴⁸ Ver artículos 2.14 y 62 de la Constitución, citados previamente, en la medida en que señalan que el derecho a la libre contratación debe ser ejercido sin contravención de las normas de orden público y según las normas vigentes al momento de contratar.

29. En ese sentido, cabe resaltar que el artículo 61 de la Constitución establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia⁴⁹. Así, de acuerdo a lo dispuesto por la norma constitucional, el derecho a la libre contratación debe ejercerse en armonía con otros derechos y principios constitucionales que rigen nuestro sistema económico, como el principio de libre competencia, cuyo desarrollo legislativo se realizó originalmente mediante el Decreto Legislativo 701⁵⁰.
30. En consecuencia, el derecho a la libre contratación no es absoluto o irrestricto, sino que debe ser ejercido de forma que no contravenga normas de orden público, como aquellas que protegen la libre competencia. De ese modo, las normas de defensa de la libre competencia constituyen un límite constitucional al derecho a la libre contratación.

3.2. Norma Aplicable

31. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁵¹, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.
32. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁵², establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar.
33. Las conductas denunciadas en el presente caso se habrían cometido durante la vigencia del Decreto Legislativo 701, norma que fue derogada por el Decreto Legislativo 1034. En tal sentido, se debe aplicar al presente procedimiento el Decreto Legislativo 701, toda vez que la infracción denunciada se habría producido durante su vigencia.
34. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el Decreto Legislativo 1034 establece como Unica Disposición Complementaria Transitoria que sus disposiciones de

⁴⁹ **Constitución Política del Perú**
Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
(...)

⁵⁰ Norma vigente durante la ocurrencia de los hechos investigados.

⁵¹ **Constitución Política del Perú**
Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.

⁵² **Ley 27444**
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

naturaleza procesal resultan aplicables a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo 701, en la etapa en que se encuentren⁵³.

3.3. Prácticas restrictivas de la competencia

35. Considerando que la presente investigación versa sobre una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, corresponde analizar los requisitos necesarios para que se configure esta infracción, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 6, literal g), del Decreto Legislativo 701.
36. El artículo 3 del Decreto Legislativo 701 establece la prohibición general de las conductas anticompetitivas, el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la competencia, en los siguientes términos:

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

[Énfasis agregado]

37. Por su parte, el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 complementa la prohibición general de las conductas anticompetitivas con la definición específica de las prácticas restrictivas de la competencia en los siguientes términos:

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

38. Como se puede apreciar, el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 establece que las prácticas restrictivas de la competencia son los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos, que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia.
39. Las prácticas restrictivas de la competencia pueden ser horizontales o verticales, dependiendo de si los agentes involucrados se encuentran en el mismo nivel o en diferentes niveles de la cadena productiva, respectivamente.
40. La configuración de una práctica restrictiva de la competencia de tipo vertical requiere que en la conducta hayan participado, por lo menos, dos agentes

⁵³

Decreto Legislativo 1034

Disposición Complementaria Transitoria

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

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

económicos que se encuentren en distintos niveles de la cadena de producción, distribución o comercialización. Por ejemplo, un acuerdo entre un productor y un distribuidor, o entre un distribuidor mayorista y uno minorista.

41. Cabe señalar que las restricciones verticales pueden generar eficiencias en beneficio de los consumidores. En efecto, pueden promover la eficiencia generando beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de provisión, calidad o precios⁵⁴. Por ello, en principio, las restricciones verticales son lícitas⁵⁵. No obstante, cuando estas conductas involucran al menos a una empresa que goza de posición de dominio en el mercado, sus efectos sobre la eficiencia pueden ser negativos. Por ende, la realización de este tipo de prácticas por parte de empresas que gozan de posición de dominio en el mercado, debe ser analizada por la autoridad de competencia haciendo un balance entre los beneficios y perjuicios resultantes⁵⁶.
42. En particular, el literal g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 establece como una de las posibles modalidades de prácticas restrictivas de la competencia a la negativa concertada e injustificada a contratar, en los siguientes términos:

⁵⁴ Así, por ejemplo, la escuela de Chicago ha destacado la importancia de las eficiencias que podría generar el establecimiento de restricciones verticales. De hecho, esta escuela considera que las restricciones verticales raramente serían anticompetitivas y que en muy pocas circunstancias generarían ineficiencias. Ver: ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. The Foundation Press.1993. pp. 224-225.

⁵⁵ Al respecto, mediante Resolución 052-2008-INDECOPI/CLC del 22 de febrero de 2008, emitida en el procedimiento iniciado por denuncias de Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A., por prácticas restrictivas de la competencia, esta Comisión señaló lo siguiente (fundamento 36):

Las restricciones verticales tienen efectos directos que no se aprecian en el mismo mercado relevante donde se configuran, sino que más bien se observan en el mercado al cual se abastece (aguas abajo, downstream), o en el mercado de los insumos (aguas arriba, upstream). Dichas prácticas no tienen necesariamente efectos dañinos sobre la competencia. De hecho, ellas pueden promover la eficiencia generando beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de calidad y/o precios. Por ello, por regla general, las restricciones verticales son lícitas.

⁵⁶ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “En un artículo sobre el análisis económico de las restricciones verticales, Rey y Vergé (2008) [*Economics of Vertical Restraints*, en Buccirosi, Paolo, *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press] distinguen dos efectos básicos que dichas restricciones pueden tener. El primero de ellos es el efecto de coordinación vertical entre empresas que están en la misma cadena de producción y distribución, que dichos autores consideran que en general resulta beneficioso para la competencia, porque sus motivaciones están usualmente asociadas con el aprovechamiento de ciertas eficiencias generadas por una mayor integración económica entre las empresas. El otro efecto es el que se genera sobre la competencia entre distintas cadenas de producción y distribución, que en ciertos casos puede ser positivo para incrementar dicha competencia pero que en otros puede resultar perjudicial (sobre todo cuando lo que se produce es un fenómeno de facilitación de la colusión tácita entre las cadenas o de exclusión de una de dichas cadenas por parte de otra). Ver: COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado*. Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 2009, pág. 251.

En particular, sobre los perjuicios se ha señalado lo siguiente: “En un artículo sobre el análisis antitrust de las restricciones verticales, Pitofsky (1997) menciona dos causas básicas por las cuales dichas restricciones pueden resultar anticompetitivas. Por un lado, las mismas pueden servir para facilitar la colusión entre competidores a través de la remoción de ciertos obstáculos que la existencia de cadenas de distribución pueden crear (esto sucede casos en los cuales la fijación de precios de reventa permite acordar precios de manera más precisa, o cuando varios productores utilizan un único distribuidor que controla la asignación de cuotas de producción). El otro efecto anticompetitivo posible, que es el que aparece en la mayoría de los casos que se analizan en la jurisprudencia, tiene que ver con incrementar los costos de los rivales, a través de prácticas que tienden a su exclusión total o parcial (por ejemplo, impidiendo el acceso a las cadenas de distribución existentes)”. Ver: COLOMA, Germán. Loc. Cit., pág. 252.

Artículo 6.- (...)

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

(...)

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

(...)

43. La negativa concertada e injustificada a contratar consiste en un acuerdo entre dos o más agentes económicos para no tratar con un tercero⁵⁷. Para que una negativa concertada e injustificada se considere anticompetitiva, debe verificarse la existencia de efectos anticompetitivos y la ausencia de una justificación comercial válida.
44. La existencia de efectos anticompetitivos en el caso de las negativas concertadas e injustificadas, como en cualquier práctica restrictiva de tipo vertical, se refiere a la generación –real o potencial– de efectos exclusorios en los competidores de alguno de los agentes involucrados en la conducta, con la consecuente afectación al funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.
45. Por otro lado, una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Así, por ejemplo, se han aceptado como justificaciones comerciales válidas la prevención del *free riding*, la reducción de costos o la provisión de productos de mejor calidad para los consumidores⁵⁸.
46. En consecuencia, para que una conducta pueda ser calificada como una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, se debe acreditar el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos:
 - i. Que existió un acuerdo o práctica concertada para negarse a contratar.
 - ii. Que uno de los agentes que participó en el acuerdo ostentaba posición de dominio.
 - iii. Que la conducta produjo o pudo producir efectos anticompetitivos.
47. Si se determina que estos requisitos se cumplen, se deberá verificar si no existe una justificación comercial válida para la conducta denunciada.

⁵⁷ HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Tercera edición. Black Letter Series. St. Paul, Minn. 1999. pp. 190 y 192.

⁵⁸ En relación con las justificaciones comerciales válidas, la American Bar Association (ABA) ha señalado lo siguiente: “Una justificación comercial no será aceptada cuando es un pretexto. El hecho de que la conducta cuestionada esté diseñada para mejorar la rentabilidad tampoco es por sí misma una suficiente justificación comercial. En cambio, ‘una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar del consumidor’. Justificaciones que han sido aceptadas incluyen la prevención del parasitismo, la reducción o evasión de costos y la provisión de productos superiores para los consumidores”. Traducción libre del siguiente texto: *A business justification will not be accepted where it is pretextual. Nor is the fact that the challenged conduct is designed to enhance profitability in itself a sufficient business justification. Instead, “a business justification is valid if it relates directly or indirectly to the enhancement of consumer welfare”.* Justifications that have been accepted include the prevention of free riding, reducing or avoiding costs, and providing superior products to customers. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Section of Antitrust Law. Antitrust law development*, 6th ed., 2007, volumen 1, Chicago, USA.,pág. 301.

48. Adicionalmente, cabe recordar que los requisitos para que se configure una práctica restrictiva de la competencia son concurrentes. En consecuencia, para que se configure la infracción denunciada, es necesario que se configuren todos y cada uno de estos requisitos.

IV. EXISTENCIA DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

4.1. Análisis del acuerdo

4.1.1. Acuerdo entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo

a. Contratos entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo

49. Considerando que la supuesta negativa tiene como antecedente la vinculación contractual entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, esta Comisión considera pertinente detallar brevemente los contratos celebrados entre estos dos agentes en relación con la conducta denunciada.
50. Administradora Jockey Plaza fue constituida en octubre de 1995 para desarrollar el Jockey Plaza, sobre parte del terreno del Hipódromo de Monterrico. Para la construcción del Jockey Plaza, Administradora Jockey Plaza obtuvo el derecho de superficie sobre la parcela B del Hipódromo de Monterrico, de 130,000 m², por un plazo de 40 años, con carácter prorrogable. Posteriormente, obtuvo el derecho de superficie sobre otras dos parcelas menores (C1 y F), lo que permitió la ampliación del centro comercial.
51. El 20 de febrero de 1997, Administradora Jockey Plaza suscribió con Sigdelo y Saidel cuatro (4) contratos de subarrendamiento respecto de cuatro (4) locales comerciales ubicados en el Jockey Plaza, conforme se detalla a continuación:
- **Contrato de Subarrendamiento I:** suscrito con Sigdelo y Saidel para el establecimiento de un local comercial dedicado al expendio de comidas y bebidas, de quinientos metros cuadrados (500 m²), ubicado en la zona lateral derecha del área de acceso al *foyer* principal de las salas de exhibición y películas.
 - **Contrato de Subarrendamiento II:** suscrito con Sigdelo y Saidel para el establecimiento de un local comercial dedicado al expendio de comidas y bebidas, de quinientos metros cuadrados (500 m²), ubicado en la zona lateral izquierda del área de acceso al *foyer* principal de las salas de exhibición y películas.
 - **Contrato de Subarrendamiento III:** suscrito con Sigdelo y Saidel para el establecimiento de un local comercial dedicado al expendio de comidas y bebidas, de cien metros cuadrados con cuatro centésimas (100.04 m²), identificado con el número 7 en el plano del inmueble.
 - **Contrato de Subarrendamiento IV:** suscrito con Sigdelo y Saidel para el establecimiento de un local comercial dedicado al expendio de comidas y

bebidas, de ciento treinta metros cuadrados con sesenta y dos centésimas (130.62 m²), identificado con el número 8 en el plano del inmueble.

52. Cabe destacar que los contratos de subarrendamiento se pactaron por un plazo de diez (10) años, prorrogables automáticamente por otros diez (10) años. En todos los casos, dicho plazo se pactó como obligatorio para Administradora Jockey Plaza por veinte (20) años⁵⁹.

b. La Carta Adenda

53. El 20 de febrero de 1997 (el mismo día en que se suscribieron los cuatro (4) contratos de subarrendamiento) Administradora Jockey Plaza envió la Carta Adenda a Sigdelo, en la que se obligó a respetar ciertas limitaciones relacionadas con su libertad para arrendar locales comerciales en el Jockey Plaza. En efecto, en la referida carta se señala lo siguiente:

Mediante cuatro minutas que tiene como fecha 20 de Febrero de 1997, y que constan, cada una de ellas, de Veinticuatro cláusulas y una cláusula adicional, nuestra empresa ha celebrado con Ustedes Contratos de Sub-Arrendamiento, respecto de locales comerciales ubicados en el Centro Comercial que se denomina 'JOCKEY PLAZA SHOPPING CENTER', los cuales se han identificado en las respectivas minutas.

(...)

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

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

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

⁵⁹ Ver foja 1408 del Expediente.

3.- *Que, en caso de obtener otros contratos con el Jockey Club que les permitan obtener derechos de superficie, propiedad o posesión, sobre nuevas áreas en el Hipódromo de Monterrico, las empresas de Sigdelo gozarán de preferencia para la suscripción de contratos de arrendamientos similares a los de las minutas de la referencia. El ejercicio del derecho de preferencia por ustedes será en condiciones de mercado, y significará, igual que en el punto uno, que **no arrendaremos a McDonald's ni a ningún licenciario de McDonald's.***

[Énfasis agregado]

54. De acuerdo a lo anterior, la Carta Adenda estableció lo siguiente:
- i. La obligación de Administradora Jockey Plaza de no arrendar locales comerciales a ningún licenciario de McDonald's en ningún lugar del Jockey Plaza, o en cualquier otra área sobre la que pueda tener en el futuro derechos reales en el Hipódromo de Monterrico.
 - ii. La obligación de Administradora Jockey Plaza de no arrendar o subarrendar ningún local comercial al interior del patio de comidas (*foodcourt*) del Jockey Plaza, a otro operador dedicado al expendio de pollos y/o pizzas.
 - iii. El derecho de preferencia para la suscripción de contratos de subarrendamiento, u otros similares, a favor de las subarrendatarias, en caso Administradora Jockey Plaza obtuviese otros derechos de superficie, propiedad o posesión sobre nuevas áreas del Hipódromo de Monterrico.
 - iv. El derecho de reserva a favor de las arrendatarias, para el desarrollo de la marca Kentucky Fried Chicken, sobre un local comercial ubicado en el terreno de 50 000 m² dentro del Hipódromo de Monterrico, adyacente al establecimiento de Burger King; en caso Administradora Jockey Plaza adquiera los derechos que le permitan otorgarlo en uso.
 - v. El plazo de duración de las obligaciones generadas en la Carta Adenda está relacionado con la existencia y vigencia de los contratos de subarrendamiento suscritos.

4.1.2. La naturaleza contractual de la Carta Adenda

55. Si bien el documento que contiene la declaración de voluntad de Administradora Jockey Plaza es una carta, medio que es normalmente utilizado para remitir declaraciones unilaterales de quien lo suscribe, se ha determinado que la Carta Adenda forma parte del conjunto de obligaciones de Administradora Jockey Plaza en el marco de los contratos de subarrendamiento firmados con Sigdelo y Saidel.
56. Al respecto, cabe señalar que en la propia Carta Adenda se hace referencia a los cuatro contratos de subarrendamiento celebrados el 20 de febrero de 1997

con Sigdelo y Saidel. Además, el ofrecimiento fue aceptado por Sigdelo, tal como se puede apreciar en la segunda página de la Carta Adenda, en donde –junto a la rúbrica y firma de los señores Ricke y Carrillo, representantes de Administradora Jockey Plaza– figuran los sellos de las entonces Sigdelo S.A. y Saidel, junto con la firma del señor Diez Canseco, así como las rúbricas de éste último y del señor Zúñiga, ambos representantes de Sigdelo y Saidel⁶⁰.

57. Además, la naturaleza contractual de la Carta Adenda ha sido confirmada por las denunciadas, quienes han reconocido que el texto de este documento representa el establecimiento de condiciones comerciales **negociadas**; es decir, que se trataría de un acuerdo entre ambas empresas.
58. Así, Administradora Jockey Plaza ha señalado lo siguiente:

*CENTROS COMERCIALES y SIGDELO suscriben **contratos** preparatorios en el año 1995, los cuales incluían disposiciones de exclusividad.*

(...)

*Asimismo, es preciso señalar que el **acuerdo** de exclusividad supone una mayor eficiencia económica, bien jurídico protegido por el derecho de la competencia (...)⁶¹*

[Énfasis agregado].

59. Por su parte, Sigdelo ha señalado lo siguiente:

*Por todo ello, **la exclusividad** no es un intento por impedir la presencia de un competidor con fines anticompetitivos, sino es una condición para hacer viable una inversión inicial que no necesariamente se iba a producir en otras condiciones (...).*

*Estas razones sumadas al hecho de contar ya con opciones atractivas en la oferta de hamburguesas, pollos y pizzas pueden haber motivado al centro comercial **a aceptar la exclusividad**⁶².*

*Es evidente, como ha interpretado la Comisión en el admisorio de la denuncia, que si bien la cláusula de exclusión fue incluida en una carta dirigida por CENTROS COMERCIALES a SIGDELO como una promesa unilateral, **dicho compromiso formó parte de los contratos** de*

⁶⁰ Esta Comisión ha llegado a la conclusión de que las firmas y rúbricas mencionadas corresponden al señor Diez Canseco y al señor Zúñiga, así como al señor Ricke y al señor Carrillo, luego de haber comparado las firmas y rúbricas que figuran en diversos contratos celebrados entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo y Saidel el 20 de febrero de 1997, con aquellas contenidas en la Carta Adenda. En dichos contratos, los señores Diez Canseco y Zúñiga son quienes suscriben los acuerdos como representantes de Sigdelo y Saidel, mientras que los señores Rickey Carrillo aparecen como representantes de Administradora Jockey Plaza.

⁶¹ Ver fojas 383 y 384 del Expediente.

⁶² Ver fojas 476 y 471 del Expediente.

subarrendamiento celebrados entre CENTROS COMERCIALES y SIGDELO⁶³.

[Énfasis agregado].

60. Es ese sentido, esta Comisión considera que se puede afirmar lo siguiente:
- i. Administradora Jockey Plaza y Sigdelo celebraron cuatro contratos de subarrendamiento respecto de sendos locales comerciales ubicados en el Jockey Plaza.
 - ii. Los cuatro contratos de subarrendamiento incluyen la obligación de Administradora Jockey Plaza de no arrendar a ningún licenciario de la marca McDonald's, durante toda la vigencia de los contratos, un local comercial en el Jockey Plaza o en futuros terrenos dentro del Hipódromo de Monterrico sobre los que Administradora Jockey Plaza pudiera adquirir derechos reales que le permitan cederlos en uso.
61. En conclusión, existió un acuerdo entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, mediante el cual se estableció la obligación de Administradora Jockey Plaza de no arrendar espacios a cualquier licenciario de McDonald's en ningún espacio del Jockey Plaza, o en cualquier otra área sobre la cual pueda tener en el futuro derechos reales en el Hipódromo de Monterrico.

4.2. Existencia de la negativa a contratar

4.2.1. Solicitudes de arrendamiento

62. Del análisis de los medios probatorios que obran en el Expediente, se aprecia que Arcos Dorados envió a Administradora Jockey Plaza diversas cartas con la finalidad de arrendar uno o varios locales comerciales al interior del Jockey Plaza⁶⁴:
- Carta del 24 de octubre de 2000: Arcos Dorados manifestó su intención de arrendar un local en el patio de comidas o en cualquier otra área del estacionamiento principal del Jockey Plaza, a fin de establecer uno o más restaurantes McDonald's.
 - Carta del 6 de noviembre de 2000: Arcos Dorados reiteró el pedido formulado mediante carta del 24 de octubre de 2000. Asimismo, manifestó que existían algunos locales comerciales desocupados que se le podrían alquilar.
 - Carta del 4 de diciembre de 2000: Arcos Dorados reiteró nuevamente el pedido realizado mediante cartas del 24 de octubre y 6 de noviembre de 2000. Asimismo, manifestó su extrañeza sobre la razón por la cual

⁶³ Segundo Informe de Sigdelo. Ver foja 1408 del Expediente.

⁶⁴ Copia de las referidas cartas fueron adjuntadas a la denuncia de Arcos Dorados. Ver anexos: 1-N, 1-Ñ, 1-O, 1-P, 1-Q, 1-R, 1-S de la denuncia, que obran de fojas 135 a 144 del Expediente.

Administradora Jockey Plaza no le arrienda uno de los locales comerciales disponibles.

- Carta del 7 de mayo de 2001: Arcos Dorados reiteró su interés en arrendar locales comerciales en el Jockey Plaza.
- Carta del 24 de julio de 2001: Arcos Dorados reiteró sus ofrecimientos previos e indicó a Administradora Jockey Plaza que habían transcurrido casi dos (2) años sin que sus pedidos hayan sido atendidos, lo que resultaba extraño considerando que han existido locales comerciales disponibles en el patio de comidas y en otras áreas del Jockey Plaza.
- Carta del 23 de diciembre de 2002: Arcos Dorados manifestó su intención de alquilar un local en el patio de comidas, para luego continuar con el desarrollo de otros formatos de venta de productos tanto en el patio de comidas como en otros espacios del Jockey Plaza.
- Carta del 8 de junio de 2006: Arcos Dorados reiteró su intención de alquilar uno o varios locales comerciales en el Jockey Plaza, a fin de desarrollar sus distintos formatos de venta de productos.

4.2.2. Configuración de la negativa

63. Habiéndose determinado que existieron diversas solicitudes de arrendamiento de Arcos Dorados, corresponde ahora verificar si Administradora Jockey Plaza atendió o rechazó las referidas solicitudes.
64. Sobre el particular, Arcos Dorados sostiene que sus solicitudes fueron rechazadas casi siempre de forma verbal y, en una oportunidad, por escrito a través de la Carta de Respuesta.
65. Sobre las negativas verbales, Arcos Dorados sostiene en su denuncia lo siguiente⁶⁵:

*(...) a lo largo de los años ARCOS DORADOS vino realizando gestiones con cada una de las administraciones de CENTROS COMERCIALES para lograr arrendar uno o varios locales del Jockey Plaza, con la finalidad de establecer en ellos diversos formatos de restaurantes McDonald's, sin tener éxito alguno y, por el contrario, **recibiendo siempre negativas en forma verbal**, indicándonos que el rubro al cual se dedicaría ARCOS DORADOS se encontraba suficientemente cubierto.*

[Énfasis agregado].

66. En lo que se refiere a la negativa escrita, en la Carta de Respuesta, Administradora Jockey Plaza señaló a Arcos Dorados lo siguiente⁶⁶:

⁶⁵ Ver foja 18 del Expediente.

⁶⁶ Ver foja 146 del Expediente.

*Mediante la presente acuso recibo de su atenta carta del (sic) fecha 08 de Junio, a través de la cual **nos reiteran** el deseo de participar con su marca McDonald's en el Jockey Plaza Shopping Center.*

*Sobre el particular, les confirmamos nuestro interés en contar con la marca McDonald's entre nuestros operadores. Sin embargo, **como es de su conocimiento, existen limitaciones de tipo contractual con otro operador que nos impide, por el momento, concretar dicha posibilidad.***

[Énfasis agregado].

67. Por último, cabe señalar que Administradora Jockey Plaza no ha cuestionado que se negó a arrendar un local comercial a Arcos Dorados en el Jockey Plaza. Al contrario, en sus argumentos de defensa reconoce no haber atendido las solicitudes de Arcos Dorados debido a ciertas consideraciones⁶⁷.
68. Así, en su escrito del 21 de mayo de 2008, Administradora Jockey Plaza señaló lo siguiente:

*En efecto, lo que buscaba el acuerdo en dicho supuesto era eliminar el fenómeno económico del free riding, entendido como el supuesto en que uno o más agentes se aprovechan de forma gratuita de los beneficios generados a partir de la inversión o trabajo de otro. En ese sentido, **en caso CENTROS COMERCIALES permitiese la entrada de ARCOS DORADOS al Jockey Plaza, CENTROS COMERCIALES estaría amparando la práctica del free riding cuyos efectos económicos nefastos implican el desincentivo a los posibles inversionistas de quienes depende la operación.***

[Énfasis agregado].

69. En similar sentido, en su escrito del 27 de agosto de 2008, Administradora Jockey Plaza señaló lo siguiente:

*Tal como venimos señalando, el mercado relevante constituido por el mercado de alquiler de inmuebles comerciales en las zonas de Lima Metropolitana y Callao, presenta un número infinito de potenciales competidores, por lo que Centros Comerciales no se encuentra en una posición tal que le permita influir en las actividades o rentabilidad de Arcos Dorados **por el solo hecho de negarle la entrada.***

⁶⁷ Asimismo, Sigdelo también ha admitido la existencia de la negativa a Arcos Dorados, señalando que ésta fue justificada. Así se aprecia en su escrito del 21 de mayo de 2008, en donde señala:

La ubicación del restaurante McDonald's en el óvalo de la Universidad de Lima claramente habría mitigado los efectos de la restricción de acceso al Jockey Plaza, constituyéndose en una opción de acceso más inmediato por ejemplo para los estudiantes y trabajadores de la Universidad de Lima.

Ver foja 466 del Expediente.

[Énfasis agregado].

70. En conclusión, Administradora Jockey Plaza se negó a arrendar a Arcos Dorados un local comercial en el Jockey Plaza para la venta de comida rápida.

