



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Expediente 007-2020/CLC

Resolución 014-2022/CLC-INDECOPI

25 de marzo de 2022

VISTOS:

La Resolución 048-2020/ST-CLC-INDECOPI del 9 de diciembre de 2020 (en adelante, la Resolución de Inicio), los descargos a la Resolución de Inicio presentados por las personas jurídicas investigadas, los escritos presentados durante la fase probatoria, el Informe Técnico 012-2021/DLC-INDECOPI del 14 de octubre de 2021 (en adelante, el Informe Técnico), el Informe Técnico 016-2021/DLC-INDECOPI del 28 de octubre de 2021, los escritos de alegatos al Informe Técnico, la audiencia virtual de Informe Oral llevada a cabo el 21 de enero de 2022, los alegatos finales presentados y las demás actuaciones del procedimiento.

I. ANTECEDENTES

1. Como parte de sus actividades de detección de posibles conductas anticompetitivas en el territorio nacional, en abril de 2017¹, la Secretaría Técnica² de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) realizó una serie de visitas de inspección sin previa notificación en las oficinas de Cencosud Retail Peru S.A. (en adelante, Cencosud), Supermercados Peruanos S.A. (en adelante, Supesa) e Hipermercados Tottus S.A. (en adelante, Tottus), con la finalidad de obtener información sobre el mercado de comercialización de determinados productos por la presunta realización de prácticas colusorias horizontales a nivel nacional.
2. Mediante Cartas 1164-2018/ST-CLC-INDECOPI, 1165-2018/ST-CLC-INDECOPI y 1166-2018/ST-CLC-INDECOPI del 1 de agosto de 2018, la Secretaría Técnica realizó requerimientos de información a Cencosud, Supesa y Tottus, a fin de recopilar información relacionada a su estructura organizacional y política comercial. Cabe señalar que, mediante dichas cartas, también se determinó incluir al producto pavo en todas sus presentaciones dentro de la investigación preliminar tramitada bajo el Expediente 001-2017/CLC-IP.

¹ Específicamente, el 27 de abril de 2017, continuada el 28 de abril de 2017 (Supesa); el 27 de abril de 2017, continuada el 2 y 17 de mayo de 2017 (Cencosud); y el 27 de abril de 2017 (Tottus). Para mayor detalle, ver el numeral 3 de la Resolución 048-2020/ST-CLC-INDECOPI.

² Ahora, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, de conformidad con los artículos 96 y 97 del Texto Integrado del Nuevo Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

3. Asimismo, la Secretaría Técnica realizó visitas de inspección sin previa notificación en las oficinas de Makro Supermayorista S.A. (en adelante, Makro), San Fernando S.A. (en adelante, San Fernando) y Redondos S.A. (en adelante, Redondos) entre julio de 2018 y agosto de 2019³, con la finalidad de obtener información sobre el mercado de comercialización de pavo entero, debido a la presunta realización de prácticas colusorias horizontales.
4. Como actuaciones adicionales, en el marco de la investigación preliminar tramitada bajo el Expediente 001-2017/CLC-IP, se formularon requerimientos de información a Supesa, Cencosud, Tottus y Makro, los cuales fueron absueltos entre setiembre y diciembre de 2019⁴.
5. Adicionalmente, el 5 de agosto de 2020, la Secretaría Técnica realizó requerimientos de información a Supesa, Cencosud y Makro sobre el listado de todas las facturas y boletas (diarias) en relación con las ventas del producto "Pavo Entero" para el periodo comprendido entre enero 2009 y diciembre 2016⁵, los cuales fueron absueltos entre agosto y setiembre de 2020. Cabe precisar que Supesa, Cencosud y Makro solicitaron la confidencialidad de la información económica presentada como respuesta a los requerimientos efectuados por la Dirección.
6. Mediante Resolución de Inicio, la Secretaría Técnica:
 - a) Inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Cencosud, Makro, Supesa y Tottus, por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre los años 2009 a 2016.
 - b) Inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Cencosud, Supesa y Tottus, por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero Redondos a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre los años 2010 a 2015.

³ Específicamente, el 31 de julio de 2018 y 10 de agosto de 2018 (Redondos), el 31 de julio de 2018 y el 1, 2, 6 y 7 de agosto de 2018 (San Fernando), y el 22 de agosto de 2019 (Makro).