4.3. Conclusión sobre la existencia de la conducta

71. Se ha comprobado que existió una negativa de Administradora Jockey Plaza para arrendarle a Arcos Dorados locales comerciales en el Jockey Plaza para la comercialización de hamburguesas y productos complementarios, bajo el formato de comida rápida; conducta que tuvo su origen en el acuerdo suscrito el 20 de febrero de 1997 y que se ha mantenido vigente por lo menos hasta el 26 de setiembre de 2007⁶⁸.
72. De acuerdo a lo anterior, se ha acreditado el cumplimiento del primer requisito para que se configure la conducta denunciada⁶⁹. En tal sentido, corresponde analizar si se presentan los demás requisitos para que se configure la conducta denunciada.

V. EXISTENCIA DE POSICION DE DOMINIO

73. Teniendo en cuenta el periodo de vigencia de la conducta denunciada, la determinación de la posición de dominio se realizará respecto del periodo comprendido entre 1997 y 2007.
74. La posición de dominio no puede evaluarse en abstracto sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que se ostentaría esta posición.
75. En el presente caso, para la definición del mercado relevante, en primer lugar, se deben tener en cuenta las características del acuerdo para negarse a contratar. Al respecto, cabe recordar que Administradora Jockey Plaza se obligó frente a Sigdelo a no arrendarle a Arcos Dorados un local comercial en el Jockey Plaza.

⁶⁸ Al respecto, Arcos Dorados ha señalado que la Secretaría Técnica confundió la negativa concertada con la negativa unilateral, lo que la habría conducido equivocadamente a restringir el plazo de evaluación de la negativa denunciada y a realizar el análisis tan solo a partir del 24 de octubre de 2000. Sin embargo, cabe precisar que la Secretaría Técnica señala en el párrafo 68 del Informe Técnico que se habría comprobado que existió una negativa de Administradora Jockey Plaza para arrendarle a Arcos Dorados locales comerciales en el Jockey Plaza, conducta que tuvo su origen en el acuerdo existente entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, suscrito el 20 de febrero de 1997, y que se ha mantenido vigente por lo menos hasta el 26 de setiembre de 2007.

⁶⁹ Como se ha señalado en el punto 3.3. de la sección III de la presente Resolución, para que una conducta pueda ser calificada como una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, se debe acreditar el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos:

- i. Que existió un acuerdo o práctica concertada para negarse a contratar.
- ii. Que uno de los agentes que participó en el acuerdo ostentaba posición de dominio.
- iii. Que la conducta produjo o pudo producir efectos anticompetitivos.

Si se determina que estos requisitos se cumplen, se deberá verificar si no existe una justificación comercial válida para la conducta denunciada.

76. En segundo lugar, toda vez que la conducta denunciada se realizó respecto de un establecimiento ubicado en el Jockey Plaza, se debe tener en cuenta que los centros comerciales tienen carácter de plataforma y que los arrendatarios y los consumidores consideran que los establecimientos ubicados en centros comerciales son distintos a los establecimientos ubicados fuera de los centros comerciales.
77. En efecto, por un lado, los consumidores valoran de manera diferente acudir a un establecimiento ubicado en un centro comercial que acudir a uno afuera (por ejemplo, por la mayor variedad de establecimientos que pueden encontrar en un centro comercial) y, por su parte, los arrendatarios valoran de manera diferente arrendar un establecimiento ubicado en un centro comercial que arrendar uno afuera (por ejemplo, por la mayor cantidad de consumidores a los que pueden llegar en un centro comercial).
78. Por lo tanto, para la definición del mercado relevante, se tomarán en consideración las características del acuerdo para negarse a contratar y el carácter de plataforma que tienen los centros comerciales y, en particular, el Jockey Plaza. Sobre este último aspecto, a continuación se evalúa brevemente la teoría de los mercados donde operan plataformas en general y los centros comerciales como plataformas en particular.

5.1. Características generales de los centros comerciales

5.1.1. Los mercados donde operan plataformas

79. Un centro comercial es, de acuerdo a las características que presenta, una plataforma⁷⁰. Desde la perspectiva de la libre competencia, una plataforma es un agente que opera en dos mercados distintos y atiende demandas interdependientes.

a. Principales características

80. Las plataformas se caracterizan por la atención de dos demandas interdependientes que requieren relacionarse entre sí para llevar a cabo una operación comercial. Dichas demandas utilizan a la plataforma como medio facilitador para interrelacionarse, de modo que los agentes de una de ellas actuarán como ofertantes y los otros como demandantes⁷¹.
81. Los mercados donde operan plataformas se caracterizan principalmente por: i) la existencia de dos demandas interdependientes entre sí, ii) la presencia de

⁷⁰ Cabe precisar que la definición de centro comercial comprende a los centros comerciales que operan bajo administración centralizada (es decir, aquellos que son verdaderas plataformas) y a los que operan como complejos comerciales (aglomeración de establecimientos comerciales). Sin perjuicio de que la diferencia entre ambos tipos de centro comercial será explicada con detalle más adelante, cabe precisar que la presente Resolución se refiere a los centros comerciales que operan bajo administración centralizada, a menos que se indique lo contrario.

⁷¹ En algunos casos, las plataformas operan a través de un establecimiento comercial en sentido estricto.

efectos de red indirectos⁷² derivados de la interdependencia de las demandas, y iii) la internalización de los efectos de red indirectos generados entre los dos grupos de demandantes⁷³.

82. Cabe señalar que existen numerosos mercados en los que operan plataformas. Así, por ejemplo, aquellos en los que operan los administradores de tarjetas de crédito, que atienden a los comercios y a los titulares de las tarjetas; los operadores de consolas de videojuegos, que atienden a los programadores y a los usuarios de videojuegos; y los administradores de sitios web comerciales, que atienden a los vendedores y a los compradores de bienes o servicios por Internet.
83. En dichos mercados existen efectos de red indirectos, puesto que el valor o excedente obtenido por los agentes de una demanda se incrementa en relación directa con el incremento del número de agentes de la otra demanda.

De ese modo, los comercios valorarán más una tarjeta de crédito mientras más consumidores la utilicen y los consumidores, a su vez, valorarán más una tarjeta de crédito mientras más comercios la acepten; los programadores valorarán más las consolas de videojuegos mientras más jugadores las compren y los jugadores valorarán más las consolas mientras más juegos existan; y un sitio web comercial será más valioso para los vendedores en tanto más compradores lo visiten y los compradores valorarán más dicho sitio en tanto más vendedores ofrezcan sus productos a través de él.

84. En principio, es posible que las dos demandas interactúen entre sí sin una plataforma que facilite esta interacción. Sin embargo, los costos de transacción asociados a este tipo de interacción desincentivan hasta cierto punto su adopción. Por el contrario, la generación de efectos de red indirectos y la posibilidad de internalizarlos explican la presencia de plataformas.
85. Las plataformas, a través del diseño de diversos mecanismos, permiten que cada agente de las dos demandas internalice los efectos de red indirectos que genera su presencia.

⁷² Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "*Cuando hay efectos de red indirectos, una estrategia empresarial que estimula la demanda en el lado A de la plataforma puede, si se aplica correctamente, estimular la demanda en el lado B de la plataforma, situación que a su turno genera una retroalimentación positiva hacia el lado A, y así sucesivamente*". Traducción libre de: "*When there are indirect network effects, a business strategy that stimulates demand on side A of the platform will, when properly implemented, stimulate demand on side B of the platform, which in turn creates a positive feedback to side A, and so on*". Ver: ORDOVER, Janusz. *Comments on Evans & Schmalensee's 'The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, Competition Policy International, 2007, vol. 3, N° 1, pág. 182.

⁷³ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "*Sin embargo, varios principios han surgido de esta literatura que parecen ser sólidos. Ellos parecen basarse en pocos supuestos: las plataformas atienden a dos grupos de clientes; existen externalidades de red indirectas entre estos grupos; y los mencionados grupos de clientes no puede resolver estas externalidades por sí mismos*". Traducción libre de: "*Nevertheless, several principles have emerged from this literature that seem to be robust. They appear to rely on a few assumptions: the platform has two groups of customers; there are indirect network externalities; and customers cannot resolve these externalities themselves*". En: EVANS, David y Michael NOEL. *Defining Antitrust Markets when Firms Operate Two-Sided Platforms*, Columbia Business Law Review, 2005, vol. 3, pág. 114.

En efecto, considerando que en una plataforma la concurrencia de una demanda está directamente relacionada con la concurrencia de la otra (a mayor concurrencia de una demanda mayor concurrencia de la otra), resulta que un agente de una demanda no sólo se beneficia de los agentes de la otra demanda que pueda atraer, sino también de aquellos que son atraídos por los otros agentes como él. Esta situación es tomada en cuenta por las plataformas para establecer un conjunto de reglas que distribuyen de manera adecuada los beneficios que cada agente aporta a la interacción, permitiendo que cada agente internalice los efectos de red indirectos que genera, con la finalidad de incentivar y favorecer la participación de las dos demandas interdependientes.

86. De ese modo, al establecer reglas determinadas como políticas de precio de acceso y uso, las plataformas garantizan que los agentes de ambas demandas obtengan los beneficios proporcionales al valor que aporta su presencia en la plataforma, lo que evita el comportamiento oportunista (*free rider*) y, por ende, genera incentivos para la interacción entre los distintos agentes.

b. Incentivos y estrategias de las plataformas

87. El éxito de una plataforma consiste en lograr que las demandas que atiende internalicen y promuevan los efectos de red indirectos que se generan por su interacción⁷⁴.
88. Para tal efecto, las plataformas implementan políticas de precios y, en general, cualquier estrategia comercial de compensación de externalidades que atraiga⁷⁵ a los agentes de las dos demandas que atiende⁷⁶.

⁷⁴ Ver: EVANS, David y Richard SCHMALENSSEE. *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, Competition Policy International, 2007, vol. 3, Nº 1, págs. 4-10.

⁷⁵ Sobre el particular, debe rescatarse el hecho de que, por lo general, las plataformas tienen la necesidad de atraer a las dos demandas que atienden de forma simultánea. La simultaneidad de las demandas resulta particularmente relevante para lograr los efectos de red indirectos. En efecto, una demanda no tendrá incentivos para acudir a la interacción a menos que la otra se encuentre presente ahí, y viceversa. Así, por ejemplo, los consumidores no adquirirán una tarjeta de crédito si no es con la condición de que los comercios la acepten; los programadores de videojuegos no programarán para una consola si no existe una demanda por parte de los consumidores; y los compradores por internet no visitarán un sitio web a menos que no existan vendedores potenciales en dicha plataforma. En: EVANS, David. *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, Regulation2point0, Working Paper 253, pág. 39. Disponible en: <http://regulation2point0.org/wp-content/uploads/downloads/2010/04/phpMt.pdf>.

⁷⁶ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "El rol fundamental en la economía de una plataforma de dos lados es permitir a las partes obtener ganancias del intercambio u otras interacciones mediante la reducción de los costos de transacción que se derivan de su encuentro mutuo e interacción. Las plataformas de dos lados logran esto mediando entre los dos grupos, promoviendo la formación de clientela y minimizando costos. Diferentes plataformas participan en esta actividad en diferentes grados. Así, las plataformas de software se enfocan principalmente en minimizar los costos de duplicación, aquellas dedicadas a la publicidad en los medios, en la formación de clientela, y aquellas dedicadas a los intercambios, en la mediación entre la oferta y la demanda. Sin embargo, todas se involucran en diferentes grados en estas actividades. Todas las plataformas ayudan a reducir costos de transacción proporcionando un punto de encuentro, virtual o físico, para los clientes". Traducción libre de: "The fundamental role of a two-sided platform in the economy is to enable parties to realize gains from trade or other interactions by reducing the transactions costs of finding each other and interacting. Two-sided platforms do this by matchmaking, building audiences, and minimizing costs. Different platforms engage in these activities to different degrees. Software platforms are mainly about minimizing duplication costs, advertising-supported media in mainly about building audiences, and exchanges are mainly about matchmaking. But they all seem to engage in each to some degree. All platforms help reduce costs by providing a virtual or physical meeting place for customers". Ver: EVANS, David y Richard SCHMALENSSEE, Loc Cit., pág. 9.

89. La política de precios de una plataforma depende principalmente de la relación entre las elasticidades de demanda de las dos demandas que atiende⁷⁷ y supone generalmente el establecimiento de precios distintos para cada una de ellas. En efecto, una demanda valora más la interacción en la medida que recibe más efectos de red indirectos positivos, lo que implica que posea una demanda relativamente más inelástica que la otra y esté dispuesta a pagar un mayor precio por participar.
90. Así, a la demanda que recibe mayores efectos de red indirectos positivos se le puede cobrar un mayor precio, mientras que a la otra, a fin de atraerla hacia la interacción, se le puede cobrar uno menor. Ello, en la práctica, implica que la plataforma utilice a una de las demandas como “atractivo” para lograr la participación de la otra, que le servirá como centro de sus beneficios⁷⁸. Por esa razón, una circunstancia típica en este tipo de mercados es una política de precios asimétrica entre demandas⁷⁹. Incluso, resulta habitual en este tipo de mercados que a la demanda más elástica se le asigne un precio por debajo del costo.
91. En relación con la implementación de otras estrategias comerciales distintas a precios, cabe señalar que las plataformas pueden recurrir a diversos mecanismos para lograr la interacción de las demandas. Ello implica, en ciertas circunstancias y desde una perspectiva parcial, causar un perjuicio relativo para

⁷⁷ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “Los precios óptimos son el resultado de una operación compleja que toma en cuenta la elasticidad de los precios que tienen cada uno de los lados de la demanda, la naturaleza y la intensidad de los efectos de red indirectos entre dichos grupos de clientes y los costos marginales que resultan de cargar el excedente en cada lado”. Traducción libre de: “The optimal prices depend in a complex way on the price elasticities of demand on both sides, the nature and intensity of the indirect network effects between each side, and the marginal costs that result from changing the output of each side”. En: EVANS, David y Michael NOEL, Loc. Cit., pág. 115.

En sentido similar, se ha señalado lo siguiente: “En un mercado tradicional, los precios significativamente por encima o por debajo de los costos de producción pueden conllevar preocupaciones sobre afectación a la libre competencia. En un mercado de dos lados, sin embargo, una estructura de precios compleja puede ser eficiente. Con el fin de maximizar el volumen dentro de la red, una plataforma puede fijar sus precios por encima de los costos de producción en un lado del mercado y subsidiar el otro lado. Quizá la razón más básica para esto es que las externalidades afectan de manera desigual a los dos grupos de consumidores. Si un grupo gana más con la interacción que el otro y viceversa, las plataformas tenderán a cargarlo con un precio mayor”. Traducción libre de: “In a traditional market, prices either significantly above or significantly below production cost can raise antitrust concerns. In a two-sided market, however, a highly skewed pricing structure may be efficient. In order to maximize volume in the network, a platform may set prices above production cost on one side of the market in order to subsidize the other side. Perhaps the most basic reason for this is that the nature of externalities often differs across the two groups of customers. If one group gains more from interacting with the other group than vice versa, platforms will tend to charge that group more”. En: *Two Sided Markets*, DOJ, junio 2009, pág. 3. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/roundtabletwosided.pdf>.

⁷⁸ Ver: ARMSTRONG, Mark. *Competition in Two-Sided Markets*, The RAND Journal of Economics, 2006, vol. 37, Nº 3, págs. 668-669.

⁷⁹ Esto es económicamente viable porque las utilidades del administrador de una plataforma son obtenidas de ambos lados de la demanda y no sólo de una. De esa forma, los “costos” que se pueden incurrir en un lado, se pueden recuperar mediante las utilidades obtenidas en el otro lado de la demanda.

En relación con lo anterior, cabe señalar que el precio cero o negativo tiende a ser más común al inicio del negocio. En efecto, para captar una masa crítica de clientes en uno de los lados de la demanda, se puede subsidiar de alguna forma el acceso o uso de la plataforma a dicho grupo de clientes.

alguna de las demandas (o para algunos de los agentes que la componen)⁸⁰, lo que, sin embargo, puede resultar eficiente para viabilizar la interacción y lograr la internalización de los efectos de red indirectos generados.

c. Poder de mercado y competencia

c.1. Concentración y diferenciación

92. Los efectos de red indirectos generados por la interdependencia de las dos demandas que atiende una plataforma provocan que el número de agentes participantes aumente a medida que aumenta la interacción entre éstos. De ese modo, un aumento en el número de agentes de una demanda atraerá mayor número de agentes de la otra, y así sucesivamente⁸¹.
93. En ese sentido, los efectos de red indirectos suelen tener un efecto de concentración de poder de mercado a favor de la plataforma que posibilita la interacción entre las demandas, pues se crea un círculo virtuoso directamente relacionado con el sucesivo incremento de agentes de una demanda en respuesta al incremento de agentes de la otra.
94. Sin embargo, también existen mecanismos que propician la competencia entre plataformas. El más importante consiste en la diferenciación entre las plataformas. Al respecto, la literatura económica distingue dos tipos de diferenciación: la diferenciación vertical, que implica la elección de la calidad específica de los bienes y servicios que se comercializarán en la plataforma; y la diferenciación horizontal, que implica la elección del tipo de bienes y servicios que se comercializarán en la plataforma⁸².
95. La diferenciación permite a las plataformas cubrir las preferencias específicas de las demandas que atiende y provoca que los agentes de una o ambas demandas acudan a más de una plataforma. Este fenómeno es conocido en la literatura económica como *multihoming*⁸³.
96. En consecuencia, el poder de mercado que una plataforma puede alcanzar se encuentra directamente relacionado con los efectos de red indirectos que pueda promover, e inversamente relacionado con el uso del *multihoming* por parte de las demandas que atiende. En efecto, como se ha señalado, los efectos de red

⁸⁰ Al respecto se ha señalado lo siguiente: “*Balance de intereses. Aún contando con los grupos de clientes, los administradores de las plataformas tienen que balancear cuidadosamente sus dos demandas. En ese marco, siempre han de considerar que el cambio de los precios en un lado del mercado impactará en el otro lado*”. Traducción libre de: “*Balancing interests. Even with both sides on board, businesses have to carefully balance their two demands. They always have to consider how changing prices on one side of the market will impact the other side of the market*”. EVANS, David. *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, Loc. Cit. pág. 38.

⁸¹ Así, por ejemplo, mientras más comercios acepten una tarjeta de crédito, más consumidores optarán por ella; mientras más usuarios de videojuegos compren una determinada consola, más programadores estarán dispuestos a trabajar en ella; y mientras más vendedores promocionen sus productos a través de un sitio web comercial, más compradores lo visitarán.

⁸² Ver: EVANS, David y Michael NOEL, Loc. Cit., págs. 123-124.

⁸³ ROCHET, Jean Charles y Jean TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*. En: London School of Economics, Financial Markets Group, pág. 5. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/24929/1/dp409.pdf>.

indirectos típicamente generan que una plataforma tenga dimensiones cada vez mayores, generando mayor concentración y mayor posibilidad de obtener poder de mercado; mientras que, en sentido contrario, el uso del *multihoming* diluye su participación, su concentración y, con ello, la posibilidad de obtener poder de mercado.

97. Adicionalmente, cabe señalar que la congestión de usuarios que se relaciona directamente con el tamaño de la plataforma, es un desincentivo para su crecimiento desproporcionado, pues un número excesivo de agentes en una o ambas demandas puede incrementar los costos de búsqueda y representar un obstáculo para la interacción.
98. Por lo tanto, si bien el éxito de una plataforma se relaciona directamente con la concentración de demandas que pueda realizar y con el consiguiente poder de mercado que pueda alcanzar, el uso del *multihoming* y los costos de búsqueda asociados a su tamaño, limitan su crecimiento y posibilitan que exista competencia entre plataformas.

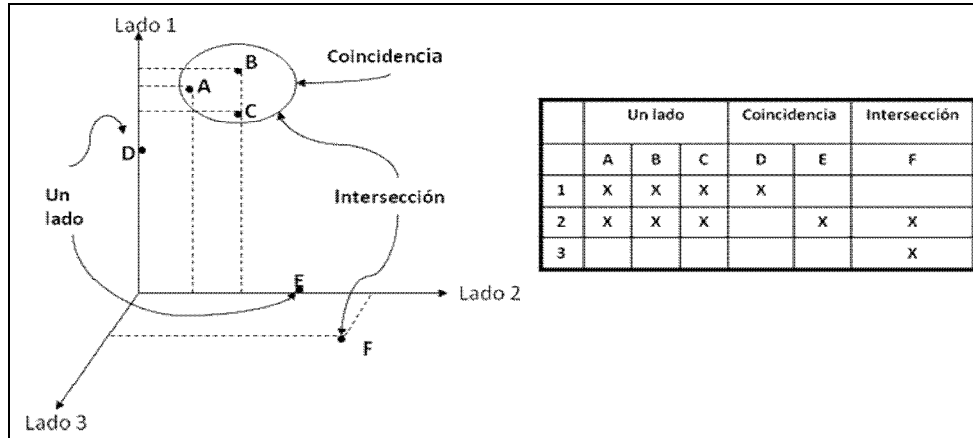
c.2. Niveles de competencia que puede enfrentar una plataforma

99. En principio, una plataforma sólo compite con otras plataformas de similares características. Sin embargo, dado que atiende a dos demandas que interactúan entre sí, es posible que también compita en otro tipo de mercados.
100. En efecto, una plataforma puede competir en tres tipos de mercados distintos, toda vez que puede rivalizar con: a) otras plataformas de similares características, en la atención de las dos demandas simultáneamente, b) otras plataformas, en la atención de sólo una demanda, y c) con establecimientos típicos⁸⁴, en la atención de cada demanda por separado⁸⁵. El siguiente gráfico muestra los tipos de mercados en los que puede competir una plataforma:

⁸⁴ Establecimientos comerciales independientes, generalmente ubicados en la vía pública, en los que se desarrolla un negocio en particular (a los que la literatura anglosajona denomina *free standing store*).

⁸⁵ Doctrina y ejemplo tomados de EVANS, David y Richard SCHMALENSSEE, Loc Cit., págs. 173-175.

Gráfico 1
Mercados en los que pueden competir las plataformas



Fuente y elaboración: EVANS, David y Richard SCHMALENSEE. Loc. Cit., pág. 28.

101. En el primer tipo de mercado, la plataforma A compite con las plataformas B y C, por la provisión a las dos demandas que atiende (representadas por los lados 1 y 2). Un ejemplo de este tipo de competencia es el mercado de periódicos de una ciudad, en el que los periódicos atienden a dos grupos de demandantes interdependientes: los lectores, quienes demandan noticias y publicidad, y los anunciantes, quienes demandan un espacio para colocar su publicidad.
102. En el segundo tipo de mercado, la plataforma A compite con la plataforma F, quien también atiende a dos demandas (representadas por los lados 2 y 3), pero sólo rivaliza con la plataforma A en la provisión de una de ellas (el lado 2). Así, por ejemplo, un periódico compite también con las televisoras, pero únicamente respecto de los anunciantes y no de los consumidores, pues cada una de ellas posee consumidores con distintas características.
103. Finalmente, en el tercer tipo de mercado, la plataforma A compite indistintamente con los establecimientos D y E, en la atención de sólo una de sus demandas (en el lado 1 compite con D y en el lado 2 compite con E). Así, por ejemplo, un periódico también puede competir en el mercado de anuncios publicitarios con las administradoras de paneles publicitarios que se arriendan en la vía pública a los anunciantes.

c.3. Competencia entre plataformas

104. La competencia entre plataformas se relaciona directamente con las preferencias de los agentes que conforman las demandas que atienden; en particular, depende de la decisión de las demandas de acudir a una o varias plataformas. En ese sentido, es posible que se presenten tres escenarios.
105. El primer escenario implica que ambos grupos de clientes acudan a una sola plataforma (ninguno de los dos grupos de clientes hace *multihoming*). Este

escenario no se presenta con mucha frecuencia. En general, es común que por lo menos uno de los grupos de clientes realice *multihoming*⁸⁶.

106. El segundo escenario implica que uno de los grupos acuda a una sola plataforma mientras que el otro grupo acuda a varias (uno de los grupos no hace *multihoming* mientras que el otro sí). Existen diversos mercados de plataformas que presentan estas características.

En este tipo de casos, se debe considerar que la única forma que tienen los clientes que hacen *multihoming* de interactuar con los clientes que acuden a una plataforma, es contratar con la plataforma que atiende a dichos clientes. En este escenario, ya no habría competencia entre las plataformas por la atención del grupo de clientes que hacen *multihoming*. La diferencia entre este escenario y el primero es que en éste la decisión de los clientes que hacen *multihoming* de acudir a una plataforma es independiente de la decisión de acudir a otra plataforma, mientras que, en el primer escenario, las plataformas competirían por los dos grupos de clientes, a fin de hacerlos clientes exclusivos de su plataforma.

107. El tercer escenario supone que los dos grupos de clientes acudan a varias plataformas (los dos grupos de clientes hacen *multihoming*). Es menos común que el segundo, debido a que no goza de una estructura de incentivos estable. En efecto, si los miembros del primer grupo acuden a varias plataformas, los miembros del segundo grupo no tendrán grandes incentivos para hacer lo mismo, puesto que pueden lograr la interacción acudiendo a cualquier plataforma⁸⁷.

5.1.2. Los centros comerciales como plataformas

a. Características de los centros comerciales

108. Un centro comercial es una aglomeración de múltiples y seleccionados establecimientos y proveedores de servicios comerciales, dentro de una infraestructura o grupo de ellas que se planifican, diseñan y administran como una unidad⁸⁸.

⁸⁶ EVANS, David y Richard SCHMALENSSEE. Loc. Cit., pág. 167.