⁴ Estos requerimientos de información fueron realizados mediante Cartas 1395-2019/ST-CLC-INDECOPI (absuelto mediante escritos de Supesa del 1 y 30 de octubre y 20 de diciembre de 2019), 1396-2019/ST-CLC-INDECOPI (absuelto mediante escritos de Cencosud del 27 de setiembre, 21 y 30 de octubre de 2019), 1397-2019/ST-CLC-INDECOPI (absuelto mediante escritos de Tottus del 10 de setiembre, 1 de octubre y 22 de noviembre de 2019) y 1454-2019/ST-CLC-INDECOPI (absuelto mediante escritos de Makro del 20 de setiembre y 10 y 15 de octubre de 2019).

⁵ Estos requerimientos de información fueron realizados mediante Cartas 318-2020/ST-CLC-INDECOPI (absuelto mediante escrito de Supesa del 19 de agosto de 2020), 317-2020/ST-CLC-INDECOPI (absuelto mediante escrito de Makro del 2 de setiembre de 2020) y 316-2020/ST-CLC-INDECOPI (absuelto mediante escrito de Cencosud del 2 y 25 de setiembre de 2020). En el caso particular de Supesa, la Secretaría Técnica dispuso no solicitar información anterior al año 2014 puesto que la empresa informó, mediante escrito del 20 de diciembre de 2019, que no se encontraba en la posibilidad de proporcionar información para fechas anteriores a dicho año.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- c) Inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra San Fernando por su presunta participación como planificador, intermediario o facilitador, entre los años 2015 y 2016.
 - d) Inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Redondos por su presunta participación como planificador, intermediario o facilitador, en el año 2015.
7. El 9 de diciembre de 2020, los imputados fueron notificados con la Resolución de Inicio, y se remitió copia de los medios probatorios y actuaciones acontecidas en la investigación preliminar tramitada bajo el Expediente 001-2017/CLC-IP e incorporadas al Expediente 007-2020/CLC mediante Razón de Secretaría 028-2020/ST-CLC-INDECOPI⁶ y 029-2020/ST-CLC-INDECOPI⁷ del 4 de diciembre de 2020. Cabe señalar que toda esta información trasladada a las partes imputadas, incluyendo las referidas razones de secretaría, fueron incorporadas al Expediente 007-2020/CLC mediante Razón de Secretaría 030-2020/ST-CLC-INDECOPI del 9 de diciembre de 2020.
8. Mediante Razón de Secretaría 001-2021/ST-CLC-INDECOPI del 4 de enero de 2021, la Secretaría Técnica incorporó al presente expediente dos (2) archivos electrónicos y tres (3) correos electrónicos⁸, a los cuales se había hecho referencia en determinados correos electrónicos utilizados como medios de prueba en la Resolución de Inicio⁹.
9. Mediante escrito del 12 de enero de 2021, Redondos solicitó su exclusión inmediata del presente procedimiento administrativo sancionador, justificándose en la falta de evidencia o indicio alguno de su participación como facilitador de la presunta conducta anticompetitiva durante el año 2015.

Sobre el particular, mediante Carta 107-2021/ST-CLC-INDECOPI del 5 de febrero de 2021, la Secretaría Técnica informó a Redondos que su "solicitud de exclusión" no era una figura jurídica contemplada en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO de la LPAG) ni en el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en

⁶ La información incorporada consiste en la copia de novena y un (91) correos recabados durante las visitas de inspección realizadas en las oficinas de Makro, Redondos, San Fernando, Cencosud y Supesa.

⁷ La información incorporada consiste en la copia de la información económica presentada por las empresas Makro, Tottus, Cencosud y Supesa sobre el mercado de comercialización de pavos, tales como los listados de precios de venta al público y de los descuentos o promociones ofrecidos por las mencionadas empresas sobre el producto pavo entero durante el periodo investigado.

⁸ Cabe indicar que estos documentos fueron incorporados debido a la solicitud realizada por Tottus mediante escrito del 22 de diciembre de 2020.

⁹ En específico, se incorporaron: (i) dos archivos electrónicos en formato PDF, denominados "3101_001" y "3105_001" que se encontraban adjuntos al correo CEN-02, (ii) correo electrónico del 22 de diciembre de 2009 a las 12:11 p.m., denominado "PRECIOS DE PAVO DE LA COMPETENCIA" que se encontraba adjunto en la cadena de correos CEN-04, (iii) correo electrónico del 4 de noviembre de 2010 que formaba parte de la cadena de correos SF-04, y (iv) correo electrónico del 10 de noviembre de 2010 que formaba parte de la cadena de correos SF-05.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

adelante, el TUO de la LRCA), y señaló que la imputación contra ella como presunto facilitador, durante el año 2015, de la conducta investigada se basó en un análisis conjunto e indiciario de la evidencia documental y económica del caso¹⁰.

10. Entre el 25 y 26 de enero de 2021, los imputados cumplieron con presentar sus descargos a la Resolución de Inicio¹¹.
11. El 28 de enero de 2021, se informó a los imputados que el período de prueba había iniciado a partir de la mencionada fecha y que se extendería por un período no mayor de siete (7) meses, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del TUO de la LRCA¹².
12. Mediante Razón de Secretaría 004-2021/ST-CLC-INDECOPI del 9 de marzo de 2021, se incorporó al presente expediente, en respuesta al pedido formulado por San Fernando mediante escrito del 1 de marzo de 2021, determinados archivos electrónicos de carácter económico relacionados con el precio de venta de pavo entero y que habían sido requeridos en la investigación preliminar tramitada bajo Expediente 001-2017/CLC-IP¹³.
13. Mediante Resoluciones 005, 006 y 007-2021/ST-CLC-INDECOPI del 9 de marzo de 2021, la Secretaría Técnica resolvió declarar infundadas las solicitudes de confidencialidad presentadas por Cencosud, Makro y Supesa respecto del listado de todas las facturas y boletas (diarias) en relación con las ventas del producto "Pavo Entero" para el periodo comprendido entre enero 2009 y diciembre 2016 y que fue proporcionada mediante escritos del 19 de agosto de 2020 (Supesa), 2 de setiembre de 2020 (Makro) y 25 de setiembre de 2020 (Cencosud), por considerar que dicha información constituía prueba de cargo.

Esta información de índole económica, junto con las cartas mediante las cuales fue requerida, los escritos señalados en el párrafo anterior y las resoluciones por las cuales se declararon infundadas las solicitudes de confidencialidad, fue incorporada al presente expediente mediante Razón de Secretaría 007-2021/ST-CLC-INDECOPI del 7 de abril de 2021.

¹⁰ Para mayor detalle, ver numeral 13 del Informe Técnico.

¹¹ El detalle de las fechas en las que los imputados presentaron sus descargos puede encontrarse en el numeral 14 del Informe Técnico 012-2021/DLC-INDECOPI.

¹² Mediante Cartas 074 a 079-2021/ST-CLC-INDECOPI.

¹³ En particular, esta información consiste en la copia de los archivos de software Stata (formatos .do y .dta) utilizados para procesar la información del precio de venta de pavo entero de las marcas San Fernando y Redondos, presentada por las Cencosud, Supesa, Tottus y Makro. Dicha información sirvió para el análisis y los resultados contenidos en la Resolución 048-2020/ST-CLC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

14. Entre mayo y agosto de 2021, la Secretaría Técnica realizó entrevistas a los señores Daniel Mesta Cáceres, Rodrigo Vásquez-Mejía Salas y Ricardo Solis Quiroz, ex trabajadores de Supesa¹⁴.
15. Entre el 21 de mayo y el 31 de agosto de 2021, las partes imputadas presentaron sendos escritos, conteniendo tanto argumentos legales como económicos, contra la Resolución de Inicio¹⁵.
16. El 31 de agosto de 2021 concluyó la etapa probatoria del presente procedimiento, encontrándose expedita la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la Dirección) para emitir su Informe Técnico¹⁶. En consecuencia, el 14 de octubre de 2021, la Dirección emitió el Informe Técnico, mediante el cual recomendó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión):
- a) Declarar que Cencosud, Makro, Supesa y Tottus incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre los años 2009 a 2016.
 - b) Declarar infundado el procedimiento administrativo sancionador contra Cencosud, Supesa y Tottus respecto de su presunta participación en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios en el mercado de comercialización de pavo entero Redondos a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre los años 2010 a 2015, al no haberse podido acreditar dicha participación.
 - c) Declarar que San Fernando participó como planificador, intermediario o facilitador entre los años 2015 y 2016 de la práctica colusoria horizontal descrita en el literal a).
 - d) Declarar que no se ha acreditado la participación de Redondos como planificador, intermediario o facilitador en el año 2016 de la práctica colusoria horizontal descrita en el literal b) de la presente sección. Por lo tanto, la Dirección recomendó declarar infundado el procedimiento administrativo sancionador contra Redondos.
 - e) Sancionar a Cencosud, Makro, Supesa, Tottus y San Fernando con las siguientes multas:

¹⁴ El detalle de las fechas en las que se realizaron las referidas entrevistas se encuentra en el numeral 20 del Informe Técnico 012-2021/DLC-INDECOPI.