⁸⁷ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "La diferenciación horizontal puede dar lugar a que los consumidores decidan acudir y usar numerosas plataformas (...). Los consumidores encuentran atractivas ciertas características de las distintas plataformas, y en ese sentido, confían en varias. Las tarjetas de pago son un ejemplo de *multihoming* en ambos lados de la plataforma. La mayoría de los comerciantes aceptan tarjetas de crédito y débito de diferentes sistemas, incluyendo aquellas que tienen relativamente pocos clientes. Al mismo tiempo, consumidores poseen más de una tarjeta, aunque tienden a utilizar una favorita más a menudo". Traducción libre de: "Horizontal differentiation can result in customers choosing to join and use several platforms (...). Customers find certain features of different competing platforms attractive and therefore rely on several. Payment cards are an example of multi-homing on both sides. Most merchants accept credit and debit cards from several systems, including ones that have relatively small shares of cardholders. Many cardholders carry multiple cards, although they may tend to use a favorite one most often". EVANS y SCHMALENSSEE. Loc. Cit., pág. 166.

⁸⁸ Traducción libre de: "The shopping centre or mall is the agglomeration of selected multiple retailers and commercial service providers within a well planned, designed and managed building or a group of buildings as a unit". En: URBAN LAND INSTITUTION. "Shopping Center Development Handbook". International Council of Shopping Center. 1999. Official Website. 2002. Citado por: SHUN-TE YOU, Tony, Neil CROSBY, Colin LIZIERI y Philip McCANN. *The Management of Positive Inter-Store Externalities in Shopping Centres: Some Empirical*

109. Un administrador de un centro comercial diseña una adecuada mezcla de operadores o, por su nombre en inglés, *tenant mix*, como una forma de conseguir la mayor participación posible de consumidores en el centro comercial⁸⁹.
110. Un centro comercial cumple con los tres aspectos que caracterizan a una plataforma. De hecho, un centro comercial es un ejemplo paradigmático de plataforma⁹⁰.
111. En primer lugar, un centro comercial atiende a dos grupos de clientes que conforman su demanda: de un lado, atiende a los arrendatarios de establecimientos comerciales que ubican sus locales al interior del centro comercial; y, de otro lado, atiende a los consumidores que acuden al centro comercial para adquirir los bienes y servicios que se venden en los establecimientos comerciales.
112. En segundo lugar, los dos grupos de clientes mencionados se encuentran relacionados a través de la existencia de efectos de red indirectos. Los efectos de red indirectos implican que, por un lado, los establecimientos comerciales aumenten su rentabilidad mientras más consumidores acudan al centro comercial; y, por otro lado, los consumidores aumenten su excedente mientras más establecimientos comerciales se encuentren presentes en el centro comercial.
113. Como en los demás ejemplos de plataformas, la existencia de efectos de red indirectos en los centros comerciales se basa en la presencia de externalidades

Evidence. En: Henley Business School, Reading University, Real Estate & Planning Working Papers, pág. 3. Disponible en: <http://www.reading.ac.uk/LM/LM/fulltxt/1003.pdf>.

⁸⁹ Se debe tener en cuenta que un conglomerado de establecimientos generan beneficios para los administradores de centros comerciales que se derivan principalmente de las economías de escala y de alcance que pueden alcanzar. Por otro lado, el empaquetamiento de bienes y servicios en un sólo lugar tiene beneficios para los consumidores derivados de la posibilidad de poder realizar todas las compras en un sólo lugar puesto que se facilita la denominada compra comparada y, en relación con ello, se reducen sustancialmente los costos de búsqueda. No obstante, estos beneficios no tienen relación con la circunstancia de que los dos grupos de la demanda sean interdependientes. Es esta particularidad la que se tendrá en cuenta a efectos de analizar las particularidades comerciales de los centros comerciales. Ver: Tony SHUN-TE YUO, Neil CROSBY, Colin LIZIERI y Philip McCANN. *Tenant Mix Variety in Regional Shopping Centres: Some UK Empirical Analyses*. Henley Business School, Reading University in its series Real Estate & Planning Working Papers N° rep-wp2004-2. Disponible en: <http://www.reading.ac.uk/LM/LM/fulltxt/0204.pdf>.

⁹⁰ Al respecto se ha señalado: “Un número significativo de mercados operan bajo estas características. Considérese, como ejemplos específicos, los mercados de centros comerciales, medios de comunicación o tarjetas de crédito. Cuanto mayor sea el número de compradores atraídos hacia un centro comercial, mayor será la disposición de una tienda para localizarse en dicho centro comercial. Contrariamente, cuanto mayor sea el número de tiendas ubicadas en el centro comercial, mayor será la disposición de los compradores para acudir a dicho establecimiento”. Traducción libre de: “A significant number of real-life markets operates under these features. Consider, as specific examples, shopping malls, media markets, credit cards. The larger the number of shoppers attracted in a shopping mall, the higher the willingness of a retailer to locate in that shopping mall. Conversely, the larger the number of shops located in the shopping mall, the higher the willingness of shoppers to pay a visit to it”. Ver: GABSZEWICZ, Jean y Xavier WAUTHY. *Two-Sided Markets and Price Competition with Multi-homing*. Université Catholique de Louvain, Center for Operations Research and Econometrics (CORE), CORE Discussion Papers, N° 2004030, pág. 1. Disponible en: http://www.core.ucl.ac.be/services/psfiles/dp04/dp2004_30.pdf.

que se generan con ocasión de la mutua relación entre los dos grupos de la demanda⁹¹. Un ejemplo puede explicar esto de manera más gráfica:

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

Ahora bien, la futura interacción entre E2 y C1, generará externalidades (positivas) para futuros consumidores que eventualmente acudan al centro comercial X, ya que la presencia de E2 implica que existen más establecimientos en el centro comercial donde los consumidores pueden realizar sus compras; situación que produce incentivos para el incremento del número de consumidores en el centro comercial. De ese modo, eventualmente el grupo de consumidores C2 acudirá al centro comercial X⁹².

114. Por último, el administrador de un centro comercial logra que exista la interacción, al tiempo que la potencia, a través de la internalización de las externalidades existentes entre los dos grupos de la demanda. Para ello, el administrador establece un conjunto de reglas cuyo objetivo es lograr que los miembros de cada uno de los dos grupos de la demanda asuman los costos y beneficios que generan en los miembros de los otros grupos que participan en la interacción.
115. En tal sentido, los individuos que generan fuertes externalidades de carácter positivo en la interacción (normalmente, determinados establecimientos comerciales) son cargados por el centro comercial con un precio relativamente menor, promoviendo con ello su participación en la interacción. Del mismo modo, aquellos individuos que principalmente se benefician de las externalidades positivas que generan otros individuos, son cargados con un precio relativamente mayor, para poder tener acceso a la interacción⁹³.

⁹¹ De acuerdo a la definición general la internalización de las externalidades es el proceso mediante el cual se equiparan los costos o beneficios privados de manera que se equiparen a los costos o beneficios sociales.

⁹² Este aumento escalonado del valor para los miembros de cada uno de los grupos de la demanda, además, se tiende a repetir de forma sucesiva.

⁹³ Esto se puede explicar mejor a través de un ejemplo: Los establecimientos E1, y E2 están ubicados al interior de un centro comercial. Ambos cuentan con sendos locales comerciales con una extensión de 200 m² cada uno y pagan una renta mensual de S/. 100. El flujo de demanda, es decir los consumidores que atraen al centro comercial los dos establecimientos, es de 100 personas. Sin embargo, mientras que "E1" tiene el poder de atracción del 80% de la demanda, E2 sólo tiene el poder de atracción del 20% de la demanda. Además, todos los consumidores, una vez dentro del centro comercial, acuden a los dos establecimientos –es decir, existen externalidades positivas entre los establecimientos–. Como se puede apreciar, este escenario implica un desbalance entre los precios de los dos establecimientos, teniendo en cuenta el beneficio que cada uno de ellos otorga al centro comercial. En efecto, a pesar de que los dos establecimientos pagan un monto idéntico por concepto de renta, los beneficios que cada uno de ellos generan son distintos. Así, (i) E1 genera un beneficio de 80 personas para el centro comercial y paga S/. 100 de renta, y (ii) E2 genera un beneficio de 20 personas para el centro comercial y paga S/. 100 de renta. El principal objetivo de la plataforma es evitar que esta situación de desbalance se produzca.

116. De acuerdo a lo anterior, se desprende que el administrador de un centro comercial tiene como objetivo principal lograr y explotar la interacción entre dos grupos de demandantes: los establecimientos comerciales y los consumidores; a través de un conjunto de reglas destinadas a la internalización de las externalidades que se generan como consecuencia de la interacción entre ambos grupos.

b. Incentivos y estrategias de los centros comerciales

117. Los administradores de centros comerciales, como los de los otros tipos de plataformas, tienen como objetivo promover la interacción entre los dos grupos de clientes que componen su demanda. Para ello, acuden a políticas de precios y otras estrategias específicas de este tipo de mercado.

118. En el mercado de centros comerciales, típicamente, el grupo que conforman los establecimientos comerciales es el que paga por el acceso y uso de la plataforma, mientras que el grupo que conforman los consumidores accede y hace uso de la plataforma de manera gratuita (es decir, por debajo del costo). La racionalidad económica detrás de este tipo de estrategia comercial consiste en lograr que el segundo grupo se comprometa en la interacción.

119. La asimetría en la política de precios se presenta también respecto de los miembros del grupo de los establecimientos comerciales. Así, por ejemplo, es bastante conocido el caso de las tiendas ancla en los centros comerciales. Las tiendas ancla⁹⁴ representan arrendatarios estratégicos para los administradores de centros comerciales puesto que tienen una gran capacidad de atracción de consumidores, lo que genera fuertes externalidades positivas para los demás establecimientos que se encuentren en el centro comercial. Así, para lograr que estos arrendatarios estratégicos participen en la plataforma, los administradores de centros comerciales normalmente buscan asegurar, a través de la renta, que las externalidades positivas que generan les sean compensadas. Por ello, cargan al arrendatario estratégico una renta menor a la que cargan a los demás arrendatarios⁹⁵.

⁹⁴ Acerca de la definición de tienda ancla se ha señalado lo siguiente: “Un establecimiento amplio, como una tienda por departamentos o un supermercado, que se ubica en un centro comercial principalmente para atraer consumidores que se hagan también clientes de las otras tiendas del centro comercial”. Traducción libre de: “A large store, such as a department store or supermarket, that is prominently located in a shopping mall to attract customers who are then expected to patronize the other shops in the mall”. En: American Heritage Dictionary. Disponible en: www.answer.com.

⁹⁵ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “Un argumento bastante conocido es que los consumidores son atraídos hacia los centros comerciales debido a la presencia de las muy conocidas tiendas ancla – invariablemente, tiendas por departamento con nombres reconocidos. Mediante la generación de tráfico de consumidores en el centro comercial, las tiendas ancla generan externalidades positivas a través del aumento en las ventas o la reducción de costos publicidad u otros costos similares para el resto de empresas ubicadas en el centro comercial. En ese sentido, estas tiendas pueden aprovecharse de la reputación de las tiendas ancla. Si esas externalidades son significativas, la competencia entre los administradores de centros comerciales generará que internalicen este exceso de demanda otorgando subsidios en la renta a las tiendas ancla y cobrando altas rentas a los establecimientos que se benefician de las mencionadas externalidades”. Traducción libre de: “A common claim is that consumers are attracted to malls because of the presence of well-known anchor stores -invariably department stores with recognized names. By generating mall traffic, anchors create external economies by indirectly increasing sales and/or reducing promotion and other costs of a host of smaller mall stores. Lesser-known stores can free ride off the reputations of anchors. If these externalities are important, competition among mall developers will internalize these demand spillovers by giving

120. Además de la política de precios, el administrador de un centro comercial recurre a otras estrategias comerciales para lograr la interacción como, por ejemplo, los acuerdos entre arrendatarios, los cargos por servicios, los incentivos o exclusividades⁹⁶ con arrendatarios estratégicos⁹⁷, entre otras obligaciones o regulaciones⁹⁸.
121. Cabe señalar que el administrador de un centro comercial puede utilizar distintos tipos de estrategias, lo que dependerá de los clientes que atiende, del propio desarrollo de la plataforma, de las condiciones del mercado, entre otros factores⁹⁹. En general, las estrategias comerciales de los centros comerciales toman en cuenta tres elementos importantes.
122. En primer lugar, se debe identificar a los arrendatarios estratégicos, esto es, aquellos arrendatarios que generan importantes externalidades. Sobre el particular, se debe considerar que todos los establecimientos generan y reciben externalidades¹⁰⁰. Por tanto, no puede plantearse una distinción tajante entre

rent subsidies to anchors and by charging higher rents to mall tenants that benefit from spillovers". En: PASHIGIAN, Peter y Eric GOULD. *Internalizing Externalities: the Pricing of Space in Shopping Malls*. En: *Journal of Law and Economics*, 1998, vol. 41, N° 1, pág. 116.

Del mismo modo se ha indicado: "Los analistas de la forma en que los administradores e inversores manejan el arrendamiento en los centros comerciales –y, de esa forma crean el tenant mix inicial– concuerdan en que el arrendamiento inicial debe incluir una o más tiendas ancla (...). La tienda ancla es siempre un establecimiento grande y suficientemente conocido, tanto en términos de calidad, precio o función, de modo que se convierte en un destino en sí mismo. Otros establecimientos se agruparán en torno a ésta y se beneficiarán del tráfico de clientes que ella genera. La elección de las tiendas ancla es, por ello, vital para el éxito total del tenant mix. Su ubicación crea flujos de consumidores a su alrededor. Por medio de una gestión adecuada, las tiendas ancla podrán maximizar el potencial de ventas y, en ese sentido, los ingresos por alquileres del área arrendable, atrayendo clientes hacia todas las áreas del centro comercial". Traducción libre de: "Analysts of the ways developers and investors let shopping centres, and thereby create the initial tenant mix, agree that the initial critical lettings are to one or more anchor tenants (...). The anchor store is always relatively large and sufficiently well regarded, either in terms of quality, price or function, to be a destination in its own right. Other outlets will cluster about it and feed off the shopping traffic it generates. The choice of anchor tenants is therefore vital to the success of the overall tenant mix. The location of anchors within the centre creates pedestrian flows. By careful management, these can maximize sales potential and therefore rental income from the available floor space, attracting shoppers to all areas of the centre". En: DOWNIE, Mary Lou, Peter FISHER y Cheryl WILLIAMSON." Loc. Cit., pág. 6.

⁹⁶ En: S/A. *The Antitrust Implications of Restrictive Covenants in Shopping Center Leases*. En: *Harvard Law Review*, 1973, vol. 86, N° 7. pp. 1201-1249.

⁹⁷ Los acuerdos entre el administrador de un centro comercial y un establecimiento comercial se presentan como acuerdos de exclusividad entre el administrador del centro comercial y los arrendatarios que son considerados estratégicos. La regla general es que el administrador del centro comercial, en ciertos casos, beneficia a los arrendatarios estratégicos mediante acuerdos en donde se comprometen a no arrendar espacios comerciales, dentro del centro comercial, a otros agentes económicos que puedan resultar competidores del arrendatario estratégico. Ver al respecto: EVANS, David. *The Antitrust Economics Of Multi-Sided Platform Markets*. En: *Yale Journal on Regulation*, 2003, vol. 20, pág. 285.

⁹⁸ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "La gestión y los procesos de internalización se logran a través de la distribución de las obligaciones y los recursos entre los arrendatarios, tales como alquileres, cargos por servicio, incentivos en el arrendamiento y otras obligaciones y regulaciones no monetarias". Traducción libre de: "Management and internalisation processes are accomplished through the distribution of obligations and resources among tenants, such as rents, service charges, leasing incentives and other non-monetary obligations and regulations". SHUN-TE YOU, Tony y Otros. Loc. Cit., pág. 2.

⁹⁹ EVANS, David. *The Antitrust Economics Of Multi-Sided Platform Markets*, Loc. Cit. pág. 264.

¹⁰⁰ Como se ha señalado: "La ambigüedad en relación con los que generan efectos positivos es otro problema. ¿Quién es el generador? En general, en un centro comercial todos los arrendatarios tienen un papel en la generación de economías de ámbito, en las externalidades derivadas del poder de atracción de los

aquellos arrendatarios que generan externalidades y aquellos que reciben externalidades¹⁰¹.

123. Existe consenso acerca de que las tiendas por departamento¹⁰² son siempre arrendatarios estratégicos. Salvo por ese caso, normalmente será necesario realizar un análisis casuístico para identificar a los arrendatarios que generarán un flujo casi seguro de consumidores hacia el centro comercial. Ello dependerá en gran medida del criterio comercial del administrador del centro comercial.
124. En segundo lugar, se debe establecer el nivel de externalidades positivas que está en capacidad de generar un arrendatario estratégico¹⁰³. Esto determinará, a su vez, el nivel de beneficios que a dicho arrendatario estratégico deberá otorgársele.
125. Por último, el administrador del centro comercial debe decidir el mecanismo que utilizará para compensar al arrendatario estratégico por las externalidades positivas que generará en el centro comercial.
126. El manejo de estas variables (la identificación de los arrendatarios estratégicos, el nivel de beneficios que generan y los mecanismos de compensación) es complejo y puede tomar diversas formas. No obstante, se reconoce como parte de las facultades del administrador de un centro comercial los de diseñar y llevar a cabo estas estrategias comerciales a fin de conseguir la interacción de los dos grupos de clientes que componen su demanda. De hecho, sin estos mecanismos, un centro comercial no sería económicamente viable.

c. Poder de mercado y competencia

127. La existencia de efectos de red indirectos entre los dos grupos de clientes que atiende un centro comercial tiende a generar concentración del poder mercado alrededor de dicha plataforma. Así, mientras más consumidores tenga un centro

consumidores que cada tienda tiene, en la variedad, en los servicios de soporte, etc. De ahí que sea difícil determinar quién depende de quién". Traducción libre de: "Ambiguity in positive effects generators is another problem. Who is the generator? In general, every tenant in the shopping centre has a role in the whole agglomeration economies environment, on customer drawing power spillover, on variety, on supportive services...etc. It is hard to distinguish who relies upon whom". En: SHUN-TE YOU, Tony y Otros. Loc. Cit., pág. 3.

¹⁰¹ Nos referimos a externalidades positivas aunque, ciertamente, también deben tenerse en cuenta, cuando se presenten, las externalidades negativas.

¹⁰² Sobre la definición de tienda por departamento, se ha señalado lo siguiente: "Una gran tienda de ventas al por menor que ofrece una gran variedad de bienes y servicios, organizados en diferentes secciones". Traducción libre de: "A large retail store offering a variety of merchandise and services and organized in separate departments". En: American Heritage Dictionary. Disponible en: www.answer.com.

¹⁰³ Se hace referencia a las externalidades de carácter positivo entre los establecimientos del centro comercial. No obstante, es posible que existan externalidades de carácter negativo, circunstancia que también debe ser tomada en cuenta por el administrador del centro comercial. En efecto, es posible que un establecimiento no sólo genere una reducida demanda sino que tenga una influencia negativa sobre la demanda de los establecimientos adyacentes. Al respecto, se ha señalado que: "Un tenant mix bien diseñado e implementado puede además prevenir externalidades negativas entre los arrendatarios, lo que se realiza mediante la selección de los establecimientos y la zonificación de ellos en diversas categorías. Traducción libre de: "A well designed and implemented tenant mix strategy can also prevent negative effects among tenants by tenant selection or zoning specific retail categories". En: SHUN-TE YOU, Tony y Otros. Loc. Cit., pág. 6.

comercial, más arrendatarios de establecimientos comerciales estarán dispuestos a usar un espacio en este centro comercial y, a su vez, mientras más establecimientos comerciales estén presentes en el centro comercial, más consumidores estarán dispuestos a acudir a dicho centro comercial.

128. De otro lado, el *multihoming* es un factor que incentiva la competencia entre centros comerciales, generando dispersión del poder de mercado que pudiera tener alguno de ellos. Los centros comerciales pueden promover el *multihoming* diferenciándose entre sí, en función de la calidad específica de los bienes y servicios que se ofrecen en sus establecimientos (diferenciación vertical), o en función del tipo de bienes y servicios que se ofrecen en el centro comercial (diferenciación horizontal).
129. Por último, cabe señalar que el poder de mercado del administrador de un centro comercial implica que dicho agente debe tener, de manera simultánea, influencia sobre los arrendatarios de establecimientos comerciales y sobre los consumidores. Ello dependerá de la fuerza de los efectos de red indirectos entre los dos grupos de clientes que atiende, así como de la competencia que exista con otras plataformas u otro tipo de establecimientos comerciales por la atención de alguno de los grupos de clientes que componen su demanda.

5.2. Definición del mercado relevante

130. La determinación del mercado relevante se realiza definiendo el mercado de producto y el mercado geográfico. El mercado de producto relevante incluye todos los bienes o servicios que, desde el punto de vista del consumidor, son sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). El mercado geográfico relevante incluye la zona geográfica donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los que el consumidor o cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado.
131. Sobre el particular, Administradora Jockey Plaza ha señalado que el mercado relevante sería el mercado (aguas arriba) en el que opera mientras que el mercado afectado sería el mercado (aguas abajo) donde operan Sigdelo y Arcos Dorados. Por lo tanto, Administradora Jockey Plaza ha señalado que competiría en el mercado de arrendamiento de locales comerciales en Lima Metropolitana y Callao, con un área de influencia primaria en los distritos de Santiago de Surco, La Molina, San Borja, San Isidro y parte de San Luis y La Victoria.
132. Por su parte, Sigdelo ha señalado que Administradora Jockey Plaza es proveedor de locales para restaurantes de comida rápida, como McDonald's o Burger King, razón por la cual, el mercado relevante estaría conformado por todas aquellas áreas utilizables por este tipo de establecimientos. Asimismo, ha señalado que en Lima existen diversas áreas comerciales que ofrecen las mismas ventajas que un centro comercial. Por lo tanto, Sigdelo ha señalado que el mercado relevante estaría conformado por el arrendamiento de todo tipo de establecimientos ubicados en las distintas zonas de Lima.

133. Finalmente, Arcos Dorados ha señalado que resulta indispensable definir el mercado relevante atendiendo a las características del mercado afectado. En ese sentido, considerando que los consumidores de comida de rápida que se encuentran en el Jockey Plaza tienen como única opción de consumo a los establecimientos ubicados al interior de dicho centro comercial, el mercado afectado y el mercado relevante estarían conformados por el Jockey Plaza.
134. Al respecto, cabe señalar que esta Comisión discrepa de los argumentos planteados por Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, debido principalmente a que no han tenido en cuenta que los centros comerciales poseen características de plataformas, circunstancia que implica analizar la existencia de alternativas de sustitución no sólo para los arrendatarios de establecimientos en centros comerciales sino también para los consumidores que acuden a dichos centros comerciales.
135. Por otro lado, esta Comisión no comparte los argumentos planteados por Arcos Dorados. En efecto, si bien la definición de mercado relevante debe tener en cuenta la definición del mercado afectado, no es cierto que el primero deba tener el mismo alcance que el segundo. Por el contrario, esta Comisión considera que, en determinados casos, el mercado relevante y el mercado afectado podrían tener alcances distintos¹⁰⁴. Asimismo, para el análisis de sustituibilidad, no es correcto tener en cuenta la perspectiva de los consumidores que se encuentran en el Jockey Plaza sino que se debe considerar el punto de vista de los consumidores que acuden o podrían acudir a este centro comercial.
136. A continuación, se presenta la definición del mercado relevante realizada por esta Comisión, que incluye la determinación del servicio en cuestión (punto de partida) y el análisis de sustituibilidad correspondiente.

5.2.1. Servicio en cuestión

137. Como se ha señalado, existen dos elementos que deben considerarse para la definición del mercado relevante en el presente caso. El primer elemento está representado por las características del acuerdo para negarse a contratar y el segundo elemento consiste en el carácter de plataforma que tienen los centros comerciales y, en particular, el Jockey Plaza.
138. En lo que se refiere al primer elemento, cabe recordar que el acuerdo para negarse a contratar consistió en que Administradora Jockey Plaza se comprometió a no arrendar a Arcos Dorados ningún establecimiento comercial en el Jockey Plaza. Así, considerando el servicio solicitado por Arcos Dorados y el alcance de la negativa concertada entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, esta Comisión considera que el servicio en cuestión consiste en el arrendamiento de espacios en centros comerciales similares al Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's.

¹⁰⁴ Ver Resolución 009-2010/CLC-INDECOPI del 4 de febrero de 2010, correspondiente al procedimiento iniciado por Aero Servicios S.A.C. contra Petróleos del Perú – PETROPERU S.A., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de combustible de aviación Turbo Jet A1 en la zona norte del país.

139. Por su parte, el segundo elemento permitirá determinar la existencia de sustitutos adecuados al servicio en cuestión. En ese sentido, a continuación se presenta el análisis de sustituibilidad realizado por esta Comisión, considerando el carácter de plataforma que tienen los centros comerciales y, en particular, el Jockey Plaza.

5.2.2. Análisis de sustituibilidad

140. Teniendo en cuenta que el servicio en cuestión es provisto por una plataforma que atiende a dos tipos de clientes, para realizar el análisis de sustituibilidad, es importante identificar previamente las características de cada uno de estos tipos de clientes.
141. Como se señaló en la sección 5.1., un centro comercial atiende a dos grupos de clientes que conforman su demanda. Estos son los arrendatarios de establecimientos comerciales que desean ubicarse en el centro comercial y los consumidores que desean acudir al centro comercial para adquirir bienes y servicios.
142. En este caso, de acuerdo a la definición del servicio en cuestión, los arrendatarios buscan espacios en centros comerciales similares al Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's. Por su parte, los consumidores acuden a centros comerciales similares al Jockey Plaza porque buscan adquirir una combinación de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's.
143. Los arrendatarios que buscan espacios en centros comerciales similares al Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's, quieren acceder a un grupo de consumidores que no necesariamente acude al centro comercial para adquirir hamburguesas sino para consumir otro tipo de bienes o servicios que ofrecen los demás locales del centro comercial.
144. Al respecto, de acuerdo al Segundo Informe de Arcos Dorados, los consumidores que acuden a un centro comercial lo hacen por diversas razones, entre las que destacan las siguientes: comprar ropa o calzado (38.2%), pasear y conocer (25.8%), usar el servicio bancario (16.1%), entre otras.
145. De esta forma, los arrendatarios se benefician de los efectos de red indirectos generados por los consumidores que acuden al centro comercial para adquirir una combinación de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas.
146. Cabe señalar que los arrendatarios de establecimientos ubicados en un centro comercial no consideran el arrendamiento de establecimientos *free standing* como un sustituto adecuado, debido a que los consumidores que buscan atender no son los que acuden al centro comercial por un bien o servicio específico sino aquellos que acuden por un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se

puede encontrar la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's.

147. De igual manera, los consumidores de los establecimientos ubicados en un centro comercial no consideran como un sustituto adecuado a los establecimientos *free standing* en los que sólo es posible adquirir hamburguesas, debido a que no acuden al centro comercial por un bien o servicio específico sino por un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's.
148. En tal sentido, los arrendatarios y los consumidores, que son los dos tipos de clientes que conforman la demanda del Jockey Plaza, no consideran como un sustituto adecuado a los establecimientos *free standing*.
149. Una vez identificados los dos tipos de clientes que conforman la demanda del Jockey Plaza, corresponde determinar cuáles son los centros comerciales que pueden ser considerados sustitutos adecuados del Jockey Plaza.
150. Como se ha señalado, en los mercados con características de plataformas, es común que los dos tipos de clientes que conforman su demanda realicen *multihoming*, es decir, acudan a más de una plataforma. Por lo tanto, el análisis de sustituibilidad tendrá en cuenta la característica de *multihoming* que pueden presentar los centros comerciales, para definir de manera adecuada el mercado relevante.

a. Características relevantes de los centros comerciales

151. Los arrendatarios y los consumidores consideran determinadas características de los centros comerciales que son relevantes para tomar la decisión de arrendar un espacio o de acudir a ellos, respectivamente.
152. Considerando la existencia de efectos de red indirectos entre ambos lados de la demanda, las características relevantes de los centros comerciales que tienen en cuenta sus dos tipos de clientes son –en mayor o menor medida– las mismas.
153. En ese sentido, entre las características relevantes de los centros comerciales que tienen en cuenta ambos lados de la demanda, se encuentran el *tenant mix*, el área arrendable, el flujo de visitantes, la frecuencia de visitas al mes, el nivel socioeconómico que atiende y el costo del ticket promedio.
154. Si se analiza –con información del 2007– el área arrendable, el flujo de visitantes y la frecuencia de visitas al mes, el Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Mega Plaza son los centros comerciales más similares entre sí. Sin embargo, si se incorpora al análisis el nivel socioeconómico de los consumidores que atienden estos tres centros comerciales y el costo del ticket promedio, Mega Plaza se aleja del Jockey Plaza y Plaza San Miguel.
155. En lo que se refiere al *tenant mix*, un indicador de esta característica es la distribución del área asignada por tipo de tienda. El análisis de *cluster* contenido en el Informe Técnico consideró este indicador y otras características de los

centros comerciales y concluyó que el máximo nivel de similitud se encontraba entre el Jockey Plaza y Plaza San Miguel (para mayor detalle, ver Anexo I).

156. Por lo tanto, de acuerdo al análisis de sus características relevantes, los centros comerciales que pueden ser considerados sustitutos adecuados por ambos lados de la demanda son el Jockey Plaza y Plaza San Miguel. A continuación, se complementará este análisis teniendo en cuenta la característica de *multihoming* que pueden presentar los centros comerciales, para definir de manera adecuada el mercado relevante.

b. *Multihoming*

157. Si bien el análisis de sus características relevantes indica que los centros comerciales que pueden ser considerados sustitutos adecuados por ambos lados de la demanda son el Jockey Plaza y Plaza San Miguel, al evaluar si los dos tipos de clientes de estos centros comerciales realizan *multihoming*, se observa lo siguiente:

- a. Por el lado de los arrendatarios que buscan espacios en el Jockey Plaza y Plaza San Miguel, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's; se observa que este tipo de clientes realiza *multihoming*, pues arriendan locales tanto en el Jockey Plaza como en Plaza San Miguel¹⁰⁵.
- b. Por el lado de los consumidores que acuden al Jockey Plaza y Plaza San Miguel porque buscan adquirir una combinación de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's; se observa que un limitado porcentaje de este tipo de clientes realiza *mutihoming* entre el Jockey Plaza y Plaza San Miguel. En efecto, de acuerdo a la encuesta presentada en el Informe de Arellano, sólo el 43% de los que compraron en el Jockey Plaza también compraron en Plaza San Miguel, en los últimos tres meses. Asimismo, sólo el 32% de los que compraron en Plaza San Miguel también compraron en el Jockey Plaza, en los últimos tres meses¹⁰⁶.

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

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, Burger King y Bombos arriendan locales tanto en el Jockey Plaza como en Plaza San Miguel.

¹⁰⁶ La ficha técnica de esta encuesta señala que el público objetivo estaba conformado por hombres y mujeres entre 18 y 65 años de edad que han comprado o hecho uso de un servicio en un centro comercial en los últimos tres meses. Asimismo el ámbito geográfico fue Lima y Callo y el tamaño de la muestra fue de 1,067 casos. Finalmente, se señala que el error muestral es de +3.0 para un nivel de confianza de 95%.

159. Por lo tanto, si bien existe alguna similitud entre las referidas características relevantes del Jockey Plaza y Plaza San Miguel, teniendo en cuenta que la mayoría de consumidores no realiza *multihoming* entre ambos centros comerciales, esta Comisión considera que pertenecen a mercados distintos¹⁰⁷.
160. Adicionalmente, si se tiene en cuenta que las áreas de influencia del Jockey Plaza y Plaza San Miguel son distintas, es comprensible que el porcentaje de consumidores que efectivamente acude a ambos centros comerciales sea limitado. En efecto, es probable que el porcentaje de consumidores que acude al Jockey Plaza y no a Plaza San Miguel esté representado por aquellos consumidores que se encuentran en el área de influencia del Jockey Plaza¹⁰⁸. Al respecto, según la propia Administradora Jockey Plaza, el área de influencia del Jockey Plaza está conformada por los distritos de Santiago de Surco, La Molina, San Borja, San Isidro y parte de San Luis y La Victoria. En cambio, el área de influencia de Plaza San Miguel está conformada por los distritos de San Miguel, Callao, Lince, Magdalena, Jesús María, San Isidro y Miraflores¹⁰⁹.
161. Por último, cabe precisar que el análisis de las características relevantes de los centros comerciales y la evaluación del *multihoming* entre el Jockey Plaza y Plaza San Miguel se han realizado sobre la base de información correspondiente al 2007. En ese sentido, considerando que en el 2007 no existían centros comerciales que pudieran ser considerados sustitutos adecuados del Jockey Plaza, esta Comisión considera que en el resto del periodo investigado (1997-2007), cuando existían todavía menos centros comerciales comparables al Jockey Plaza¹¹⁰, tampoco existían centros comerciales que pudieran ser considerados sustitutos adecuados del Jockey Plaza.

5.2.3. Conclusión sobre el mercado relevante

162. Por lo tanto, atendiendo a las características del acuerdo para negarse a contratar y al carácter de plataforma que tienen los centros comerciales, y teniendo en cuenta que, durante el periodo investigado (1997-2007), no existían centros comerciales que pudieran ser considerados sustitutos adecuados del Jockey Plaza, esta Comisión considera que el mercado relevante estuvo definido por el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's.

¹⁰⁷ Al respecto, cabe destacar el aporte de Armstrong y Wright (Two Sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts. November, 2005). Estos autores presentan un modelo en el que se plantea un mercado de plataformas, que son percibidas como homogéneas por un grupo de clientes (en este caso, los arrendatarios) y heterogéneas por otro grupo de clientes (en este caso, los consumidores). Esto refleja el hecho que en muchos mercados de plataformas que involucran vendedores y compradores, los vendedores (arrendatarios) perciben a las plataformas como más o menos homogéneas (teniendo en cuenta el número de compradores de las plataformas), mientras que los compradores (consumidores) suelen tener preferencias por una plataforma en lugar de otra.

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

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

¹¹⁰ Al respecto, cabe recordar que Mega Plaza inició sus operaciones en noviembre de 2002.

5.3. Determinación de la existencia de posición de dominio

163. La determinación de la existencia de posición de dominio consiste en analizar si, en el mercado relevante previamente definido, existe algún agente económico que tenga la capacidad para influir, en forma sustancial, en las condiciones de oferta o demanda del mercado, sin que los demás agentes económicos (competidores, proveedores o clientes) tengan la capacidad para disciplinar su comportamiento. Así, el análisis se concentra en la fortaleza de determinado agente económico que participa en el mercado relevante en relación con la capacidad de respuesta de sus competidores actuales y potenciales. De ahí que el enfoque tradicional de determinación de la existencia de posición de dominio evalúe las condiciones estructurales del mercado, a saber, el número y el tamaño de los competidores y las condiciones de entrada, entre otros.
164. Sobre el particular, Arcos Dorados ha señalado que Administradora Jockey Plaza tiene posición de dominio en el mercado de arrendamiento de espacios para la venta de comida rápida en el Jockey Plaza (por el lado de la oferta), debido a que es el único proveedor que existe en dicho mercado. Asimismo, Arcos Dorados ha señalado que Sigdelo tiene posición de dominio en el mercado de arrendamiento de espacios para la venta de comida rápida en el Jockey Plaza (por el lado de la demanda), debido a la cantidad y el prestigio de las marcas que maneja.
165. Por otro lado, Administradora Jockey Plaza ha señalado que no tiene posición de dominio en el mercado de arrendamiento de locales comerciales en Lima y Callao, debido a la gran cantidad de proveedores (otros centros comerciales y zonas comerciales) y las bajas barreras de entrada que existen en dicho mercado. Por su parte, Sigdelo ha señalado que Administradora Jockey Plaza no tiene posición de dominio en el mercado de arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida, debido a que en Lima existe una amplia oferta de áreas con elevada concentración de consumidores. Asimismo, Sigdelo ha señalado que no tiene posición de dominio, debido a que existen diversas alternativas en la oferta de restaurantes y los costos de acceso a este mercado no son significativos.
166. Al respecto, como se ha señalado, esta Comisión discrepa de las definiciones del mercado relevante realizadas por Administradora Jockey Plaza y Sigdelo. En ese sentido, no es posible amparar los argumentos de las denunciadas en relación con la determinación de la existencia de posición de dominio.
167. En lo que se refiere a los argumentos de Arcos Dorados, si bien el mercado relevante definido por la denunciante coincide con el definido en la presente Resolución, como se ha señalado, esta Comisión discrepa de los argumentos utilizados por Arcos Dorados para llegar a esta definición. Asimismo, cabe señalar que, a diferencia del análisis planteado por Arcos Dorados para la determinación de la existencia de posición de dominio, la evaluación de esta Comisión incluye un análisis de cuotas de mercado y de barreras de entrada y competencia potencial.

168. A continuación, se presenta el análisis realizado por esta Comisión para determinar si Administradora Jockey Plaza o Sigdelo tienen posición de dominio en el mercado relevante previamente definido.

5.3.1. Evaluación de la posición de dominio de Administradora Jockey Plaza

a. Análisis de cuotas de mercado

169. Un primer indicador de la posible existencia de posición de dominio es la cuota de mercado del supuesto dominante y las de sus competidores actuales. Específicamente, debe evaluarse la participación de mercado de la empresa investigada, las de sus competidores y su evolución a lo largo del tiempo, como factor importante para determinar la existencia de posición de dominio.

170. Así, se ha considerado que una alta cuota de mercado (por ejemplo, mayor a 50%) sostenida a lo largo del tiempo (por ejemplo, durante tres años) es un indicador de la existencia de posición de dominio¹¹¹. La empresa que puede tener esta posición de dominio necesariamente será aquella que tiene la mayor participación de mercado. Sin embargo, cabe precisar que una alta cuota de mercado es una condición necesaria pero no suficiente para determinar la existencia de posición de dominio.

171. En lo que se refiere a las participaciones de mercado de los competidores actuales del supuesto dominante, se ha considerado que el hecho que estas empresas tengan cuotas de mercado significativamente más bajas es un indicador de la existencia de posición de dominio. Por el contrario, el hecho que los competidores actuales del supuesto dominante tengan cuotas de mercado importantes es un indicador de la existencia de agentes económicos con la capacidad de disciplinar el comportamiento del supuesto dominante.

172. En el presente caso, considerando que el mercado relevante estuvo definido por el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's, es posible afirmar que Administradora Jockey Plaza tuvo una participación equivalente al 100% en el referido mercado relevante.

b. Análisis de barreras de entrada y competencia potencial

173. Adicionalmente a la evaluación de cuotas de mercado, es importante analizar las barreras de entrada al mercado y la competencia potencial. Ello, considerando que bajas barreras de entrada y la existencia de competencia potencial podrían disciplinar el comportamiento de la empresa investigada, eliminando la posibilidad de que tenga posición de dominio. Las barreras de entrada son factores que impiden o disuaden el ingreso de empresas nuevas en un mercado.

174. En general, las barreras de entrada deben ser evaluadas en términos del costo y del tiempo relativo que podría tomar a las empresas nuevas ingresar al mercado

¹¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, recaída en el caso 62/86, AKZO Chemie B. V. c. Comisión, del 3 de julio de 1991, pág. I-3359.

y en función a la probabilidad de que dichas empresas estén dispuestas a correr con el costo y el riesgo que ello implica.

175. Sobre el particular, es posible identificar diversas características de la operación de Administradora Jockey Plaza que representan fortalezas de dicho agente económico y, al mismo tiempo, elementos que pueden disuadir el ingreso de empresas nuevas al mercado. Específicamente, Administradora Jockey Plaza cuenta con un amplio terreno¹¹², una extensa área construida¹¹³, una ubicación estratégica¹¹⁴, una gran variedad en su *tenant mix*¹¹⁵, acceso al financiamiento de un grupo empresarial internacional (el Grupo Altas Cumbres¹¹⁶) y una importante preferencia de los consumidores¹¹⁷. Estas características podrían haber disuadido el ingreso de nuevos centros comerciales al mercado relevante, debido al riesgo de tener que enfrentar a un agente económico con las fortalezas de Administradora Jockey Plaza.
176. De acuerdo a lo anterior, los siguientes factores podrían haber dificultado el ingreso de nuevos centros comerciales que compitieran con el Jockey Plaza en el mercado relevante: la no disponibilidad de amplios terrenos¹¹⁸, el nivel de inversiones requerido¹¹⁹ y los requisitos legales¹²⁰ que tendría que haber

¹¹² Administradora Jockey Plaza contó con un área de terreno de 130 000 m2 arrendable por 40 años y prorrogables por similar periodo. Fuente: Memoria anual de 2000 de Administradora Jockey Plaza, pág. 12. Disponible en: <http://www.smv.gob.pe/>

¹¹³ Administradora Jockey Plaza contó con un área construida de 108 000 m2 hasta el 2005 y de 152 005 m2 para el 2006 y 2007. Fuente: Memoria anual de 2002, 2004, 2005, 2006 y 2007 de Administradora Jockey Plaza, pág. 8. Disponible en: <http://www.smv.gob.pe/>

¹¹⁴ Administradora Jockey Plaza encuentra ubicada en el cruce de dos avenidas importantes de la ciudad, teniendo como zona de influencia entre 380 000 y 420 000 familias del nivel socioeconómico A y B. Fuente: Memoria anual de 2000 y 2007 de Administradora Jockey Plaza, pág. 12 y 17, respectivamente. Disponible en: <http://www.smv.gob.pe/>. Asimismo, REGALADO, Otto; FUENTES, César y otros. Óp. Cit., pág. 99 identificaron la misma información.

¹¹⁵ REGALADO, Otto; Fuentes, César y otros. Óp. Cit., pág. 100.

¹¹⁶ El Grupo Altas Cumbres es un grupo empresarial con inversiones en el sector financiero, inmobiliario y de seguros en ocho países. Desde diciembre del 2005, Administradora Jockey Plaza es subsidiaria del Grupo Altas Cumbres, a través de las empresas Inmobiliaria del Alto Lima S.A. e Inversiones Puerto Nuevo S.A. (accionistas de Administradora Jockey Plaza). Fuente: Class & Asociados, pág. 3.

¹¹⁷ ARELLANO INVESTIGACION DE MARKETING S.A. Centros Comerciales, Lima, 2007, págs. 20 y 29.

¹¹⁸ REGALADO, Otto y otros indicaron lo siguiente: "(...) *la escasez de terrenos para grandes edificaciones y ubicaciones comerciales de potencial crecimiento representa barreras de entrada difíciles de superar*". Óp. Cit. pág. 152.

Asimismo, ver "Auge Comercial". El Comercio. Lima 18 de setiembre de 2006. En la nota periodística se recogió lo siguiente: " (...) ¡SE BUSCAN TERRENOS! Cada vez que se les pregunta, los operadores señalan que es muy difícil encontrar paños grandes de terrenos en zonas comercialmente atractivas. "No se han guardado zonas y terrenos comerciales grandes en la ciudad. Se ha lotizado terrenos muy pequeños y si quieres agrupar varios de ellos resulta sumamente caro. Encima, los pocos terrenos atractivos que existen tienen problemas legales, de sucesión, etc. Encontrar una propiedad en estado virginal --legalmente hablando-- es casi imposible", afirma Eric Rey de Castro, director gerente de la inmobiliaria Colliers Internacional (...)". Disponible en: <http://elcomercio.pe/edicionimpresa/html/2006-09-18/lmEcDia10579651.html>.

¹¹⁹ BANCO CENTRAL DE RESEVA DEL PERU (BCRP). Memoria 2009 y 2010, págs. 41 y 45, respectivamente. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe>. Por ejemplo, el monto de inversión para el proyecto Centro Comercial Plaza Norte fue de 180 millones de dólares y para Angamos Open Plaza fue de 100 millones de dólares.

cumplido un agente económico para iniciar operaciones¹²¹, tales como la licencia de construcción, la licencia de zonificación, la licencia de funcionamiento, la Autorización Municipal de Funcionamiento de Establecimiento Comercial de la Municipalidad, la Inspección Técnica de Seguridad¹²², entre otros.

177. En ese sentido, teniendo en cuenta las características de Administradora Jockey Plaza, así como los requerimientos operacionales (básicamente, terreno e inversión) y los requisitos legales identificados, es posible afirmar que existieron elementos que podrían haber disuadido el ingreso nuevos centros comerciales al mercado relevante.
178. Finalmente, el hecho que, durante el periodo investigado (1997-2007), no hayan ingresado nuevos centros comerciales a competir con el Jockey Plaza en el mercado relevante es un indicador de que existieron altas barreras de entrada y de que Administradora Jockey Plaza no enfrentó competencia potencial, ni de los centros comerciales existentes (que podrían haber tratado de alcanzar las características del Jockey Plaza) ni de nuevos centros comerciales.

5.3.2. Conclusión sobre la existencia de posición de dominio de Administradora Jockey Plaza

179. Por lo tanto, teniendo en cuenta la alta cuota de mercado de Administradora Jockey Plaza, la existencia de altas barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial, esta Comisión considera que, durante el periodo investigado (1997-2007), Administradora Jockey Plaza ostentó posición de dominio en el mercado relevante previamente definido como el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's.
180. De acuerdo a lo anterior, se ha acreditado el cumplimiento del segundo requisito para que se configure la conducta denunciada¹²³. En tal sentido, corresponde

¹²⁰ "Auge Comercial". El Comercio. Lima 18 de setiembre de 2006. En la nota periodística se identificó la relevancia para el desarrollo del sector de centros comerciales del Reglamento de Edificaciones, zonificación y la licencia de funcionamiento. Disponible en: <http://elcomercio.pe/edicionimpresa/html/2006-09-18/lmEcDia10579651.html>.

¹²¹ REGALADO y otros indicaron lo siguiente: "(...) En la entrevista sostenida con la gerente comercial y de marketing del Jockey Plaza, se mencionó como una amenaza los tiempos que implican los trámites municipales y con Defensa Civil. Por ende, estas amenazas impactan con los plazos de construcción y ampliación del centro comercial". Óp. Cit. pág. 109.

¹²² Informe de Inspección Técnica de Seguridad en Defensa Civil DS 013-2000-PCM. Disponible en: http://www.minsa.gob.pe/oqdn/cd1/pdf/ECl_16/parte4.pdf.

¹²³ Como se ha señalado en el punto 3.3. de la sección III de la presente Resolución, para que una conducta pueda ser calificada como una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, se debe acreditar el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos:

- i. Que existió un acuerdo o práctica concertada para negarse a contratar.
- ii. Que uno de los agentes que participó en el acuerdo ostentaba posición de dominio.
- iii. Que la conducta produjo o pudo producir efectos anticompetitivos.

Si se determina que estos requisitos se cumplen, se deberá verificar si no existe una justificación comercial válida para la conducta denunciada.

analizar si se presentan los demás requisitos para que se configure la conducta denunciada.

5.3.3. Evaluación de la presunta posición de dominio de Sigdelo

181. Como se ha señalado, para que una conducta pueda ser calificada como una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, se debe acreditar —entre otros requisitos— que uno de los agentes que participó en el acuerdo ostentaba posición de dominio. De acuerdo a lo anterior, no es necesario determinar que los dos agentes que participaron en el acuerdo ostentaban posición de dominio.
182. En el presente caso, teniendo en cuenta que se ha determinado que Administradora Jockey Plaza ostentó posición de dominio, esta Comisión considera que no es necesario determinar la existencia de posición de dominio por parte de Sigdelo.

VI. EFECTOS DE LA CONDUCTA

183. Para evaluar los efectos de la conducta, es necesario tener en cuenta tres aspectos. En primer lugar, se desarrollará la necesidad de acreditar una afectación al proceso competitivo para que una conducta de naturaleza vertical se considere anticompetitiva; en segundo lugar, se definirá el mercado afectado; y, en tercer lugar, se analizarán los efectos de la conducta denunciada en el mercado afectado.

6.1. Necesidad de acreditar los efectos anticompetitivos de la conducta

184. El derecho a la libertad de contratación puede ser ejercido siempre que no viole el principio de libre competencia. En sentido contrario, serán ilícitos los actos de contratación que contravengan las normas de libre competencia. La libre competencia consiste en el proceso por el cual los agentes económicos concurren en el mercado para hacerse de las preferencias de los consumidores mediante la oferta de productos de mejor calidad y menores precios¹²⁴. En ese sentido, se encuentran prohibidos los actos, incluyendo los de contratación, que restrinjan la natural rivalidad que debe existir entre competidores por obtener las preferencias de los consumidores.
185. Sobre el particular, la Comisión ha señalado lo siguiente:

La iniciativa privada de las empresas se desenvuelve procurando obtener las preferencias de los consumidores, a través del ofrecimiento de productos que satisfacen las necesidades de éstos en mejores condiciones

¹²⁴ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “Esta dinámica del proceso competitivo permite que la eficiencia económica manifestada a través de las eficiencias productivas (menores costos de producción), innovativas (nuevos productos) y asignativas (bienes asignados a quienes los valoran más y menores precios)— tenga un impacto directo o redunde en el bienestar general o de la sociedad en su conjunto”. En: Resolución 0027-2008/SC1-INDECOP del 16 de octubre de 2008, recaída en el Expediente 003-2005/CLC, en el procedimiento iniciado por Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu-Consettur Machupicchu S.A.C., por presunto abuso de posición de dominio.

*de precio y calidad respecto a las condiciones ofrecidas por las empresas rivales. [...] Las prácticas anticompetitivas (prácticas colusorias y abusos de posiciones dominantes) impiden que el proceso competitivo [...] se desenvuelva en beneficio de aquéllos. [...]. Por ello, las prácticas anticompetitivas vulneran el proceso competitivo que redundan en beneficios para los consumidores. [...] Por consiguiente, **el Decreto Legislativo 701 tiene por objeto eliminar aquellas prácticas que vulneran el proceso competitivo** y que, por ende, redundan en perjuicios para los consumidores¹²⁵.*

[Énfasis agregado].

186. En sentido similar, la Sala de Defensa de la Competencia 1 ha establecido lo siguiente:

*El correcto funcionamiento del proceso competitivo genera eficiencias económicas que redundarán en lograr el mayor bienestar económico o de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, **las normas de libre competencia buscarán eliminar las prácticas anticompetitivas en la medida que estas últimas dañan y distorsionan el proceso competitivo**, lo que a su vez impacta negativamente en la eficiencia económica y, en consecuencia, en el bienestar de la sociedad¹²⁶.*

[Énfasis agregado].

187. De acuerdo a lo anterior, la libertad de contratación se puede limitar en los casos en que, como resultado de su ejercicio, se afecte el proceso competitivo como un todo, y no cuando se afecte a un competidor en particular.
188. Lo establecido de manera general para todas las conductas anticompetitivas se aplica también a las conductas de naturaleza vertical, es decir, a aquellas que involucran a agentes ubicados en distintos niveles de la cadena de producción, ya sea que se trate de casos de abuso de posición de dominio o de prácticas colusorias verticales. En ambos supuestos, la afectación a uno o varios agentes, competidores directos o indirectos de aquellos involucrados en la conducta, sólo se considerará anticompetitiva cuando tenga como consecuencia la afectación del proceso competitivo.
189. Respecto de los acuerdos verticales, la Comisión ha enfatizado la necesidad de acreditar la existencia de efectos negativos sobre la competencia. Así, en un procedimiento sobre contratos de exclusividad –que resulta aplicable en lo pertinente a cualquier conducta de naturaleza vertical– la Comisión señaló lo siguiente:

¹²⁵ Ver: Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre de 2007, emitida en el Expediente 003-2005/CLC, correspondiente al procedimiento iniciado por Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu-Consettur Machupicchu S.A.C., por presunto abuso de posición de dominio.