¹⁵ El detalle de las fechas en las que los imputados presentaron argumentos adicionales puede encontrarse en el numeral 21 del Informe Técnico 012-2021/DLC-INDECOPI.

¹⁶ Esta circunstancia fue comunicada a Tottus, Cencosud, Supesa, Makro, Redondos y San Fernando mediante Cartas 132 a 137-2021/DLC-INDECOPI (enviadas por correo electrónico el 2 de setiembre de 2021).



- Cencosud: 998 (novecientos noventa y ocho) UIT.
- Makro: 132.16 (ciento treinta y dos con 16/100) UIT.
- Supesa: 1000 (mil) UIT.
- Tottus: 1000 (mil) UIT.
- San Fernando: 410.32 (cuatrocientos diez con 32/100) UIT.

f) Imponer como medida correctiva a Cencosud, Makro, Supesa, Tottus y San Fernando la implementación de un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, el cual deberá ser financiado por cada una de las empresas y aplicado durante tres (3) años.

El Informe Técnico fue notificado a Supesa, Tottus, Cencosud, Makro, San Fernando y Redondos mediante las Notificaciones 209 a 214-2021/DLC-INDECOPI, enviadas por correo electrónico el 21 de octubre de 2021.

17. Mediante escrito del 25 de octubre de 2021, Redondos solicitó a la Dirección la enmienda del error material incurrido en el literal d) de la sección "IX. Conclusiones y Recomendaciones" del Informe Técnico, a fin de corregir el año en el que no se acreditó la participación de Redondos en la práctica colusoria horizontal imputada¹⁷.
18. Mediante la Razón de Dirección 017-2021/DLC-INDECOPI del 27 de octubre de 2021, en atención a los pedidos formulados por San Fernando, Supesa y Cencosud, se incorporó al presente expediente una copia de los archivos de software Stata (formatos .do y .dta) utilizados para procesar la información de precios de las transacciones de pavo entero de la marca San Fernando.
19. El 28 de octubre de 2021, la Dirección emitió el Informe Técnico 016-2021/DLC-INDECOPI, en el cual se enmendó el error material contenido en el literal d) de la sección "IX. Conclusiones y Recomendaciones" del Informe Técnico. Este fue notificado a las partes mediante Cartas 470 a 475-2021/DLC-INDECOPI.
20. En atención a las solicitudes formuladas por Cencosud el 28 de octubre de 2021 y el 2 de noviembre de 2021, la Dirección incorporó al presente expediente la siguiente información:
- a) Una copia de un archivo de hoja de cálculo Excel (formato.xlsx) conteniendo los gráficos de las series de precios de las transacciones de pavo entero de la marca San Fernando¹⁸.
 - b) Una copia de los archivos de software Stata (formato .do) utilizados para el cálculo de los beneficios ilícitos para la determinación de las sanciones

¹⁷ El mencionado literal señalaba "No se ha acreditado la participación de Redondos S.A. como planificador, intermediario o facilitador en el año 2016 de la práctica colusoria horizontal descrita en el literal b) de la presente sección". No obstante, la imputación de Redondos estuvo referida solo al 2015.

¹⁸ Según puede cotejarse en la Razón de Dirección 018-2021/DLC-INDECOPI del 3 de noviembre de 2021.



propuestas en el Informe Técnico, así como también una copia de un archivo de hoja de cálculo Excel (formato .xlsx) conteniendo el cálculo correspondiente al beneficio ilícito de Supesa para el periodo 2010-2013, según lo establecido en el Informe Técnico¹⁹.

21. El 2 y 6 de diciembre de 2021, Cencosud, Tottus, Supesa, Makro, San Fernando y Redondos formularon alegaciones contra las conclusiones y recomendaciones contenidas en el Informe Técnico.
22. Mediante escrito del 14 de enero de 2022, Tottus presentó comprobantes de venta de pavo entero emitidos por concepto de vales corporativos durante el período investigado, con la finalidad de justificar que, en el negado caso que se considere responsable a Tottus por haber incurrido en una infracción, se reduzca del cálculo de la multa las ventas institucionales.
23. El 21 de enero de 2022 se realizó una audiencia virtual de Informe Oral, en la que hicieron uso de la palabra los representantes de Cencosud, Tottus, Makro, San Fernando, Supesa y Redondos.
24. El 31 de enero de 2022 y el 4 de febrero de 2022, Cencosud, Makro, Redondos y San Fernando presentaron sus alegatos finales contra las conclusiones y recomendaciones contenidas en el Informe Técnico.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

25. La presente decisión tiene por objeto determinar si:
 - a) Cencosud, Makro, Supesa y Tottus incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero de las marcas San Fernando y Redondos, a nivel nacional, entre los años 2009 y 2016.
 - b) San Fernando y Redondos actuaron como facilitadores de la conducta mencionada en el párrafo anterior, entre los años 2015 y 2016.
 - c) De ser el caso, imponer las sanciones y medidas correctivas correspondientes.