¹²⁶ Ver Resolución 0027-2008-INDECOPI/SC1-INDECOPI.

*La declaración de ilegalidad de una práctica colusoria vertical en la modalidad de contrato de exclusividad requiere dos elementos: (i) la ocurrencia de un acuerdo de exclusividad entre dos o más empresas independientes entre sí ubicadas en distintos niveles de la cadena comercial; y, (ii) **la generación –real o potencial– de un efecto exclusorio en los competidores ubicados en el mercado afectado;** para lo cual se requiere que al menos una de las dos partes involucradas tenga posición de dominio¹²⁷.*

[Énfasis agregado].

190. En el mismo sentido, la jurisprudencia norteamericana ha establecido que los acuerdos verticales en general sólo serán sancionables cuando produzcan efectos negativos en el proceso competitivo. Por ello, se ha resaltado que los acuerdos verticales precisan casi siempre de un análisis bajo la regla de la razón (que implica un análisis de los efectos de la conducta sobre la competencia) y no bajo la regla per se (que prescinde de dicho análisis) para determinar si son sancionables¹²⁸. Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

*La política antimonopolios de hoy considera las restricciones contractuales verticales mucho más favorablemente que hace 35 años. Como se refleja en Sylvania y su progenie, la economía de costo de transacción ha amoldado a los tribunales a los objetivos a favor de la competencia de muchos arreglos verticales (tales como las divisiones territoriales) que en una época era objeto de condena per se. **La regla de la razón ahora proporciona el criterio básico para las restricciones verticales ajenas al precio y para el RPM (fijación de precios de reventa, por sus siglas en inglés) máximo,** y los casos recientes han demostrado una mayor disposición –principalmente a través del uso de filtros de poder de mercado –de hacer caso omiso de demandas que plantean pocos peligros para la competencia inter-marca¹²⁹.*

[Énfasis y texto entre paréntesis agregados].

¹²⁷ Ver Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC del 22 de febrero de 2008, emitida en el Expediente 003-2003/CLC, correspondiente al procedimiento iniciado por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A., por prácticas restrictivas de la competencia.

¹²⁸ Sobre el contenido de un análisis bajo la regla de la razón, se ha señalado lo siguiente: “Para analizar una práctica comercial bajo la regla de la razón, se tiene primero que identificar y analizar si la práctica causa (o tiende a causar) efectos anticompetitivos en el mercado relevante [...] Si la práctica no tiene efectos anticompetitivos, resulta lícita bajo la regla de la razón. Si existen efectos anticompetitivos, sin embargo, se tiene que evaluarlos en contraste con los efectos pro competitivos de la práctica. Una práctica es condenada bajo la regla de la razón solo si es anticompetitiva en el balance”. Traducción libre de: “To analyze a business practice under the rule of reason, you first identify and assess whether the practice causes (or tend to cause) anticompetitive effects throughout a relevant market. [...] If the practice has no anticompetitive effects, it is legal under the rule of reason. If there are anticompetitive effects, however, you must weigh those effects against any procompetitive benefits of the practice. A practice is condemned under the rule of reason only if it is anticompetitive on balance”. Ver: FALK, Donald. *Antitrust and Refusal to Deal after Nynex v. Discon*. En: *Practical Lawyer*, 2000, vol. 25, pág. 1-7. Disponible en: <http://www.appellate.net/articles/20465477.pdf>.

¹²⁹ GELLHORN, Ernest, William KOVACIC y Stephen CALKINS. *Derecho y Economía de la Competencia*, USAID, 2004, pág. 351.

191. Del mismo modo, la jurisprudencia norteamericana ha establecido en diversos pronunciamientos que involucran acuerdos verticales en los que, como en el presente caso, intervinieron administradores de centros comerciales, que estas conductas sólo serán sancionables cuando produzcan efectos negativos en el proceso competitivo.
192. Así, por ejemplo, en el reciente caso *Recetas por Menos contra Fivedevelopment Corp. y Otros*, en el que se analizó la legalidad de un acuerdo entre los agentes económicos titulares de El Amal (establecimiento dedicado a la comercialización de productos farmacéuticos) y Villa Fontana Shopping Center (centro comercial ubicado en Puerto Rico), mediante el cual se estableció la obligación del administrador del referido centro comercial de no arrendar a ningún otro operador dedicado a la comercialización de servicios farmacéuticos, la Corte del Distrito de Puerto Rico señaló, sobre la base de lo establecido previamente en la jurisprudencia norteamericana, que las restricciones verticales se analizan bajo la regla de la razón. Específicamente, se señaló lo siguiente:

*Como ha establecido el Primer Circuito, un contrato de exclusividad es una transacción que implica un acuerdo para no contratar que está lejos de ser considerado como per se ilícito. [...] Teniendo en cuenta que estamos analizando un acuerdo de esta naturaleza, y tras su revisión, encontramos que la regla de la razón gobierna nuestro análisis. [...] El supuesto acuerdo restrictivo del comercio es, en el presente caso, vertical en tanto que el acuerdo cuestionado se presenta entre agentes ubicados en diferentes niveles del mercado. [...] Las restricciones verticales no son per se ilegales a menos que ellos incluyan algún acuerdo relacionado con fijación de precios. [...] Finalmente, **las cortes consistentemente han establecido que las cláusulas restrictivas de los contratos de arrendamiento en centros comerciales no son violaciones per se de las normas que protegen la libre competencia.** Ver: See e.g., *Harold Friedman, Inc. v. Thorofare Markets*, 587 F.2d 127 (3d Cir.1978) ; *Dunafon v. Del. McDonald's Corp.*, 691 F. Supp. 1232 (W.D. Mo.1988); *Child World, Inc. v. S. Towne Ctr., Ltd.*, 634 F. Supp. 1121 (S.D. Ohio 1986); *Optivision, Inc. v. Syracuse Shopping Ctr. Assn.*, 472 F. Supp. 665 (N.D.N.Y.1979); *Borman's, Inc. v. Great Scott Supermarkets, Inc.*, 433 F. Supp. 343, 348-50 (E.D. Mich. 1975); *Dalmo Sales Co. v. Tysons's Corner Reg'l Shopping Ctr.*, 308 F. Supp. 988, 994 (D. D.C. 1970), [*16]aff'd, 139 U.S. App. D.C. 22, 429 F.2d 206 (D.C. Cir. 1970)¹³⁰.*

¹³⁰

Traducción libre de: "As described by the First Circuit, an exclusive dealing contract is "[a] common arrangement that involves an agreement not to deal but is far from unlawful per se. [...] Faced with such an agreement in this case, upon review, we find that the rule of reason governs our analysis. [...] The alleged combination restraining trade in the instant case is vertical since the alleged agreement is between entities at different market levels. [...] Vertical restraints are not illegal per se unless they include some agreement as to pricing levels. [...] Finally, courts have consistently held that restrictive covenants in shopping center leases are not per se violations of the antitrust laws. See e.g., *Harold Friedman, Inc. v. Thorofare Markets*, 587 F.2d 127 (3d Cir.1978) ; *Dunafon v. Del. McDonald's Corp.*, 691 F. Supp. 1232 (W.D. Mo.1988); *Child World, Inc. v. S. Towne Ctr., Ltd.*, 634 F. Supp. 1121 (S.D. Ohio 1986); *Optivision, Inc. v. Syracuse Shopping Ctr. Assn.*, 472 F. Supp. 665 (N.D.N.Y.1979); *Borman's, Inc. v. Great Scott Supermarkets, Inc.*, 433 F. Supp. 343, 348-50 (E.D. Mich. 1975); *Dalmo Sales Co. v. Tysons's Corner Reg'l Shopping Ctr.*, 308 F. Supp. 988, 994 (D. D.C. 1970), [*16]aff'd, 139 U.S. App. D.C. 22, 429 F.2d 206 (D.C. Cir. 1970)". Ver: *Recetas por Menos, Inc. v. Five Dev. Corp.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 57974 (D.P.R. 2007) Disponible en: www.westlaw.com

[Énfasis agregado].

193. Del mismo modo, en el caso *Dunafon contra McDonald's*, en el que se analizó la legalidad de un acuerdo vertical entre los agentes económicos titulares de McDonald's (establecimiento dedicado a la comercialización de comida rápida) y Biscayne (centro comercial ubicado en la ciudad de Columbia), mediante el cual se estableció que el administrador de Biscayne no podía arrendar un local comercial en el referido centro comercial a ningún competidor de McDonald's, la Corte del Distrito de Missouri estableció la legalidad del acuerdo. Específicamente, señaló lo siguiente:

El demandante no ha demostrado que el contrato de arrendamiento tiene un importante efecto negativo sobre la competencia. Por lo tanto, no es necesario para la parte demandada establecer la justificación económica de la restricción como defensa. Sin embargo, existen justificaciones económicas para la inclusión de la cláusula restrictiva en el contrato. La mencionada restricción incentivó a McDonald's a invertir como un pionero en dicho lugar en 1972, y por lo tanto protege el flujo de inversiones de Mehle y McDonald's de los competidores que buscan aprovecharse de ellas. La restricción del contrato no limita de manera injustificada el comercio y no viola la Sección 1 del Ley Sherman¹³¹.

[Énfasis agregado].

194. Asimismo, en el caso *Optivision contra Syracuse Shopping Center Associates*, en el que se analizó la legalidad de un acuerdo vertical entre los agentes económicos titulares de DeWitt's Optical World (establecimiento dedicado a la comercialización de servicios ópticos) y Syracuse Shopping Center Associates (centro comercial ubicado en la ciudad de Nueva York), mediante el cual se estableció la obligación del administrador del referido centro comercial de no arrendar a ningún otro operador dedicado a la comercialización de servicios ópticos, la Corte del Distrito de Nueva York señaló que, aun cuando no se pronunciaba sobre la justificación económica del acuerdo –como medida para atraer a determinados arrendatarios–, resultaba claro que la restricción no resultaba violatoria de las normas que protegen la libre competencia, considerando que el daño a la competencia no había sido significativo. Específicamente, señaló lo siguiente:

Si una cláusula de exclusividad es necesaria para atraer a una tienda óptica, dicha cláusula tiene efectos positivos que deben ser considerados junto con los efectos negativos sobre la competencia. En el presente procedimiento, el Tribunal no está dispuesto a llegar a una conclusión acerca de la necesidad económica de la cláusula de exclusividad. Sin

¹³¹ Traducción libre de: "The plaintiff has failed to prove that the lease covenant has a substantial adverse effect on competition. Thus, it is unnecessary for the defendant to establish economic justifications for the restriction as an affirmative defense. Nonetheless, procompetitive economic justifications do exist for inclusion of the restrictive covenant in the lease. The covenant induced McDonald's to invest as a pioneer at this location in 1972, and protects the substantial continuing investment of Mehle and McDonald's from competitors who seek a free-ride on McDonald's investment. The lease restriction does not unreasonably restrain trade and does not violate § 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. § 1". Ver: *David Dunafon v. Delaware McDonald's Corp.*, 691 F. Supp. 1232 (W.D. Mo. 1988). Disponible en: www.westlaw.com

embargo, el hecho de que una restricción particular no genere efectos positivos sobre la competencia no significa, necesariamente, que la actividad viola el Sección 1 [de la Ley Sherman], considerando que el daño a la competencia no es significativo¹³²

[Énfasis y texto entre paréntesis agregados].

195. En sentido similar, en el caso Mendell contra Golden-Farley of Hopkinsville, en el que se analizó la legalidad de un acuerdo vertical entre los agentes económicos titulares de Golden-Farley of Hopkinsville (establecimiento dedicado a la venta de ropa para hombres) y Pennyrite Mall (centro comercial ubicado en la ciudad de Kentucky), mediante el cual se estableció la obligación del administrador del referido centro comercial de no arrendar a ningún otro operador dedicado a la venta de ropa para hombres, la Corte de Apelaciones de Estado de Kentucky, al analizar el incumplimiento del acuerdo por parte del administrador de Pennyrite Mall, y ordenar que se cumpla, señaló que éste era válido en tanto no representaba una afectación irrazonable al comercio. Específicamente, señaló lo siguiente:

*Estamos de acuerdo con la conclusión del juez de Distrito en que el acuerdo restrictivo no implica la violación de los Estatutos Federales. Se ha establecido desde el principio que la condena de la Ley Sherman sólo se refiere a acuerdos o conspiraciones, que impongan injustificada o indebidamente una restricción sobre el comercio interestatal. En el presente caso el acuerdo no puede ser calificado de este modo*¹³³.

[Énfasis agregado].

196. En relación con la conducta de monopolización –el equivalente norteamericano del abuso de posición de dominio–, la doctrina ha señalado lo siguiente:

*La prohibición de la monopolización requiere acreditar que el denunciado tiene poder monopólico y ha llevado a cabo una práctica exclusoria ilícita con el objeto o efecto de proteger o mejorar su posición monopólica. La regla de la razón fue originalmente formulada por la Corte Suprema en los casos de monopolización como un medio para distinguir las prácticas exclusorias permitidas de las no permitidas*¹³⁴.

¹³² Traducción libre de: "If an exclusivity provision is necessary to attract an optical store, such a clause has a beneficial impact on competition that will have to be considered along with any adverse competitive effects. On the basis of the present record, the Court is unwilling to reach a conclusion concerning the economic necessity for the exclusivity provision here. However, the fact that a particular restraint does not provide an affirmative benefit to competition does not necessarily mean that the activity violates s 1, provided that the harm to competition is not significant". Ver: *Optivision, Inc. v. Syracuse Shopping Center Associates*, 472 F. Supp. 665 (N.D.N.Y. 1979). Disponible en: www.westlaw.com

¹³³ Traducción libre de: "We agree with the conclusion of the District judge that the restrictive covenant did not involve the violation of the Federal Statutes. It has been established from the beginning that the condemnation of the Sherman Anti-Trust Act is directed only at such agreements or conspiracies as impose unreasonable or undue restraint upon interstate commerce. In the instant case the restraint cannot be so characterized". *Mendell v. Golden-Farley Of Hopkinsville, Inc.*, 573 S.W.2d 346 (Ky. 1978). Disponible en: www.westlaw.com

¹³⁴ Traducción libre de: "The law of monopolization requires a showing that the defendant has monopoly power and has engaged in impermissible exclusionary practices with the design or effect of protecting or enhancing its

[Énfasis agregado].

197. De la cita anterior se desprende que la posición de dominio que pueda ostentar un agente económico no se encuentra prohibida en sí misma sino que lo que se encuentra prohibido es el abuso de dicha posición, en la medida en que afecte, distorsione o elimine el proceso competitivo como un todo.
198. En el mismo sentido, el Tribunal del Distrito de Columbia estableció, en el marco del procedimiento de Estados Unidos contra Microsoft, las siguientes reglas que deben guiar la posible sanción de un abuso de posición de dominio:

*Para que un acto de un monopolista sea condenado como excluyente, **debe perjudicar el proceso competitivo** y, por ende, afectar negativamente a los consumidores. En contraste, no es suficiente un daño a uno o más competidores.*

El demandante debe demostrar que la conducta del monopolista, de hecho, tiene el efecto anticompetitivo requerido

*Tercero, si el demandante logra establecer con éxito que su caso está fundamentado con evidencia suficiente de conformidad con la Sección 2, demostrando el efecto anticompetitivo, **entonces el monopolista podrá presentar una justificación pro-competitiva de su conducta**. Si el monopolista hace valer la justificación pro-competitiva –una aseveración, que no sea un pretexto, de que su conducta es de hecho una forma de competencia con base en su fundamento porque implica, **por ejemplo, una mayor eficiencia o un mayor atractivo para el consumidor**– entonces la carga regresa al demandante que debe refutar dicha pretensión.*

*Cuarto, si no se refuta la justificación pro-competitiva del monopolista, entonces el demandante **debe demostrar que el perjuicio anticompetitivo de la conducta tiene un mayor peso que el beneficio pro-competitivo***¹³⁵.

[Énfasis agregado].

199. Como se puede apreciar, el estándar establecido en Estados Unidos supone la necesidad de acreditar que la conducta de abuso de posición de dominio tuvo efectos negativos en la competencia; lo que se logra en el procedimiento a través de la distribución de la carga de la prueba entre el denunciante y el denunciado.

monopoly position. The rule of reason was originally formulated by the Supreme Court in a monopoly case as a means of distinguishing permissible from impermissible exclusionary practices”.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co. 1994. págs. 247 y 248.

¹³⁵ GELLHORN, Ernest, William KOVACIC y Stephen CALKINS. *Derecho y Economía de la Competencia*, Washington, USAID, 2004, págs. 150-151.

200. De manera similar, a través de sus Lineamientos de Acuerdos Verticales, la Comisión Europea destaca que un acuerdo vertical restringirá la competencia cuando afecte actual o potencialmente la competencia, hasta el punto que en el mercado relevante puedan ser esperados, con un grado razonable de probabilidad, efectos negativos en precios, producción, innovación o variedad o calidad de bienes y servicios¹³⁶.
201. En los Lineamientos de la OFT se destaca que existen básicamente dos tipos de acuerdos sobre terrenos que restringen la competencia con mayor probabilidad. El primero se refiere a aquellos acuerdos que restringen el uso del terreno con el propósito de compartir o repartirse los mercados entre los participantes del acuerdo. El segundo se refiere a aquellos acuerdos que logran hacer más difícil la entrada de competidores al mercado en el que el terreno es usado o a aquellos que logran proteger a una de las partes de enfrentar competencia de sus rivales.
202. En el ámbito latinoamericano también se ha reconocido la necesidad, para que se configure un abuso de posición de dominio, de que la conducta del agente económico que ostenta dicha posición afecte el proceso competitivo. Específicamente, se ha señalado lo siguiente:

*Es difícil distinguir entre la conducta permitida a una empresa en posición de dominio y aquella prohibida por abusiva, razón por la cual dicha distinción es una cuestión de hecho (questio facti) en donde se han de tomar en consideración no sólo criterios jurídicos sino también variables económicas, como se verá. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el famoso caso Hoffman - La Roche definió el concepto de abuso como **'El comportamiento de una empresa colocada en una posición de dominio de tal naturaleza que influye la estructura de un mercado donde, como consecuencia de la sola presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia resulta debilitado y la empresa, a través de métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal de productos o servicios (...) tiene el efecto de restringir el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o el crecimiento de dicha competencia'**¹³⁷.*

[Énfasis agregado].

203. En el caso particular de las negativas de trato –ya sea que provengan de abusos de posición de dominio o de acuerdos verticales–, la doctrina y la jurisprudencia son claras en establecer que aquellas que no dañan el proceso competitivo no son sancionables sino que, por el contrario, están amparadas por el derecho de libre contratación. Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

¹³⁶ Traducción libre de: "For vertical agreements to be restrictive of competition by effect they must affect actual or potential competition to such an extent that on the relevant market negative effects on prices, output, innovation, or the variety or quality of goods and services can be expected with a reasonable degree of probability". EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines on Vertical Restraints*. 2010. pág. 31.

¹³⁷ RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 384.

Debido a que cualquier práctica fuera de las categorías per se es legal si no es perjudicial para el proceso competitivo en su conjunto, para efectos prácticos, la mayoría de las empresas mantienen libertad absoluta para negarse a contratar con otras, incluso si la negativa puede ser consecuencia de un acuerdo con una empresa con la que sí se contrató¹³⁸.

[Énfasis agregado].

204. En sentido similar, se ha señalado lo siguiente:

La negativa a contratar de un monopolista no puede ser ilegal a menos que extienda, mantenga, cree o amenace crear un poder de mercado significativo en algún mercado, que podría ser el propio mercado en el que la firma monopolística participa o un mercado horizontal o verticalmente relacionado. Las negativas que no provocan al menos uno de estos resultados no violan la Sección 2 sin importar cuánto puedan dañar a la persona o grupo de personas a las que se negó el servicio. (...) Si la razón de la negativa a contratar no está directamente relacionada con la competencia, entonces incluso una negativa que resulta inconsistente con un comportamiento competitivo racional no es una violación de la ley antitrust¹³⁹.

[Énfasis agregado].

205. Asimismo, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (*Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD*), ha señalado lo siguiente acerca de las condiciones que las negativas de trato deben satisfacer para constituir una violación a las normas de libre competencia:

La negación del servicio en términos y condiciones ‘adecuadas’ debe tener un impacto material sobre la competencia en un mercado relacionado, en detrimento de los consumidores. No es suficiente que la negativa de trato elimine a un competidor específico. Debe ser el caso que la negativa de trato elimine al menos algo de competencia (y, en algunas jurisdicciones, toda la competencia) en el mercado relacionado, en detrimento de los consumidores¹⁴⁰.

¹³⁸ Traducción libre de: “Because any practice outside the per se categories is legal if it does not harm the competitive process as a whole, for practical purposes most firms retain absolute freedom to refuse to deal with others even if the refusal can be characterized as an agreement with the firm that got the business instead”. Ver: FALK, Donald. *Antitrust and Refusal to Deal after Nynex v. Discon*. En: *Practical Lawyer*, 2000, vol. 25, pág. 4. Disponible en: <http://www.appellate.net/articles/20465477.pdf>.

¹³⁹ Traducción libre de: “A monopolist’s refusal to deal cannot be unlawful unless it extends preserves, creates, or threatens to create significant market power in some market, which could be either the primary market in which the monopoly firm sells or a vertically related or collateral market. Refusals that do not accomplish at least one of these results do not violate Section 2 no matter how much they might harm the person or class of persons declined service. (...) If the reason for a refusal to deal is not directly related to competition, then even a refusal that is inconsistent with rational competitor conduct is still not a violation of antitrust law”. SON, Seungwoo. “Selective refusals to sell patented goods: The relationship between patent rights and antitrust law”. En: *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, 2002, pág. 4.

¹⁴⁰ Traducción libre de: “The denial of service at “appropriate” terms and conditions must have a material impact on competition in a related market, to the detriment of consumers. It is not sufficient that the RTD [refuse to deal]

[Énfasis agregado].

206. Adicionalmente, la doctrina ha señalado lo siguiente:

Sólo si la negativa es inconsistente con la competencia en igualdad de condiciones hay un caso de monopolización. En otras palabras, si el motivo de la denegación de acuerdo no está directamente relacionado con la competencia, incluso la negativa inconsistente con la conducta racional del competidor no es una violación de la ley antimonopolio¹⁴¹.

El común de las negativas de trato de empresas dominantes contra competidores, independientemente de la existencia de un servicio esencial, constituyen conductas anticompetitivas sólo cuando el efecto de la negativa es, sin duda, un serio daño a la competencia en el mercado en su conjunto¹⁴².

207. En tal sentido, para que una negativa de trato, que sea consecuencia de un acuerdo vertical, sea considerada anticompetitiva, necesariamente se debe acreditar que produjo o pudo producir efectos negativos en el proceso competitivo, proceso mediante el cual los agentes económicos rivalizan para obtener –por medios consistentes con la eficiencia económica– las preferencias de los consumidores.

208. Como se puede apreciar, la doctrina y la jurisprudencia, nacional y extranjera, sólo consideran sancionables las conductas de naturaleza vertical –prácticas colusorias verticales o abusos de posición de dominio– cuando afectan el proceso competitivo como un todo. Ello implica que, si estas conductas no generan una afectación al proceso competitivo, no serán consideradas ilícitas y, en consecuencia, no serán sancionables.

209. En ese sentido, corresponde evaluar si el acuerdo celebrado entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo para negarse a contratar con Arcos Dorados el arrendamiento de un espacio en el Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas de la marca McDonald's, produjo o pudo producir efectos negativos en el proceso competitivo.

eliminates a specific competitor. It must be the case that the refusal to deal eliminates at least some competition (and in some jurisdictions, all competition) from the related market, to the detriment of consumers". En: ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Policy Roundtables. Refusals to Deal*, DAF/COMP (2007) 46 del 3 de setiembre de 2009. pág. 12.

¹⁴¹ Traducción libre de: "Only if the refusal is inconsistent with competition on its merits is there a monopolization case. In other words, if the reason for a refusal to deal is not directly related to competition, then even a refusal inconsistent with rational competitor conduct is still not a violation of antitrust law". Ver: SON, Seungwoo. "Selective refusals to sell patented goods: The relationship between patent rights and antitrust law". En: University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy, 2002, pág. 4.

¹⁴² Traducción libre de: "Standard refusals to deal by dominant firms towards competitors, independtly from the existence of an essential facility, constitute anticompetitive practices only when the effect of a refusal is undoubtedly that of seriously harming market competition as a whole". Ver: CASTALDO, Angelo y NICITA, Antonio. "Essential facility access in US and EU: Drawing a test for antitrust policy". En: Review of Laws and Economics, 2005, vol. 3, N° 1, págs. 4-5.

6.2. El mercado afectado

210. Para definir el mercado afectado, es necesario identificar y delimitar el mercado en el que compiten o podrían competir Arcos Dorados, Administradora Jockey Plaza y Sigdelo. Será en dicho mercado en el que deberá analizarse si la conducta denunciada produjo o pudo producir efectos negativos en el proceso competitivo.
211. Sobre el mercado afectado, Administradora Jockey Plaza ha señalado lo siguiente:
- i. Arcos Dorados, a través de su marca McDonald's, comercializa diferentes tipos de productos, siendo el más popular la hamburguesa. Existen en Lima muchos otros establecimientos comerciales que venden este producto, tanto a través de cadenas de comida rápida, nacionales e internacionales, como a través de locales independientes dedicados a la venta de sándwiches¹⁴³.
 - ii. Se puede encontrar locales que expenden alimentos bajo el formato de comida rápida en todos los distritos de Lima Metropolitana y Callao. Considerando que las condiciones de competencia son homogéneas en toda esta área, se puede afirmar que todos los distritos de Lima Metropolitana y Callao constituyen el mercado geográfico.
212. Por su parte, Sigdelo ha señalado lo siguiente:
- i. Dentro de la oferta de comida rápida se encuentran las hamburguesas y sándwiches, las pizzas, el pollo a la brasa y el chifa. Asimismo, deben considerarse como sustitutos a los cafés, postres, jugos y ensaladas, y a toda la comida que se comercializa a través de los restaurantes (carnes, pastas, entre otros).
 - ii. Los consumidores de comida rápida del Jockey Plaza disponen, dentro de este centro comercial, de la oferta de 27 locales que pueden considerarse sustitutos adecuados. A una distancia de 5 minutos del Jockey Plaza, se encuentran 3 locales adicionales. A una distancia de 15 minutos, los consumidores disponen de 30 establecimientos más. Por último, a una distancia de 30 minutos, los consumidores disponen de 43 locales alternativos.
213. Por otro lado, Arcos Dorados ha señalado lo siguiente:
- i. El producto en cuestión es aquel respecto del cual compiten Arcos Dorados, a través de su marca McDonald's, y Sigdelo, a través de su

¹⁴³

Al respecto, Administradora Jockey Plaza ha señalado que, según la información presentada por la denunciante, en Lima operan 94 cadenas de comida rápida (69 nacionales y 25 extranjeras) que cuentan con 614 locales (432 de cadenas nacionales y 182 de cadenas extranjeras). Adicionalmente, existen en Lima restaurantes que, sin poseer necesariamente todas las características de los locales de comida rápida, son considerados como competencia directa, por ejemplo, aquellos pertenecientes a las cadenas "Roky's" y "Norky's".

marca Burger King, esto es, la venta de comida rápida, que tiene como eje de negocio la venta de hamburguesas.

- ii. En lo que se refiere a la zona geográfica en cuestión, Arcos Dorados ha señalado que se debe considerar que el producto en cuestión tiene un precio reducido. Ello determina que los costos de traslado sean un factor importante a tener en cuenta. En ese sentido, ha señalado que, por su propia naturaleza, los mercados relacionados con la venta de comida rápida son, por lo general, mercados geográficos reducidos.
- iii. Adicionalmente, Arcos Dorados ha señalado que el hecho que se trate de la venta de comida rápida dentro de un centro comercial con las características del Jockey Plaza, tiene dos consecuencias importantes para la definición del mercado geográfico.
- iv. En primer lugar, ha señalado que la decisión de consumo de comida rápida en un centro comercial se produce, por lo general, cuando los consumidores ya se encuentran en el centro comercial. En otras palabras, no acuden al centro comercial con la finalidad de consumir comida rápida sino que acuden por otras razones y, una vez en el centro comercial, deciden consumir comida rápida.
- v. Al respecto, de acuerdo al Segundo Informe de Arcos Dorados, los principales motivos para acudir al Jockey Plaza son los siguientes: a) compra de ropa/calzado (38.2%), b) simplemente pasear/conocer (25.8%), c) uso del servicio bancario (16.1%), d) uso de los servicios de entretenimiento (6.6%), e) para desayunar, almorzar, cenar, refrigerio (4.2%)¹⁴⁴. En consecuencia, un pequeño porcentaje de los consumidores acudiría al centro comercial para ingerir alimentos y bebidas.
- vi. En lo que se refiere a las razones de los consumidores para consumir alimentos en el patio de comidas del Jockey Plaza y no en los alrededores, Arcos Dorados ha señalado que los consumidores manifiestan las siguientes: a) realizo mis compras y/o trámites y a la vez me alimento (35.7%), b) hay una variedad de restaurantes (27.4%), paseo/me entretengo y a la vez me alimento (21.9%), ahorro tiempo (14.4%)¹⁴⁵.
- vii. Según Arcos Dorados, estas circunstancias permitirían concluir que las únicas alternativas posibles para el consumo de comida rápida son las que se encuentran dentro del Jockey Plaza.
- viii. Por otro lado, Arcos Dorados ha señalado que, teniendo en cuenta las características del Jockey Plaza, la alternativa de salir del centro comercial y dirigirse a un local de comida rápida ubicado en el exterior supone un tiempo y una distancia que desincentivan a los consumidores. Así, según el Segundo Informe de Arcos Dorados, cuando se le preguntó a los encuestados si prefieren consumir sus alimentos en el patio de comidas o

¹⁴⁴ Ver foja 802 del Expediente.

¹⁴⁵ Ver foja 803 del Expediente.

en los alrededores, la mayoría (70%) respondió que prefiere consumir sus alimentos de forma tal que les permita continuar con las actividades para las cuales se dirigieron al Jockey Plaza.

- ix. Asimismo, cuando se le preguntó a los encuestados sobre su disposición a sustituir el patio de comidas del Jockey Plaza por establecimientos de comida rápida ubicados en el óvalo Monitor, si el precio en dichos establecimientos fuera S/. 1.50 menor, el 92% de los encuestados respondió que no se trasladarían. Las razones que brindaron se relacionan con la pérdida de tiempo y la distancia relativamente larga¹⁴⁶.
- x. De acuerdo a lo anterior, Arcos Dorados ha concluido que el mercado afectado estaría constituido por la venta de comida rápida, que tiene como eje de negocio la venta de hamburguesas, en el Jockey Plaza.

214. Al respecto, cabe señalar que esta Comisión discrepa de los argumentos planteados por Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, debido a que las denunciadas no identifican de manera correcta al consumidor del mercado afectado, elemento que es determinante para realizar el análisis de sustituibilidad.

215. Por otro lado, esta Comisión no comparte algunos de los argumentos planteados por Arcos Dorados. En particular, como se ha señalado, no es correcto tener en cuenta la perspectiva de los consumidores que se encuentran en el Jockey Plaza sino que se debe considerar el punto de vista de los consumidores que acuden o podrían acudir a este centro comercial.

216. A continuación, se presenta la definición del mercado afectado realizado por esta Comisión, que incluye la determinación del producto en cuestión (punto de partida) y el análisis de sustituibilidad correspondiente.

6.2.1.Producto en cuestión

217. Como se ha señalado, Arcos Dorados y Sigdelo se dedican principalmente a la venta de hamburguesas mientras que Administradora Jockey Plaza se dedica principalmente al arrendamiento de locales comerciales en el Jockey Plaza. De acuerdo a lo anterior, existiría una relación de competencia entre Arcos Dorados y Sigdelo pero no entre Arcos Dorados y Administradora Jockey Plaza, pues estas empresas se dedican a actividades distintas. En ese sentido, para que la conducta denunciada pueda ser calificada como una práctica restrictiva de la competencia, se debe acreditar que produjo o pudo producir efectos negativos en el proceso competitivo entre Arcos Dorados y Sigdelo.

¹⁴⁶ De acuerdo al Segundo Informe de Arcos Dorados, las razones de los consumidores para no trasladarse al exterior del Jockey Plaza (óvalo Monitor) a consumir comida rápida son las siguientes: a) en este lugar hay de todo / prefiero hacer todo en un sólo lugar / no hay necesidad de trasladarse a otro sitio (30.7%), b) pérdida de tiempo en salir y regresar al Jockey Plaza (28.6%), c) está lejos del Jockey Plaza (25.3%), la incomodidad de trasladarse hasta allá y regresar (20.5%), d) el ahorro no es significativo / la diferencia de precios es mínima (18.4%), entre otros (respuesta de alternativas múltiples). Ver: foja 804 del Expediente.

218. De acuerdo a lo anterior, considerando el servicio solicitado por Arcos Dorados y el alcance de la negativa concertada entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, esta Comisión considera que el producto en cuestión consiste en la venta hamburguesas similares a las de la marca McDonald's en el Jockey Plaza.

6.2.2. Análisis de sustituibilidad

219. Considerando que la demanda del producto en cuestión está constituida por los consumidores que acuden al Jockey Plaza porque buscan adquirir un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's, esta Comisión considera que el análisis de sustituibilidad se debe realizar teniendo en cuenta el punto de vista de estos consumidores en particular.

220. Al respecto, cabe señalar que los consumidores que acuden al Jockey Plaza no buscan adquirir única y exclusivamente hamburguesas sino como parte del conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en dicho centro comercial. En tal sentido, es posible afirmar que estos consumidores no consideran como sustitutos adecuados a los establecimientos *free standing* que no se encuentran en el centro comercial y en los que sólo es posible adquirir hamburguesas.

221. En efecto, los consumidores que acuden a un centro comercial son diferentes a los consumidores que acuden a un establecimiento *free standing*, debido a que los primeros buscan adquirir un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas, mientras que los segundos sólo buscan adquirir hamburguesas.

222. Cabe señalar que la diferencia entre estas demandas puede deberse a la existencia de diferentes momentos de consumo de un mismo grupo de consumidores¹⁴⁷. En efecto, un establecimiento *free standing* puede responder a la necesidad del consumidor de satisfacer su demanda por una hamburguesa (primer momento de consumo). Por ejemplo, un consumidor con un tiempo limitado para almorzar y satisfacer su demanda por comer una hamburguesa puede elegir cualquier tipo de establecimiento cercano al lugar donde se encuentra (su casa, su centro de trabajo o su centro de estudios).

223. Por otro lado, un establecimiento ubicado dentro de un centro comercial puede responder a la necesidad del consumidor de satisfacer su demanda por un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas (segundo momento de consumo). Por ejemplo, un consumidor que necesita satisfacer su demanda por comprar ropa, realizar una transacción bancaria y comer una hamburguesa no puede elegir un establecimiento *free standing* sino necesariamente un centro comercial.

224. De acuerdo a lo anterior, los consumidores que acuden al Jockey Plaza porque buscan adquirir un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas, no consideran como sustituto adecuado de

¹⁴⁷ Es la relación entre espacio y tiempo en que un consumidor demanda ciertos bienes o servicios. No todos los momentos de consumo son iguales. Por ejemplo, una reunión con amigos respecto de una cena familiar. Para mayor detalle, ver Anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI del 25 de junio de 2009, págs. 45-48.

este conjunto de bienes y servicios a la venta de hamburguesas en los establecimientos *free standing*, debido a que cada una de estas opciones se encuentra relacionada con diferentes momentos de consumo.

225. Por otro lado, esta Comisión considera que los establecimientos ubicados en otros centros comerciales tampoco pueden ser considerados sustitutos adecuados, por las mismas razones recogidas en el análisis de sustituibilidad del mercado relevante. En efecto, de acuerdo a este análisis, durante el periodo investigado (1997-2007), no existían centros comerciales que pudieran ser considerados sustitutos adecuados del Jockey Plaza.
226. Habiéndose determinado que el mercado afectado no incluye a los establecimientos *free standing* ni a los establecimientos ubicados dentro de otros centros comerciales sino sólo a los establecimientos ubicados dentro del Jockey Plaza, corresponde analizar si existen sustitutos adecuados a la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's en el Jockey Plaza.
227. Al respecto, es posible afirmar que la marca más similar a la marca McDonald's, debido a las características de sus productos (precio, sabor y cantidad, que responden a estándares internacionales), es Burger King. En ese sentido, con la finalidad de identificar la posible existencia de sustitutos adecuados a la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's y Burger King, se evaluará la información presentada por Arcos Dorados y Sigdelo acerca de la competencia que enfrentan en la venta de hamburguesas.
228. Al respecto, el Tercer Informe de Sigdelo muestra la evaluación del seguimiento de la marca Burger King frente a sus competidoras McDonald's y Bambos. La evaluación consistió en una comparación de las marcas en relación con porcentajes de consumo, satisfacción de los consumidores, entre otros¹⁴⁸.
229. En esa misma línea, el Primer Informe de Arcos Dorados muestra la estimación de venta potencial de hamburguesas de la marca McDonald's, considerando las ventas potenciales de Bambos y Burger King¹⁴⁹. Asimismo, en respuesta a un requerimiento de información de la Secretaría Técnica, Arcos Dorados identificó como sus competidores directos a las empresas comercializadoras de las marcas Bambos y Burger King¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Ver Tercer Informe de Sigdelo. Asimismo, ver Informe Técnico 025-2011/ST-CLC-INDECOPI, págs. 158-161.

¹⁴⁹ Ver Primer Informe de Arcos Dorados.

¹⁵⁰ Específicamente, Arcos Dorados señaló lo siguiente:

Anexo 12.F
IDENTIFICACIÓN DE COMPETIDORES

*ARCOS DORADOS Considera como competidores en general, aunque en distintos grados, a todos aquellos establecimientos que expendan comida y que están ubicados dentro de su **área de mercado**. Más específicamente, ARCOS DORADOS considera como competidores a aquellos locales comerciales que, encontrándose en su área de mercado, sean restaurantes: (i) de comida rápida que ofrecen hamburguesas como menú principal (principalmente, Bambos y Burger King); (ii) de servicio rápido que ofrecen otros productos que no sean hamburguesas como menú principal (por ejemplo, KFC), (iii) que ofrecen servicio rápido de cualquier producto a un precio accesible (Pizza Hut o Domino's); y, (iv) que ofrecen variedad de productos a un precio más alto (Chilis o Friday). Es importante precisar que la clasificación de restaurantes antes expuesta ha sido ordenada tomando como criterio el grado de competencia directa que cada clase de restaurante implica para los*

230. En similar sentido, Bombos S.A. (en adelante, Bombos) también identificó como competidores directos a las empresas comercializadoras de las marcas Burger King y McDonald's¹⁵¹.
231. Como se desprende de la información presentada por Arcos Dorados, Sigdelo y Bombos, estas empresas se consideran a sí mismas como competidoras en la venta de hamburguesas, a través de sus marcas McDonald's, Burger King y Bombos, respectivamente.
232. Adicionalmente, en la investigación denominada "Compartiendo Experiencias: Caso Bombos Burger Grill"¹⁵² se identificó como principales competidores de Bombos a McDonald's y Burger King¹⁵³. En ese sentido, esta investigación confirma que las hamburguesas de la marca Bombos pueden ser consideradas como sustitutos adecuados de las hamburguesas de las marcas McDonald's y Burger King.
233. Al respecto, cabe precisar que, si bien las hamburguesas de Bombos tienen precios relativamente mayores que las hamburguesas de McDonald's y Burger King, esta circunstancia se podría explicar por el hecho que las primeras tienen un mayor volumen y un sabor adaptado a las preferencias de los consumidores peruanos. En ese sentido, esta Comisión considera que, a pesar de la diferencia de precios, Bombos puede generar presión competitiva para Arcos Dorados y Sigdelo, y viceversa.

restaurantes de McDonald's siendo el nivel de competencia más directa aquel ocupado por los restaurantes de comida rápida que ofrecen hamburguesas como menú principal (principalmente, Bombos, Burger King). (...).

Ver escrito del 22 de enero de 2010. Anexo 12.F (foja 1992 del Expediente).

¹⁵¹ Específicamente, Bombos señaló lo siguiente:

(...)
Consideramos competencia directa sólo a Burger King y Mc Donalds, debido a que éstos establecimientos comerciales se dedican específicamente a la comercialización de hamburguesas.
(...).

Ver escrito del 5 de febrero de 2010 (foja 3232 del Expediente).

¹⁵² AMROP INTERNATIONAL y UNIVERSIDAD DE PIURA, Escuela de Dirección (PAD). Compartiendo Experiencias. Caso Bombos Burguer Grill. Número 1 Marzo de 2002, págs. 5, 11. Disponible en: <http://cdiserver.mba-sil.edu.pe/mbapage/BoletinesElectronicos/Estudios%20de%20casos/bombos01.pdf>

¹⁵³ Específicamente, se señaló lo siguiente:

(...) Burger King todavía hoy no lograba desplazar a Bombos del liderazgo del segmento de hamburguesas.

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

En Lima compiten fuertemente Bombos, McDonald's y Burger King. (...). Sólo podría crecer una empresa arrebatando los clientes de otra, lo cual significaría de una forma u otra guerra de precios que llevaría a disminuir los márgenes y por tanto la rentabilidad del sector. (...)

(...) En su mercado primario Bombos enfrenta a McDonald's (MD) y Burger King (BK).

234. De acuerdo a lo anterior, si bien es posible afirmar que existe una relación de competencia más estrecha entre Arcos Dorados y Sigdelo, debido a las características de sus productos (precio, sabor y cantidad, que responden a estándares internacionales), considerando que Bambos puede generarles presión competitiva, esta Comisión considera que el mercado afectado incluye el conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bambos en el Jockey Plaza.
235. En ese sentido, corresponde analizar si la venta de comida rápida en el Jockey Plaza puede ser considerada un sustituto adecuado de la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bambos en dicho centro comercial.
236. Al respecto, si bien es posible afirmar que existe cierta similitud entre las hamburguesas y el resto de productos de comida rápida (por ejemplo, pizza, pollo o chifa), no se ha encontrado evidencia que acredite que esta similitud implique indiferencia por parte del consumidor sobre las características físicas y de sabor de esos productos. Las hamburguesas son un producto claramente diferenciado del resto de productos de comida rápida y su disimilitud con esos otros productos es significativa, tanto para los consumidores como para los productores.
237. Asimismo, un elemento adicional que confirma que la venta de comida rápida no es un conjunto de productos homogéneos o significativamente similares, que puedan ser considerados sustitutos entre sí, es el hecho que la negativa concertada entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo se encuentra dirigida única y exclusivamente contra un competidor en la venta de hamburguesas (Arcos Dorados), a pesar de que Sigdelo también participa en la venta de otros productos de comida rápida (por ejemplo, pizza y pollo).
238. En tal sentido, esta Comisión considera que la similitud entre las hamburguesas y el resto de productos de comida rápida no es tan estrecha como la que existe entre las hamburguesas de Arcos Dorados, Sigdelo y Bambos y, en consecuencia, no es suficiente como para incluir a estos otros productos en el mercado afectado.

6.2.3. Conclusión sobre el mercado afectado

239. Por lo tanto, considerando el servicio solicitado por Arcos Dorados, el alcance de la negativa concertada entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, las características de los consumidores del producto en cuestión, las características de los productos de Arcos Dorados, Sigdelo y Bambos, y la información presentada por estas empresas, esta Comisión considera que el mercado afectado está definido por el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el Jockey Plaza, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bambos.

6.3. Determinación de los efectos de la conducta

240. Una conducta destinada a provocar la salida o impedir la entrada de un competidor produce o puede producir un efecto negativo en el proceso competitivo siempre que restrinja significativamente el nivel de competencia y, en consecuencia, reduzca las opciones que los consumidores hubieran tenido a su disposición si no se hubiera realizado la conducta, afectando su capacidad para acceder a productos o servicios de precios bajos y de buena calidad.
241. En el presente caso, la conducta de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo¹⁵⁴ estaba destinada a impedir la entrada de Arcos Dorados. En ese sentido, corresponde determinar si la conducta denunciada produjo o pudo producir un efecto negativo en el mercado afectado previamente definido como el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el Jockey Plaza, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bombos. Para ello, será necesario determinar si la conducta restringió de manera significativa el nivel de competencia entre Arcos Dorados, Sigdelo y Bombos y si, en consecuencia, redujo las opciones que los consumidores hubieran tenido a su disposición en el Jockey Plaza si no se hubiera realizado la conducta.
242. En lo que se refiere a la restricción del nivel de competencia, como se ha señalado, la conducta denunciada impidió que Arcos Dorados participara en la venta de hamburguesas en el Jockey Plaza y, en consecuencia, provocó que, en lugar de tres competidores, sólo participaran dos competidores, Sigdelo y Bombos, en el mercado afectado. En otras palabras, la conducta eliminó la presión competitiva que Arcos Dorados podría haber generado en la venta de hamburguesas en el Jockey Plaza.
243. La restricción del nivel de competencia puede estimarse a partir del porcentaje de ventas del mercado que resultó afectado por la conducta¹⁵⁵. La importancia de este indicador en el análisis de las restricciones verticales ha sido reconocida por la Comisión Europea en los siguientes términos:

Los acuerdos verticales pueden revestir muchas formas. Es por tanto importante analizar la naturaleza del acuerdo en términos de las restricciones que contiene, la duración de dichas restricciones y el porcentaje de ventas totales en el mercado afectado por las restricciones. Puede ser necesario ir más allá de los términos expresos del acuerdo. De

¹⁵⁴ Cabe precisar que, para la determinación de los efectos de la conducta, toda referencia a Sigdelo se encontrará relacionada con las ventas de hamburguesas de la marca Burger King y no con las ventas de los productos de las demás marcas de esta empresa. Ello, considerando que el mercado afectado está definido por el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el Jockey Plaza, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bombos.

¹⁵⁵ Por ejemplo, en un caso sobre abuso de posición de dominio en la modalidad de contratos de exclusividad, esta Comisión estimó la afectación de la competencia a partir del porcentaje del mercado cubierto por los contratos de exclusividad materia de denuncia. Ver: Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI del 25 de junio de 2009.

la aplicación práctica del acuerdo y de los incentivos que tienen las partes pueden derivarse restricciones implícitas¹⁵⁶.

[Énfasis agregado]

244. En el presente caso, esta Comisión considera que es posible estimar la restricción del nivel de competencia en el mercado afectado a partir del porcentaje de ventas de hamburguesas que Arcos Dorados podría haber tenido en el Jockey Plaza si no se hubiera realizado la conducta.
245. Para aproximar este porcentaje, es posible utilizar como referencia la cuota de mercado alcanzada por Arcos Dorados en un escenario en el que sí haya podido competir con Sigdelo y Bambos. En el presente caso, se utilizará como referencia la cuota de mercado alcanzada por Arcos Dorados en el mercado de venta de hamburguesas en establecimientos *free standing* en Lima, durante el periodo investigado. Cabe precisar que, en este mercado, Arcos Dorados sí compitió con Sigdelo y Bambos.
246. A continuación, se describe el procedimiento aplicado para determinar esta cuota de mercado. Para identificar las participaciones de mercado correspondientes a Arcos Dorados, Sigdelo y Bambos, se ha dividido el ingreso bruto anual obtenido por cada una de estas empresas en sus establecimientos *free standing* de Lima entre el número de establecimientos *free standing* que tenía cada una de ellas en Lima, durante el periodo investigado (1997-2007)¹⁵⁷, para hallar los ingresos promedio anuales de cada empresa. Estos ingresos promedio anuales se han dividido entre el precio del producto más vendido por cada una de estas empresas en cada uno de los años del periodo investigado¹⁵⁸, para hallar las cantidades promedio anuales de cada empresa. Luego, estas cantidades promedio anuales se han sumado, para hallar las cantidades promedio totales de cada empresa durante el periodo investigado. Finalmente, se ha dividido la cantidad promedio total de Arcos Dorados entre la suma de las cantidades promedio totales de Arcos Dorados, Sigdelo y Bambos, para hallar la cuota de mercado de Arcos Dorados en el mercado de venta de hamburguesas en establecimientos *free standing* en Lima, durante el periodo investigado¹⁵⁹.
247. De acuerdo a lo anterior, se ha determinado que el porcentaje de ventas de hamburguesas que Arcos Dorados podría haber tenido en el Jockey Plaza si no se hubiera realizado la conducta hubiera sido significativo ([]%). En

¹⁵⁶ COMUNIDAD EUROPEA. *Comunicación de la Comisión* 2010/C 130/01. Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010, pág. 25.
Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>

¹⁵⁷ Cabe precisar que, considerando que la denuncia se presentó el 26 de setiembre de 2007, se han descontado los ingresos brutos obtenidos entre el 27 de setiembre y el 31 de diciembre de 2007. En términos prácticos, se ha dividido el ingreso bruto obtenido por cada empresa en dicho año entre 365 y, este resultado, se ha multiplicado por 269.

¹⁵⁸ Cabe precisar que los precios de cada año fueron construidos a partir del precio del producto más vendido por cada empresa en el 2010 y la variación anual del IPC del Banco Central de Reserva del Perú. El precio del producto más vendido de Burger King en el 2010 fue de S/. 13.90, el de Bambos fue de S/. 17.90 y el de McDonald's fue de S/. 13.00.

¹⁵⁹ Para mayor detalle, ver Cuadro 1 del Anexo II de la presente Resolución.

[CONFIDENCIAL]

consecuencia, esta Comisión considera que la conducta de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo restringió significativamente el nivel de competencia en el mercado afectado.

248. En lo que se refiere a la reducción de las opciones de los consumidores, como se ha señalado, la conducta denunciada impidió que Arcos Dorados participara en la venta de hamburguesas en el Jockey Plaza y, en consecuencia, provocó que, en lugar de tres opciones, los consumidores sólo tuvieran dos opciones a su disposición, Sigdelo y Bombos, en el mercado afectado. Adicionalmente, cabe resaltar que la conducta eliminó la opción más económica. En efecto, mientras que el precio del producto más vendido de Bombos en el 2010 fue de S/. 17.90 y el de Burger King fue de S/. 13.90, el de McDonald's fue de sólo S/. 13.00.
249. Por último, cabe señalar que, en el presente caso, la reducción de las opciones de los consumidores es equivalente a la restricción del nivel de competencia en el mercado afectado y, por tanto, significativa.

6.4. Conclusión sobre los efectos de la conducta

250. Por lo tanto, esta Comisión considera que la conducta produjo un efecto negativo en el mercado afectado previamente definido como el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el Jockey Plaza, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bombos. En particular, la conducta restringió de manera significativa el nivel de competencia entre Arcos Dorados, Sigdelo y Bombos y, en consecuencia, redujo las opciones que los consumidores hubieran tenido a su disposición en el Jockey Plaza si no se hubiera realizado la conducta.
251. De acuerdo a lo anterior, se ha acreditado el cumplimiento del tercer requisito para que se configure la conducta denunciada¹⁶⁰. En tal sentido, corresponde verificar si no existe una justificación comercial válida para la conducta denunciada.