III. MARCO TEÓRICO

3.1 Prácticas colusorias horizontales

26. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 del TUO de la LRCA.

¹⁹ Según puede cotejarse en la Razón de Dirección 019-2021/DLC-INDECOPI del 4 de noviembre de 2021.



27. Las prácticas colusorias horizontales son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que rehúsan a competir entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes²⁰, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de sus consumidores, clientes o proveedores y de otros competidores. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de los precios o una reducción de la producción, de manera artificial, al margen de los mecanismos naturales del mercado, lo que trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos y, con ello, una pérdida irrecuperable de eficiencia social.
28. En toda práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el TUO de la LRCA distingue diversas formas de materializar estas conductas: los acuerdos, las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones.
29. Se entiende por acuerdo todo concierto de voluntades mediante el cual dos o más agentes económicos competidores se adhieren a un esquema común que tiene por objeto o efecto restringir la competencia entre sí.

3.2 Prácticas colusorias horizontales bajo el esquema *hub and spoke*

3.2.1 Consideraciones generales

30. Las prácticas colusorias horizontales bajo el esquema *hub and spoke* son acuerdos entre competidores (los "*spokes*"), en los cuáles una firma (el "*hub*"), ubicada generalmente en un nivel distinto de la cadena de producción o comercialización, organiza o facilita la colusión en base a las relaciones verticales que mantiene con los "*spokes*". Se trata de un esquema particular para la realización de una práctica colusoria bajo cualquiera de sus diversas modalidades (acuerdos de precios, de niveles de producción, repartos de mercado, etc.), especialmente, porque en los casos de *hub and spoke* no se encuentran comunicaciones directas entre los competidores miembros del cártel, sino que la comunicación se da de manera indirecta, precisamente, a través del "*hub*".
31. De acuerdo con la doctrina, un cártel *hub and spoke* (también llamados en ocasiones "cárteles A-B-C") implica que distintos agentes económicos competidores entre sí ("*spokes*") comparten información comercial sensible a través de un agente económico que opera en un nivel inferior o superior de la cadena de producción, comercialización o distribución²¹ de un producto o servicio determinado ("*hub*"). Aquí

²⁰ A diferencia de las prácticas colusorias verticales, realizadas por agentes que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.

²¹ Cuando los "*spokes*" se encuentran en un nivel de la cadena superior al del "*hub*", estaremos ante un cártel "*Hub and Spoke upstream*". Por otro lado, cuando los "*spokes*" se encuentran en un nivel de la cadena inferior al del "*hub*", estaremos ante un cártel "*Hub and Spoke downstream*". En: OECD. (2019). *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements*



existen, al menos, tres agentes económicos involucrados: "A", "B" y "C". Así, cuando existe un traslado de información comercial sensible (por ejemplo, relativa a precios) entre dos o más agentes económicos que operan en el mismo nivel de la cadena de producción/distribución ("A" y "C"), por medio de un socio contractual común que normalmente opera en un nivel distinto de la misma cadena de producción/distribución ("B") y que tiene por objeto restringir la competencia entre dichos agentes, puede inferirse la existencia de un acuerdo horizontal entre A y C²².