VII. AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN

252. Como se ha señalado, el derecho a la libre contratación no es absoluto o irrestricto, sino que debe ser ejercido de forma que no contravenga normas de orden público, como aquellas que protegen la libre competencia. De ese modo, las normas de defensa de la libre competencia constituyen un límite constitucional al derecho a la libre contratación¹⁶¹.

¹⁶⁰ Como se ha señalado en el punto 3.3. de la sección III de la presente Resolución, para que una conducta pueda ser calificada como una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, se debe acreditar el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos:

- i. Que existió un acuerdo o práctica concertada para negarse a contratar.
- ii. Que uno de los agentes que participó en el acuerdo ostentaba posición de dominio.
- iii. Que la conducta produjo o pudo producir efectos anticompetitivos.

Si se determina que estos requisitos se cumplen, se deberá verificar si no existe una justificación comercial válida para la conducta denunciada.

¹⁶¹ Al respecto, ver el punto 3.1. de la sección III de la presente Resolución.

253. De acuerdo a lo anterior, en principio, una negativa a contratar se encuentra protegida por el derecho a la libre contratación. Sin embargo, (i) si esta conducta se hubiera originado en un acuerdo para negarse a contratar, (ii) si uno de los agentes que participó en este acuerdo hubiera ostentado posición de dominio, y (iii) si esta conducta hubiera producido efectos anticompetitivos, podría encontrarse prohibida por el Decreto Legislativo 1034 y, en consecuencia, podría ser sancionada por esta Comisión.
254. Al respecto, cabe precisar que, aun cuando se hubiera acreditado el cumplimiento de estos requisitos, la conducta podría encontrarse protegida por el derecho a la libre contratación si se verificara que cuenta con una justificación comercial válida. Para poder realizar esta verificación, es necesario evaluar las justificaciones planteadas por las empresas investigadas –que son quienes están en mejores condiciones para identificarlas y acreditarlas– y determinar si efectivamente califican como justificaciones comerciales válidas.
255. Para que pueda considerarse que una negativa a contratar cuenta con una justificación comercial válida, esta justificación debe encontrarse relacionada con una causa objetiva que impide contratar (por ejemplo, el demandante es un mal pagador) o con la generación de efectos positivos en el proceso competitivo y en el bienestar de los consumidores (por ejemplo, una reducción de costos que permita una disminución de precios) que superen los efectos negativos previamente identificados.
256. Las negativas a contratar pueden ser unilaterales o pueden originarse en acuerdos para negarse a contratar.
257. En el presente caso, Administradora Jockey Plaza sostiene que *“el acuerdo de exclusividad suscrito entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo no tiene como efecto impedir que Arcos Dorados participe en el mercado, por el contrario, la aplicación del mismo conlleva consecuencias económicamente eficientes”*¹⁶². Como puede apreciarse, Administradora Jockey Plaza califica su conducta como un contrato de exclusividad.
258. Al respecto, es importante precisar que los contratos de exclusividad no están prohibidos en sí mismos. Por el contrario, esta Comisión reconoce que los contratos de exclusividad pueden generar efectos positivos en el proceso competitivo (ganancias en eficiencia). Así, por ejemplo, los contratos de exclusividad:
- (i) Permiten una reducción de costos de transacción ya que, al mantener a un único distribuidor en determinada zona geográfica, el productor evita numerosos tratos con diversos distribuidores¹⁶³. Esta reducción de costos de transacción puede permitir la provisión de bienes a menores precios.

¹⁶² Folio 6145 del Expediente.

¹⁶³ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: *“(...) los acuerdos de distribución exclusiva comportan una serie de ventajas. Al nombrar un distribuidor exclusivo, el suministrador evita numerosos tratos con un gran número de comerciantes, puede intensificar sus esfuerzos de venta y racionalizar su distribución (...)”*. En BELLAMY,

- (ii) Permiten que se alcancen economías de escala en la distribución del producto. En efecto, el único distribuidor que opera en determinada zona geográfica podrá abastecer a un número de clientes mayor (todos aquellos ubicados en el área geográfica asignada) al que hubiera podido abastecer si en dicha zona operasen más distribuidores. Así, los costos fijos del distribuidor se prorratan y diluyen entre un mayor número de ventas¹⁶⁴.
- (iii) Permiten la corrección de fallas de mercado (externalidades) y del comportamiento oportunista (*free rider*) de otros distribuidores. En efecto, si el productor mantuviera dos o más distribuidores, podrían generarse desincentivos para que éstos inviertan en servicios de pre-venta (folletos informativos, pruebas de funcionamiento, demostraciones, entre otros medios de publicidad)¹⁶⁵.
- (iv) Solucionan los problemas del *hold up*¹⁶⁶ en las inversiones¹⁶⁷.
- (v) Facilitan que un agente económico que no cuenta con su propia organización de distribución pueda lograr la penetración de su producto en el mercado. En efecto, si no otorgara la exclusividad, la empresa distribuidora podría no aceptar encargarse de la provisión del mercado¹⁶⁸.
- (vi) Incentivan la búsqueda de fuentes alternativas de aprovisionamiento, dinamizando de esta manera la competencia inter-marca¹⁶⁹.
- (vii) Cuando no es posible desarrollar competencia dentro del mercado, se puede desarrollar competencia por los derechos de operar en ese mercado. Los contratos de exclusividad obtenidos como resultado de una licitación, por ejemplo, podrán acercar el precio al de competencia,

Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Traducción al español realizada por Enric Picañol. Primera Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992, pág. 316.

¹⁶⁴ Ver: Informe 010-2005-INDECOPI/ST-CLC, emitido en el procedimiento iniciado por Asociación Peruana de Operadores Portuarios contra Pilot Station S.A., y "Manual para investigar conductas anticompetitivas". Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República. Montevideo, Uruguay. Disponible en: <http://www.ccee.edu.uy/posgrado/maesec/anticompetiti.PDF>.

¹⁶⁵ Ver Informe 010-2005-INDECOPI/ST-CLC, emitido en el procedimiento iniciado por Asociación Peruana de Operadores Portuarios contra Pilot Station S.A., y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del Derecho de la Competencia". En: *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, España. Noviembre de 2004, pág. 17. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121345/167793>.

¹⁶⁶ FELLI, Leonardo y Kevin ROBERTS (2000). Does Competition Solve the Hold-up Problem? Nuffield College Economics Working Papers Series. Departamento de Economía de la Universidad de Oxford, abril 2000, 02 pp. Disponible en: <http://www.nuff.ox.ac.uk/economics/papers/2000/w11/compet.pdf>

¹⁶⁷ URIBE PIEDRAHÍTA, Carlos Andrés. Cierre Vertical de mercados. *Revista de Derecho Competencia de la Pontificia Universidad Javeriana*. Bogotá, Colombia, Volumen 6, N° 6. Enero-diciembre 2010, pág. 45.

¹⁶⁸ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. Cit., pág. 315.

¹⁶⁹ Ver Informe 010-2005-INDECOPI/ST-CLC, emitido en el procedimiento iniciado por Asociación Peruana de Operadores Portuarios contra Pilot Station S.A.

eliminando o reduciendo la posibilidad de ejercicio de poder de mercado del operador monopólico. Este tipo de estrategia es conocida como “Competencia a la Demsetz” o “Competencia por el mercado”¹⁷⁰.

259. Sin embargo, en el presente caso, no nos encontramos frente a un contrato de exclusividad sino frente a un simple acuerdo para negarse a contratar con un competidor en particular, cuyo único objetivo era excluir del mercado afectado a ese competidor específico.
260. En efecto, mediante la conducta denunciada, no se otorgó a un agente económico la exclusividad en el arrendamiento de establecimientos destinados a la venta de hamburguesas en el Jockey Plaza. En otras palabras, no se restringió la posibilidad de que cualquier tercero dedicado a la venta de hamburguesas arrendara un establecimiento en el Jockey Plaza sino única y exclusivamente la posibilidad de que Arcos Dorados lo hiciera.
261. En ese sentido, habiendo quedado demostrado (i) que la conducta denunciada se originó en un acuerdo para negarse a contratar, (ii) que uno de los agentes que participó en este acuerdo ostentó posición de dominio, y (iii) que esta conducta produjo efectos anticompetitivos, corresponde evaluar las justificaciones planteadas por Administradora Jockey Plaza y Sigdelo y determinar si efectivamente califican como justificaciones comerciales válidas.
262. Al respecto, cabe señalar que Administradora Jockey Plaza y Sigdelo han planteado básicamente dos justificaciones: la necesidad de garantizar un *tenant mix* adecuado en el Jockey Plaza y la necesidad de retribuir la inversión realizada por Sigdelo con la finalidad de garantizar la viabilidad de dicho centro comercial.
263. Acerca de la necesidad de garantizar un *tenant mix* adecuado, Administradora Jockey Plaza ha sostenido que, para maximizar la rentabilidad de su modelo de negocio, debe lograr el *tenant mix* adecuado para atraer a la mayor cantidad de público objetivo posible. Específicamente, ha señalado que, “*si la gerencia de Administradora Jockey Plaza considera que cierta combinación de locatarios constituye un tenant mix adecuado, y además, la empresa puede obtener beneficios adicionales suscribiendo un acuerdo de exclusividad; esa conducta resultaría consistente con sus objetivos*”¹⁷¹.
264. Asimismo, Administradora Jockey Plaza ha afirmado que la justificación económica de este tipo de acuerdos, que buscan garantizar un *tenant mix* adecuado, consiste en evitar la canibalización del negocio. En ese sentido, ha señalado que la decisión de contar con dos franquicias de venta de hamburguesas en el Jockey Plaza se justifica en la necesidad de garantizar un adecuado *tenant mix*, circunstancia que responde a criterios comerciales basados en la libertad contractual.

¹⁷⁰ CHURCH, Jeffrey y Ware, Roger (2003). *Industrial Organization: A Strategic Approach*. Irwin McGraw-Hill. Pág. 761.

¹⁷¹ Folio 6145 del Expediente.

265. Por su parte, Sigdelo también ha sostenido que la forma de contratar con Administradora Jockey Plaza se justifica en la necesidad de garantizar un *tenant mix* que haga viable el negocio. Específicamente, ha señalado que el *tenant mix* resulta fundamental al momento de operar centros comerciales de administración centralizada.
266. Asimismo, Sigdelo ha señalado que, cuando Administradora Jockey Plaza inició sus operaciones, en 1997, el modelo comercial de administración centralizada fue pionero en su rubro, por lo que resultaba razonable la celebración de acuerdos que garanticen una oferta suficientemente variada de productos para los consumidores, con el objeto de evitar el fracaso del proyecto¹⁷².
267. Por otro lado, Arcos Dorados ha negado que esta justificación califique como una justificación comercial válida para excluirla del Jockey Plaza. En particular, ha resaltado que, mediante la Carta de Respuesta, la propia Administradora Jockey Plaza reconoció que tenía interés en contar con la marca McDonald's pero alegó que existían limitaciones de tipo contractual que se lo impedían¹⁷³. En opinión de Arcos Dorados, este reconocimiento demostraría que, en realidad, la conducta denunciada no se encuentra relacionada con el *tenant mix* del Jockey Plaza.
268. Al respecto, cabe señalar que el diseño del *tenant mix* toma en cuenta criterios de diferenciación horizontal, destinados a obtener una composición de oferta de productos distinta a la de otros centros comerciales, y criterios de diferenciación vertical, destinados a conseguir una calidad de oferta de producto distinta a la de otros centros comerciales de similar composición¹⁷⁴.
269. En ese sentido, los Lineamientos de la OFT señalan que una exclusividad podría no ser indispensable para asegurar un *tenant mix* adecuado, pues este objetivo también podría alcanzarse, por ejemplo, estableciendo un número determinado de locales comerciales por tipo de producto o servicio¹⁷⁵.

¹⁷² Folio 5933 del Expediente.

¹⁷³ Folio 6004 del Expediente.

¹⁷⁴ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “La diferenciación es la clave del éxito. De acuerdo con el análisis efectuado sobre los factores que contribuyen al éxito de los centros comerciales, se ha determinado que el *tenant mix* juega un papel fundamental. En opinión de los entrevistados, el *tenant mix* se relaciona con el balance perfecto de productos y servicios que el centro comercial considera adecuado para el segmento meta al cual va dirigido y el que coloca a disposición de su público objetivo a través de la asignación de los diferentes tipos de tienda, espacios de entretenimiento, número de tiendas ancla, entre otros. Asimismo, el objetivo de la administración del centro comercial es proveer el *mix* del negocio que el consumidor espera y que a su vez sea rentable”. En: REGALADO, Otto, César FUENTES, Gonzalo AGUIRRE, Nadia GARCÍA, Román MIU, Renato VALLEJO. *Factores críticos de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y el Callao*. Lima: ESAN. 2009. Pág. 161.

¹⁷⁵ Específicamente, la OFT indica lo siguiente: “(...) el criterio de indispensabilidad (respecto del cual se determina si un acuerdo puede resultar una excepción permitida aún cuando restrinja la competencia) puede no cumplirse cuando los propietarios de un centro comercial provean derechos de exclusividad de operación a arrendatarios con la finalidad de propiciar un *mix* particular. (...) este objetivo podría ser incluso potencialmente alcanzado mediante cláusulas que restrinjan las modalidades de explotación de los locales”. Traducción libre de: “(...) the indispensability criterion may not be met where a shopping centre owner is granting an exclusive right to a retailer to operate as a particular type of retailer in an area in pored to ensure a particular *mix* of different types of retailer. (...) this objective could potentially be achieved through covenants in lease agreement which restrict how different retail units may be used”.
Ver: Lineamientos de la OFT. Disponible en: <http://www.of.t.gov.uk/news-and-updates/press/2011/42-11>

270. Asimismo, cabe precisar que, al diseñar su *tenant mix*, cada centro comercial busca organizar una oferta variada por tipo de producto, que se ajuste a la demanda del consumidor objetivo que desea atender. Así, la decisión de Administradora Jockey Plaza de contar con dos franquicias de venta de hamburguesas en el Jockey Plaza podría haber respondido a las características de la demanda del consumidor objetivo que deseaba atender.
271. Sin embargo, si se analizan las características del acuerdo para negarse a contratar celebrado entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, es posible observar que, en realidad, esta conducta no se encontraba relacionada con la necesidad de diseñar un determinado *tenant mix* sino única y exclusivamente con el deseo de excluir del Jockey Plaza a un competidor en particular: Arcos Dorados.
272. En efecto, el acuerdo para negarse a contratar no diseñó un *tenant mix* específico ni estableció el número máximo de empresas dedicadas a la venta de hamburguesas que podrían arrendar un establecimiento en el Jockey Plaza ni recogió la decisión de contar con sólo dos empresas dedicadas a esta actividad sino que se limitó a excluir del Jockey Plaza a una marca en particular: McDonald's. De acuerdo a lo anterior, es posible afirmar que el acuerdo para negarse a contratar no podría haber impedido la participación de tres, cuatro o cinco empresas dedicadas a la venta de hamburguesas en el Jockey Plaza, circunstancia que podría haber alterado el *tenant mix* que supuestamente se buscaba garantizar.
273. Por lo tanto, esta Comisión considera que la conducta denunciada no se encontraba relacionada con la necesidad de garantizar un determinado *tenant mix*, por lo que la primera justificación planteada por las denunciadas no es válida.
274. En lo que se refiere a la necesidad de retribuir la inversión realizada por Sigdelo, Administradora Jockey Plaza ha sostenido que el acuerdo para negarse a contratar "*otorga seguridad a los operadores que compartieron el riesgo inicial*". Asimismo, ha señalado que, en cualquier proyecto de gran envergadura, el otorgamiento de condiciones preferenciales a los operadores que compartieron el riesgo inicial es válido y que "*un comportamiento similar se observa en los sectores de infraestructura, como electricidad, gas, puertos, entre otros*"¹⁷⁶.
275. Por su parte, Sigdelo ha sostenido que el acuerdo para negarse a contratar se justifica en la necesidad de garantizar la inversión realizada y "*compensar el gran nivel de riesgo que se enfrentaba en esa época al embarcarse en un proyecto como el Jockey Plaza*"¹⁷⁷.
276. Por otro lado, Arcos Dorados ha negado que esta justificación califique como una justificación comercial válida para excluirla del Jockey Plaza. En particular, ha

¹⁷⁶ Folio 6146 del Expediente.

¹⁷⁷ Folios 5933 y 5934 del Expediente.

señalado que, “después de CATORCE AÑOS, tampoco resulta verosímil argumentar hoy que este caso trate sobre una restricción beneficiosa para el mercado, que habría atraído la inversión en un nuevo centro comercial. Primero sería bastante exagerado decir que Burger King fue la única razón que soportó la decisión de construir el centro comercial Jockey Plaza y, segundo, es insostenible argumentar que la inversión inicial de Burger King en sus instalaciones en dicho centro comercial no haya sido recuperada aún”.¹⁷⁸

277. Asimismo, Arcos Dorados ha reconocido que, en algunos casos, una limitación temporal podría encontrar justificación en la necesidad de retribuir el financiamiento inicial de un centro comercial. Sin embargo, ha resaltado que esta limitación temporal sólo debería tener una duración equivalente al plazo necesario para recuperar la referida inversión inicial.
278. Al respecto, cabe señalar que, para garantizar la viabilidad de un proyecto, se debe tener en cuenta, entre otros factores, la tasa de retorno del proyecto y el plazo necesario para recuperar lo invertido.
279. Sin embargo, en el presente caso, los denunciados no han cumplido con precisar cuál es el monto al que ascendió la inversión realizada por Sigdelo ni cuál es el porcentaje de dicha inversión que esta empresa recupera anualmente como consecuencia del acuerdo para negarse a contratar. En ese sentido, no es posible verificar si el plazo de veinte (20) años establecido en dicho acuerdo era necesario para que Sigdelo recuperara su inversión inicial.
280. Por lo tanto, esta Comisión considera que la conducta denunciada no se encontraba relacionada con la necesidad de retribuir la inversión realizada por Sigdelo, por lo que la segunda justificación planteada por las denunciadas tampoco es válida.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

281. Habiendo quedado demostrada la existencia de una infracción al Decreto Legislativo 701, corresponde determinar una sanción adecuada para los infractores.

8.1. Reglas para la determinación de la sanción

282. Uno de los principios que rige el procedimiento administrativo es el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa que creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Folio 5943 del Expediente.

¹⁷⁹ **Ley 27444**
Título Preliminar
Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

283. Las sanciones de tipo administrativo tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. Ello implica que la magnitud de dichas sanciones debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar las infracciones. El objetivo es garantizar que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo, no sólo sobre las empresas infractoras sino sobre el resto de agentes económicos del mercado. Sin perjuicio de ello, la autoridad de competencia tiene la posibilidad de graduar la sanción, incrementándola o disminuyéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que resulten aplicables en cada caso concreto.
284. En efecto, el Decreto Legislativo 701 señala en su artículo 23¹⁸⁰ los criterios que la Comisión debe considerar para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, a saber:
- i. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
 - ii. La dimensión del mercado afectado.
 - iii. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
 - iv. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
 - v. La duración de la restricción de la competencia.
 - vi. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

180

Decreto Legislativo 701

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

a) Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

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

En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.

b) La dimensión del mercado afectado.

c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

8.2. Gravedad de la infracción

285. En el presente caso, la infracción identificada es una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar. En efecto, se ha comprobado que existió una negativa de Administradora Jockey Plaza para arrendarle locales comerciales a Arcos Dorados en el Jockey Plaza, para la comercialización de hamburguesas y productos complementarios, bajo el formato de comida rápida; conducta que tuvo su origen en el acuerdo existente entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo¹⁸¹, suscrito el 20 de febrero de 1997, y que se ha mantenido vigente por lo menos hasta el 26 de setiembre de 2007.
286. Al respecto, cabe precisar que las restricciones verticales no son anticompetitivas en sí mismas. En efecto, como se ha señalado, estas conductas pueden tener efectos positivos en determinados supuestos. Por ejemplo, cuando fomentan la competencia y mejoran la calidad de los productos o servicios¹⁸². Sin embargo, en el presente caso, la restricción vertical realizada mediante el acuerdo para negarse a contratar ha excluido directamente a un competidor en particular y no se ha acreditado la existencia de efectos positivos o de una justificación comercial válida. Por el contrario, ha quedado acreditado que la conducta produjo un efecto negativo en el mercado afectado previamente definido como el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el Jockey Plaza, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bembos.
287. En lo que se refiere a la dimensión del mercado afectado, como se ha señalado en la sección 6.4. de la presente Resolución, ha quedado acreditado que la conducta denunciada restringió de manera significativa el nivel de competencia entre Arcos Dorados, Sigdelo y Bembos y, en consecuencia, redujo las opciones que los consumidores hubieran tenido a su disposición en el Jockey Plaza si no se hubiera realizado la conducta.
288. Por otro lado, la cuota de mercado de Administradora Jockey Plaza en el mercado relevante (100%) y la cuota de mercado de Sigdelo en el mercado afectado ([]%) fueron significativas durante el periodo investigado.
289. Acerca del efecto de la restricción de la competencia, como se ha señalado, la conducta eliminó la presión competitiva que Arcos Dorados podría haber generado en la venta de hamburguesas en el Jockey Plaza y eliminó la opción más económica que los consumidores podrían haber tenido a su disposición en el Jockey Plaza.

¹⁸¹ Cabe precisar que, para la determinación de la sanción, toda referencia a Sigdelo se encontrará relacionada con las ventas de hamburguesas de la marca Burger King y no con las ventas de los productos de las demás marcas de esta empresa. Ello, considerando que el mercado afectado está definido por el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el Jockey Plaza, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bembos.

¹⁸² COMUNIDAD EUROPEA.. Op. Cit., pág. 23.

290. Finalmente, sobre la duración de la restricción de la competencia, cabe señalar que, considerando que los contratos de subarrendamiento se pactaron por un plazo de diez (10) años, prorrogables automáticamente por otros diez (10) años, la duración de la restricción de la competencia podría haber sido de, por lo menos, veinte (20) años. Asimismo, cabe precisar que, durante la audiencia de informe oral, Administradora Jockey Plaza afirmó que la restricción podría mantenerse incluso por más de veinte (20) años, por lo que, en la práctica, la duración de la restricción de la competencia podría haber sido permanente.
291. Por lo tanto, atendiendo a la modalidad de la infracción, la dimensión del mercado afectado, las cuotas de mercado de las denunciadas, el efecto y la duración de la restricción de la competencia; esta Comisión considera que corresponde calificar la infracción como grave e imponer la multa correspondiente.

8.3. Cálculo de la multa

292. Para que una multa cumpla con su función disuasiva, debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar la infracción. El beneficio esperado por la realización de una conducta anticompetitiva se calcula considerando el beneficio extraordinario, real o potencialmente derivado de la infracción, y la probabilidad de detección de dicha infracción.
293. El beneficio extraordinario consiste en el beneficio que el infractor obtuvo o pudo haber obtenido por la realización de la infracción y que, en consecuencia, motivó su decisión. En ese sentido, desincentivar la realización de una conducta anticompetitiva implica que el infractor y los demás agentes económicos del mercado internalicen que todo el beneficio extraordinario derivado de una infracción les será extraído cuando la autoridad de competencia detecte la existencia de dicha infracción.
294. La probabilidad de detección consiste en la probabilidad de que la autoridad de competencia detecte la realización de la conducta anticompetitiva. Este elemento es importante debido a que el infractor podría considerar que, aun cuando podría perder el beneficio extraordinario, como consecuencia de la imposición de una sanción, le conviene realizar la infracción si no existe mayor riesgo de ser detectado.
295. Por lo tanto, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada, es necesario imponer una multa superior al beneficio extraordinario, con la finalidad de que los infractores reciban el mensaje de que, si bien puede ser difícil que la autoridad de competencia detecte su infracción, cuando ello ocurra, la sanción correspondiente será incrementada en una proporción equivalente a esta dificultad de detección.
296. Así, la sanción se calcula sobre la base del beneficio esperado por el infractor (beneficio extraordinario / probabilidad de detección), de modo que cumpla con su función de disuadir la infracción.

297. De acuerdo a lo anterior, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. En ese sentido, el cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula¹⁸³:

Fórmula para el cálculo de la multa

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

298. En primer lugar, se determinará el Beneficio Extraordinario, concepto que incluye toda clase de beneficio anticompetitivo real o potencialmente obtenido por las empresas infractoras como consecuencia de la realización de la infracción. Luego, se obtendrá el Beneficio Esperado dividiendo el Beneficio Extraordinario entre la Probabilidad de Detección de la conducta anticompetitiva.

299. Para el presente caso, el Beneficio Extraordinario obtenido por Sigdelo es equivalente a las ganancias adicionales que esta empresa obtuvo durante el periodo investigado, al haber impedido la entrada Arcos Dorados al Jockey Plaza.

300. Específicamente, el Beneficio Extraordinario de Sigdelo se deriva de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$B_{Ext} = \frac{((P_{BK} - C_{BK}) / P_{BK})(S_{BK_cr} - S_{BK_sr})(I_{BK} + I_{Bembos})}{Pr d}$$

Donde:

$((P_{BK} - C_{BK}) / P_{BK})$: Margen de utilidad operativa de Sigdelo en el Jockey Plaza.

$(S_{BK_cr} - S_{BK_sr})$: Diferencia entre la cuota de mercado de Sigdelo con restricción (compitiendo sólo con Bembos) y la cuota de mercado de Sigdelo sin restricción (compitiendo con Bembos y Arcos Dorados).

$(I_{BK} + I_{Bembos})$: Ingresos por ventas de Sigdelo y Bembos en el Jockey Plaza.

$Pr d$: Probabilidad de detección.

¹⁸³ Cabe precisar que, formalmente, se llega a esta fórmula de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

Donde:

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

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

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario

301. El primer factor de la fórmula se refiere al margen de utilidad operativa de Sigdelo en el Jockey Plaza. Una aproximación bastante cercana de este dato es el margen de utilidad operativa de Arcos Dorados, en su división de América Latina del Sur (que incluye las operaciones realizadas en Perú), para el 2007. Este margen es de 10%¹⁸⁴.
302. Al respecto, cabe señalar que Sigdelo y Arcos Dorados son empresas que cuentan con similares estándares internacionales en lo que se refiere al precio, la cantidad y el sabor de sus productos, por lo que esta Comisión considera razonable utilizar el margen de Arcos Dorados para aproximar el margen de utilidad operativa de Sigdelo.
303. El segundo factor de la fórmula se refiere a la cuota de mercado adicional que Sigdelo obtuvo en el Jockey Plaza al haber impedido la entrada de Arcos Dorados. En particular, se refiere a la participación que esta empresa tuvo en el escenario con restricción (compitiendo sólo con Bembos en el Jockey Plaza) menos la participación que esta empresa hubiera tenido en un escenario sin restricción (compitiendo con Bembos y Arcos Dorados).
304. Para determinar la cuota de mercado que Sigdelo tuvo en el escenario con restricción (compitiendo sólo con Bembos en el Jockey Plaza), se ha aplicado el siguiente procedimiento. Para identificar las participaciones de mercado correspondientes a Sigdelo y Bembos, se ha dividido el ingreso bruto anual obtenido por cada una de estas empresas en sus respectivos establecimientos del Jockey Plaza entre el precio del producto más vendido por cada una de ellas en cada uno de los años del periodo investigado^{185,186}, para hallar las cantidades promedio anuales de cada empresa. Luego, estas cantidades promedio anuales se han sumado, para hallar las cantidades promedio totales de cada empresa durante el periodo investigado. Finalmente, se ha dividido la cantidad promedio total de Sigdelo entre la suma de las cantidades promedio totales de Sigdelo y Bembos, para hallar la cuota de mercado que tuvo Sigdelo en el Jockey Plaza, durante el periodo investigado. De acuerdo a lo anterior, la cuota de mercado que Sigdelo tuvo en el escenario con restricción fue de []%¹⁸⁷.
305. Para determinar la cuota de mercado que Sigdelo hubiera tenido en un escenario sin restricción (compitiendo con Bembos y Arcos Dorados)¹⁸⁸, se ha

¹⁸⁴ Ver Reporte Anual de Arcos Dorados Holding Inc.
Disponible en: http://www.arcosdorados.net/resources_static_portal/attached/pdf/Final_Prospectus.pdf

¹⁸⁵ Cabe precisar que, considerando que la denuncia se presentó el 26 de setiembre de 2007, se han descontado los ingresos brutos obtenidos entre el 27 de setiembre y el 31 de diciembre de 2007. En términos prácticos, se ha dividido el ingreso bruto obtenido por cada empresa en dicho año entre 365 y, este resultado, se ha multiplicado por 269.

¹⁸⁶ Cabe precisar que los precios de cada año fueron construidos a partir del precio del producto más vendido por cada empresa en el 2010 y la variación anual del IPC del Banco Central de Reserva del Perú. El precio del producto más vendido de Burger King en el 2010 fue de S/. 13.90, el de Bembos fue de S/. 17.90 y el de McDonald's fue de S/. 13.00.

¹⁸⁷ Para mayor detalle, ver Cuadro 2 del Anexo II de la presente Resolución.

¹⁸⁸ Para aproximar esta cuota de mercado, es posible utilizar como referencia la cuota de mercado alcanzada por Sigdelo en un escenario en el que sí haya podido competir con Bembos y Arcos Dorados. En el presente caso, se utilizará como referencia la cuota de mercado alcanzada por Sigdelo en el mercado de venta de

aplicado el siguiente procedimiento. Para identificar las participaciones de mercado correspondientes a Sigdelo, Bombos y Arcos Dorados, se ha dividido el ingreso bruto anual obtenido por cada una de estas empresas en sus establecimientos *free standing* de Lima entre el número de establecimientos *free standing* que tenía cada una de ellas en Lima, durante el periodo investigado (1997-2007)¹⁸⁹, para hallar los ingresos promedio anuales de cada empresa. Estos ingresos promedio anuales se han dividido entre el precio del producto más vendido por cada una de estas empresas en cada uno de los años del periodo investigado¹⁹⁰, para hallar las cantidades promedio anuales de cada empresa. Luego, estas cantidades promedio anuales se han sumado, para hallar las cantidades promedio totales de cada empresa durante el periodo investigado. Finalmente, se ha dividido la cantidad promedio total de Sigdelo entre la suma de las cantidades promedio totales de Sigdelo, Bombos y Arcos Dorados, para hallar la cuota de mercado de Sigdelo en el mercado de venta de hamburguesas en establecimientos *free standing* en Lima, durante el periodo investigado. De acuerdo a lo anterior, la cuota de mercado que Sigdelo hubiera tenido en un escenario sin restricción hubiera sido de []%¹⁹¹.

306. Por lo tanto, el segundo factor de la fórmula, referido a la cuota de mercado adicional que Sigdelo obtuvo en el Jockey Plaza al haber impedido la entrada de Arcos Dorados, equivale a []%.
307. El tercer factor de la fórmula se refiere al total de ingresos brutos anuales de Sigdelo y Bombos en el Jockey Plaza. Para determinar este dato, se han sumado los ingresos brutos anuales obtenidos por Sigdelo y Bombos en el Jockey Plaza, durante todo el periodo investigado (1997-2007)¹⁹². Estos ingresos ascendieron a S/. [].
308. En tal sentido, el Beneficio Extraordinario es el producto del margen de utilidad operativa de Sigdelo en el Jockey Plaza, la cuota de mercado adicional que Sigdelo obtuvo en el Jockey Plaza al haber impedido la entrada de Arcos Dorados y el total de ingresos brutos anuales de Sigdelo y Bombos en el Jockey Plaza¹⁹³. Este Beneficio Extraordinario asciende a S/. []¹⁹⁴.

hamburguesas en establecimientos *free standing* en Lima, durante el periodo investigado. Cabe precisar que, en este mercado, Sigdelo sí compitió con Bombos y Arcos Dorados.

¹⁸⁹ Ver nota al pie 185.

¹⁹⁰ Ver nota al pie 186.

¹⁹¹ Para mayor detalle, ver Cuadro 1 del Anexo II de la presente Resolución.

¹⁹² Ver nota al pie 185.

¹⁹³ Para mayor detalle, ver Cuadro 3 del Anexo II de la presente Resolución.

¹⁹⁴ Cabe precisar que el Beneficio Extraordinario asciende a S/. []. Sin embargo, con la finalidad de que el Beneficio Extraordinario mantenga su valor en el tiempo y no se vea modificado por la posible devaluación de la moneda durante el periodo que ha durado la investigación, corresponde actualizar dicho valor a la fecha de la presente Resolución. Para ello, se ha utilizado la variación anual del IPC reportada por el Banco Central de Reserva del Perú correspondiente a los años 2008, 2009 y 2010.

309. En lo que se refiere a la probabilidad de detección, esta Comisión considera que era media y que, en consecuencia, debe tener un valor de 0.5. Ello, considerando que (i) el acuerdo para negarse a contratar no se incluyó directamente en los contratos de subarrendamiento celebrados entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo sino que se recogió en la Carta Adenda, (ii) Administradora Jockey Plaza no informó a Arcos Dorados la verdadera razón por la que se negaba a contratar con ella sino hasta que le envió la Carta de Respuesta, luego de reiteradas solicitudes de la denunciante, y (iii) Administradora Jockey Plaza no informó a Arcos Dorados con qué empresa había celebrado el acuerdo para negarse a contratar con ella sino hasta que la Secretaría Técnica se lo requirió formalmente como consecuencia de la interposición de la denuncia. Como se puede apreciar, estas circunstancias reflejan una intención de mantener oculta la conducta denunciada, reduciendo la probabilidad de detección.
310. Así, dividiendo el Beneficio Extraordinario (producto de los tres primeros factores) entre la Probabilidad de Detección, se obtiene que el Beneficio Esperado de Sigdelo asciende a un monto equivalente a quinientos sesenta y cuatro con cuatro décimas (564.4) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT)¹⁹⁵. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la infracción ha sido calificada como grave¹⁹⁶, esta Comisión considera que corresponde imponer a Sigdelo una multa de quinientos sesenta y cuatro con cuatro décimas (564.4) UIT.
311. En lo que se refiere al Beneficio Esperado de Administradora Jockey Plaza, esta Comisión considera que este beneficio asciende a un porcentaje de las utilidades que obtuvo de Sigdelo, durante el periodo investigado (1997-2007), como consecuencia del arrendamiento de sus establecimientos en el Jockey Plaza. Sin embargo, teniendo en cuenta (i) que no es posible determinar a cuánto ascendió este beneficio, (ii) que el acuerdo para negarse a contratar no se hubiera podido realizar sin su participación, (iii) que esta conducta produjo efectos anticompetitivos, (iv) que, durante la audiencia de informe oral, esta empresa afirmó que la restricción podría mantenerse incluso por más de veinte (20) años, por lo que, en la práctica, la duración de la restricción de la competencia podría haber sido permanente, y (v) que es necesario disuadir de manera efectiva la participación de esta empresa y la de otros centros comerciales en este tipo de infracción; esta Comisión considera que corresponde imponer a Administradora Jockey Plaza una multa de cien (100) UIT.
312. Finalmente, en relación con la sanción de los representantes de las empresas infractoras que participaron en la adopción del acuerdo para negarse a contratar, cabe precisar que la sanción de una persona natural busca que, al realizar determinada conducta, considere las consecuencias que puede generar y no pretenda protegerse en la ficción de la persona jurídica. En otras palabras, busca

¹⁹⁵ Para mayor detalle, ver Cuadro 3 del Anexo II de la presente Resolución.

¹⁹⁶ **Decreto Legislativo 701**

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

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

que las personas naturales también sean responsables por sus actos y decisiones. Cabe recordar que toda persona jurídica implica una ficción, pues no tiene existencia propia en la realidad. En ese sentido, los actos y decisiones que se adoptan y llevan a cabo al interior de una persona jurídica son realizados, en la práctica, por las personas naturales que integran sus órganos directivos y gerenciales.

313. Así, la sanción de las personas naturales que participan en los órganos directivos o gerenciales de una empresa y que adoptan la decisión de llevar a cabo una conducta calificada como anticompetitiva, permite desincentivar eficazmente la adopción de este tipo de conductas¹⁹⁷.
314. Al respecto, cabe precisar que la sanción de una persona natural debe guardar directa relación con su responsabilidad en la toma de decisiones al interior de la empresa que participó en la infracción administrativa. Aquellas personas naturales que tuvieron cargos de mayor jerarquía al interior de sus empresas o asociaciones deben ser objeto de mayores sanciones, toda vez que, cuando una persona ocupa un mayor nivel jerárquico dentro de una persona jurídica (i) tiene mayor acceso a información de la organización; (ii) puede tener mejor conocimiento de los efectos de sus decisiones; y, (iii) tiene mayor capacidad de influencia para decidir la adopción de una determinada conducta.
315. En el presente caso, los representantes de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, los señores Ricke y Carrillo, y Diez Canseco y Zúñiga, respectivamente, firmaron el acuerdo para negarse a contratar que originó el presente procedimiento y que ha sido calificado como una infracción grave al Decreto Legislativo 701 en la presente Resolución.
316. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el señor Ricke ha solicitado que se declare la prescripción de su participación en la infracción, alegando que dejó de ser Gerente General de Administradora Jockey Plaza y, en consecuencia, de participar en la conducta denunciada, el 12 de enero de 1998. Al respecto, cabe recordar que las infracciones al Decreto Legislativo 701 prescriben a los cinco (5) años¹⁹⁸. Por lo tanto, considerando que han transcurrido más de cinco (5) años entre la fecha en que el señor Ricke dejó de participar en la conducta denunciada y la fecha en que se inició el presente procedimiento, esta Comisión

¹⁹⁷ Al respecto, se ha señalado que, "(...) en muchas jurisdicciones, las agencias o las cortes pueden también multar a las personas naturales, es decir, al individuo específico que cometió la infracción, adicionalmente a la multa para la empresa. La lógica detrás de estos sistemas es que la sola imposición de sanciones a la empresa no puede asegurar un desincentivo adecuado. Las empresas se involucran en cárteles a través de la conducta de sus representantes que son personas naturales. Las sanciones impuestas en individuos puede por lo tanto complementar las multas impuestas en corporaciones/empresas y mejorar el desincentivo." Traducción libre de: "(...) in several jurisdictions, agencies or courts can also fine natural persons, i.e. the specific individual who committed the infringement in addition to fining the undertaking. The logic behind these systems is that the imposition of sanctions only on the undertaking cannot ensure adequate deterrence. Undertakings are engaged in cartels through the conduct of their representatives who are natural persons. Sanctions imposed on individuals can therefore complement fines imposed on corporations/undertakings and enhance deterrence." OECD. Cartels: Sanctions against Individuals. Policy Roundtables, 2003, pág. 16.

¹⁹⁸ **Decreto Legislativo 701**
Artículo 24.- Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de cometida la infracción. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Comisión o de la Secretaría relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable.

considera que corresponde declarar fundada su solicitud de prescripción y, en consecuencia, improcedente el procedimiento iniciado en su contra.

317. En tal sentido, con la finalidad de disuadir de manera efectiva la participación de los señores Carrillo, Diez Canseco y Zúñiga en este tipo de infracción, así como la de otras personas naturales que participen en los órganos directivos o gerenciales de otras empresas, esta Comisión considera que corresponde imponer una multa ascendente a cinco (5) UIT a cada uno de ellos.

IX. MEDIDA CORRECTIVA

318. Para proteger el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores, no basta con prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas sino que es necesario corregir las distorsiones que producen o pueden producir en el mercado.

319. Sobre el particular, el artículo 1 del Decreto Legislativo 701 establece que esta norma *“tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”*. Como se puede apreciar, al utilizar el verbo eliminar, la norma reconoce que su objeto no sólo consiste en prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas sino también en corregir las distorsiones que producen o pueden producir en el proceso competitivo.

320. Por otro lado, el artículo 21 del Decreto Legislativo 701 regula las medidas cautelares en los siguientes términos:

Artículo 21.- En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión de Libre Competencia podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.

321. Como se puede apreciar, la norma faculta a esta Comisión a dictar medidas cautelares ordenando el cese de las conductas denunciadas o la imposición de condiciones específicas para evitar las consecuencias nocivas que pudieran causar estas conductas. En ese sentido, si esta Comisión es competente para establecer medidas correctivas en sede cautelar, luego de un análisis de probabilidad de que el derecho alegado es fundado, con mayor razón podrá hacerlo al resolver el fondo del procedimiento, momento en el cual su decisión no se basará en un simple análisis de probabilidad sino en la certeza del derecho, luego de agotado el debate y la actuación de los medios probatorios que hayan generado su convicción.

322. Adicionalmente, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la facultad de esta Comisión de ordenar medidas correctivas en los procedimientos sobre infracción al Decreto Legislativo 701¹⁹⁹.
323. En tal sentido, esta Comisión considera que corresponde declarar inoponible el compromiso de no contratar con Arcos Dorados y ordenar a Administradora Jockey Plaza que se abstenga de celebrar contratos que incluyan la obligación de no contratar con una empresa en particular, siempre que ostente posición de dominio, que esta conducta pueda generar efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, y que no cuente con una justificación comercial válida para ello.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 701, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar fundada la solicitud de prescripción del señor Arturo Hernán Ricke Guzmán y, en consecuencia, improcedente el procedimiento iniciado en su contra.

SEGUNDO: Declarar fundado el procedimiento iniciado contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A., Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz por prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, infracción calificada como grave y tipificada en el artículo 3 y el literal g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

TERCERO: Sancionar a Sigdelo S.A. y Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. con multas de quinientos sesenta y cuatro con cuatro décimas (564.4) y cien (100) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente.

CUARTO: Sancionar a los señores Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz, con una multa de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias a cada uno.

QUINTO: Como medida correctiva, declarar inoponible el compromiso de no contratar con Arcos Dorados de Perú S.A. y ordenar a Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. que se abstenga de celebrar contratos que incluyan la obligación de no contratar con una empresa en particular, siempre que ostente posición de dominio, que esta conducta pueda generar efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, y que no cuente con una justificación comercial válida para ello.

¹⁹⁹ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 5 de diciembre de 2006, en el proceso de amparo tramitado bajo el Expediente 1963-2006-PA/TC.

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

Paul Phumpiu Chang
Presidente

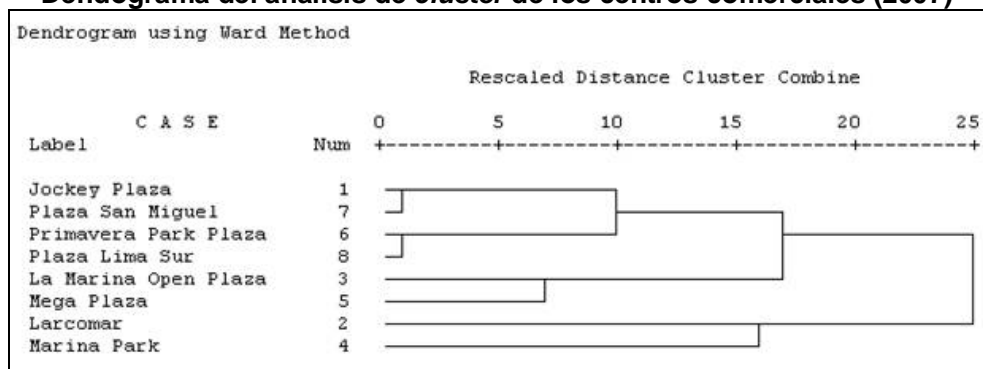
ANEXO I

Análisis de *cluster*

El análisis de *cluster* es un conjunto de técnicas multivariantes que permite agrupar individuos basándose en las características que poseen. Así, este análisis clasifica a los individuos de modo que se formen grupos (o *clusters*) constituidos por individuos que serán muy parecidos entre sí.

En ese sentido, considerando las características de flujo de visitantes, primer y segundo NSE atendido por los centros comerciales, ingresos del centro comercial, precio promedio mensual por metro cuadrado por arrendamiento de locales para comida rápida, participación de sus locales (de tiendas ancla, artículos para el hogar, ropa, locales de diversión, comida, cuidado personal y otros fines); los resultados del análisis de *cluster* fueron los siguientes:

Dendrograma del análisis de *cluster* de los centros comerciales (2007)



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Como se puede apreciar, el análisis de *cluster* muestra que, en el 2007, el Jockey Plaza y Plaza San Miguel presentan el máximo nivel de similitud, encontrándose a una reducida distancia.

ANEXO II

Cuadro 1 Cálculo de las cuotas de mercado de Arcos Dorados, Sigdelo²⁰⁰ y Bambos en establecimientos *free standing* de Lima

Ingresos brutos anuales												
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007 (1/)	Total
Arcos Dorados												
Sigdelo												
Bambos												

(1/) Considerando que la denuncia se presentó el 26 de setiembre de 2007, se han descontado los ingresos brutos obtenidos entre el 27 de setiembre y el 31 de diciembre de 2007. En términos prácticos, se ha dividido el ingreso bruto obtenido por cada empresa en dicho año entre 365 y, este resultado, se ha multiplicado por 269.

Número de establecimientos <i>free standing</i> en Lima												
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
Arcos Dorados	5	7	9	12	14	14	14	14	14	14	14	
Sigdelo	4	4	4	5	5	5	5	5	5	5	6	
Bambos	12	14	14	14	15	20	23	23	23	22	21	

Ingresos promedio anuales (Ingresos brutos anuales entre el número de establecimientos <i>free standing</i>)												
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Arcos Dorados												
Sigdelo												
Bambos												

Precios (S/.) (2/)												
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
Arcos Dorados	9.1	9.7	10.0	10.4	10.4	10.5	10.8	11.2	11.3	11.5	11.9	
Sigdelo	9.7	10.3	10.7	11.1	11.1	11.3	11.5	11.9	12.1	12.3	12.7	
Bambos	12.5	13.3	13.8	14.3	14.3	14.5	14.9	15.4	15.6	15.8	16.4	

(2/) Los precios de cada año fueron contruidos a partir del precio del producto más vendido por cada empresa en el 2010 y la variación anual del IPC del Banco Central de Reserva del Perú. El precio del producto más vendido de Burger King en el 2010 fue de S/. 13.90, el de Bambos fue de S/. 17.90 y el de McDonald's fue de S/. 13.00. Para mayor detalle, ver cuadro 4.

Cantidades promedio anuales (Ingresos promedio anuales entre Precios)												
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Arcos Dorados												
Sigdelo												
Bambos												

Cuotas de mercado	
	1997-2007
Arcos Dorados	
Sigdelo	
Bambos	

CONFIDENCIAL

²⁰⁰

Toda referencia a Sigdelo se encontrará relacionada con las ventas de hamburguesas de la marca Burger King y no con las ventas de los productos de las demás marcas de esta empresa.

Cuadro 2
Cálculo de las cuotas de mercado de Sigdelo y Bambos en el Jockey Plaza

Ingresos brutos anuales												
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007 (1/)	Total
Sigdelo												
Bambos												

(1/) Considerando que la denuncia se presentó el 26 de setiembre de 2007, se han descontado los ingresos brutos obtenidos entre el 27 de setiembre y el 31 de diciembre de 2007. En términos prácticos, se ha dividido el ingreso bruto obtenido por cada empresa en dicho año entre 365 y, este resultado, se ha multiplicado por 269.

Precios (S/.)											
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Sigdelo	9.7	10.3	10.7	11.1	11.1	11.3	11.5	11.9	12.1	12.3	12.7
Bambos	12.5	13.3	13.8	14.3	14.3	14.5	14.9	15.4	15.6	15.8	16.4

(2/) Los precios de cada año fueron contruados a partir del precio del producto más vendido por cada empresa en el 2010 y la variación anual del IPC del Banco Central de Reserva del Perú. El precio del producto más vendido de Burger King en el 2010 fue de S/. 13.90, el de Bambos fue de S/. 17.90 y el de McDonald's fue de S/. 13.00. Para mayor detalle, ver cuadro 4.

Cantidades promedio anuales (Ingresos brutos anuales entre Precios)												
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Sigdelo												
Bambos												

Cuotas de mercado	
	1997-2007
Sigdelo	
Bambos	

CONFIDENCIAL

Cuadro 3
Cálculo de la multa

	Elementos
Margen de utilidad	10%
Cuota de mercado adicional que Sigdelo obtuvo en el Jockey Plaza (Cuota de mercado de Sigdelo en el Jockey Plaza menos cuota de mercado de Sigdelo en establecimientos <i>free standing</i>)	
Total de ingresos brutos anuales de Sigdelo y Bambos en el Jockey Plaza	
Beneficio Extraordinario sin ajuste por inflación (1/)	930 851
Beneficio Extraordinario con ajuste por inflación (2/)	1 015 890
Probabilidad de detección	0.5
Multa Total (Beneficio extraordinario entre Probabilidad detección)	S/. 2 031 780.2
Multa Total en Unidades Impositivas Tributarias (3/)	564.4

(1/) Este valor es el producto del Margen de utilidad, la Cuota de mercado adicional que Sigdelo obtuvo en el Jockey Plaza y el Total de los ingresos brutos anuales de Sigdelo y Bambos en el Jockey Plaza.

(2/) Con la finalidad de que el Beneficio Extraordinario mantenga su valor en el tiempo y no se vea modificado por la posible devaluación de la moneda durante el periodo que ha durado la investigación, corresponde actualizar dicho valor a la fecha de la presente Resolución. Para ello, se ha utilizado la variación anual del IPC reportada por el Banco Central de Reserva del Perú correspondiente a los años 2008, 2009 y 2010.

(3/) El valor de la UIT vigente es de S/.3,600

Cuadro 4
Cálculo de los Precios de Bombos, Sigdelo y Arcos Dorados

IPC (Var. Anual)			
	IPC en porcentajes (1/)	IPC en valores	IPC + 1
1997	6.463027771	0.064630278	1.064630278
1998	6.01	0.0601	1.0601
1999	3.73	0.0373	1.0373
2000	3.73	0.0373	1.0373
2001	-0.13	-0.0013	0.9987
2002	1.52	0.0152	1.0152
2003	2.48	0.0248	1.0248
2004	3.48	0.0348	1.0348
2005	1.49	0.0149	1.0149
2006	1.137457947	0.011374579	1.011374579
2007	3.927679325	0.039276793	1.039276793
2008	6.650207656	0.066502077	1.066502077
2009	0.24531631	0.002453163	1.002453163
2010	2.08	0.0208	1.0208

(1/) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

Serie de Precios			
	Bombos	Sigdelo	Arcos Dorados
1997	12.54	9.74	9.10
1998	13.29	10.32	9.65
1999	13.79	10.71	10.01
2000	14.30	11.10	10.39
2001	14.28	11.09	10.37
2002	14.50	11.26	10.53
2003	14.86	11.54	10.79
2004	15.38	11.94	11.17
2005	15.60	12.12	11.33
2006	15.78	12.26	11.46
2007	16.40	12.74	11.91
2008	17.49	13.58	12.70
2009	17.54	13.62	12.74
2010 (2/)	17.90	13.90	13.00

(2/) Los precios del 2010 constan en el Informe Técnico 025-2011/ST-CLC-INDECOPI.