32. Es claro entonces que un elemento central de una práctica colusoria horizontal bajo el esquema *hub and spoke* es la presencia del *hub*²³, el cual conecta a los competidores horizontales (*spokes*) en un acuerdo ilícito. Así, el *hub* puede cumplir algunas de las funciones que serían necesarias para la formación o sostenimiento del cártel, por ejemplo, las labores del traslado de información entre sus miembros o el monitoreo del cumplimiento del acuerdo. Incluso, podría tener a cargo "castigar" a aquellos miembros del cártel que se desvíen del acuerdo.
33. Aunque, por sus características particulares, pareciera que un cártel que se manifieste bajo el esquema *hub and spoke* resulta distinto al esquema tradicional bajo el cual se analiza una práctica colusoria horizontal, esta Comisión mantiene la posición de que una práctica de este tipo continúa siendo un acuerdo entre agentes competidores entre sí y no un acuerdo vertical entre agentes ubicados en distintos niveles de la cadena de producción, distribución o comercialización de un producto o servicio, los cuales pueden ser legales. En efecto, el término *hub and spoke* no implica en modo alguno una calificación jurídica a la conducta imputada, sino que se utiliza para describir un esquema colusorio particular, pero que sigue respondiendo a las reglas contenidas en el artículo 11 del TUO de la LRCA.
34. Entonces, aquellos agentes económicos competidores entre sí que participen de este esquema colusorio (los *spokes*) pueden ser sancionados por incurrir en un cártel, pues mediante el intercambio indirecto de información logran reducir o eliminar la incertidumbre que debería primar entre sí y determinar de manera conjunta sus estrategias comerciales²⁴. En el caso del *hub*, este podría ser sancionado por su participación como facilitador de la práctica colusoria horizontal, según lo dispuesto en el artículo 2.4 del TUO de la LRCA.

– *Background Note by the Secretariat*. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf), página 6 (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²² ODUDU, Okeoghene. *Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion*. En: *European Competition Journal*, agosto de 2011, página 207.

²³ El *hub* también es denominado "anillo" o "rim", principalmente en la doctrina norteamericana. Al respecto, ver: Orbach, B. (2016). *Hub-and-Spoke Conspiracies. the antitrust source*, página 3. Disponible en: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/apr16_orbach_4_11f.authcheckdam.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁴ En el caso *T-Mobile Netherlands and others* (caso C-8/08, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 4 de junio de 2009.), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó que "(...) el intercambio de información entre competidores puede ser contrario a las normas sobre competencia en la medida en que debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trata, con la consecuencia de que restringe la competencia entre las empresas" (ver párrafos 33 y 35 de la referida sentencia).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

35. En todo caso, la existencia de esta conducta podrá ser acreditada a través de los mismos medios probatorios con los que se puede demostrar la existencia de una conducta anticompetitiva, es decir, por medio de prueba directa o indiciaria (incluyendo el uso de evidencia circunstancial o *plus factors*) que puedan demostrar la existencia de una "voluntad común" entre competidores destinada a restringir o afectar el proceso competitivo, ante la ausencia de una prueba directa. Al respecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que esta "voluntad común" puede inferirse a partir de:

"[E]videncia que tienda a excluir la posibilidad de que [las partes] hayan actuado cada una de manera independiente. Esto es, debe existir evidencia directa o indirecta que lleve razonablemente a probar que [las partes] estuvieron comprometidas de manera consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito."²⁵

3.2.2 Jurisprudencia comparada y nacional

36. La jurisprudencia comparada ha delimitado algunas de las características que identifican a este tipo de prácticas colusorias horizontales. Uno de los primeros casos de *hub and spoke* fue abordado por la jurisprudencia norteamericana en *Interstate Circuit, Inc. v. United States*²⁶. En este caso, resuelto en 1939, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la existencia de un cártel en el mercado de distribución y exhibición de películas en el estado de Texas.
37. Interstate Circuit era propietaria de varios cines en dicho estado y ostentaba una importante posición en el mercado de exhibición de películas junto con otra empresa, Texas Consolidated. Ambas empresas, además, compartían al mismo gerente. Este, con la finalidad de afianzar la posición en el mercado de Interstate, decidió enviar una carta idéntica a los gerentes de las ocho empresas distribuidoras de películas más importantes en Texas. Cada carta señalaba expresamente el nombre del resto de destinatarios, todos ellos competidores entre sí.
38. El propósito de la carta era lograr que las empresas distribuidoras se comprometieran a fijar un precio no menor de 25 centavos para la comercialización de los filmes que hayan sido exhibidos por primera vez. Asimismo, Interstate había amenazado a los distribuidores con no exhibir sus películas en caso incumplieran dicho precio mínimo.
39. El hecho que la carta señalara a todos sus destinatarios permitió a la Corte de primera instancia y, posteriormente, a la Corte Suprema, inferir que esta había actuado como un nexo que permitió a los distribuidores de películas saber que la propuesta de Interstate era conocida por cada uno de ellos, lo cual incrementó las posibilidades de que dicho acuerdo fuera cumplido. Asimismo, como elementos adicionales para inferir

²⁵ Traducción libre de: "(...) *evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective*". En: *Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del 20 de marzo de 1984.

²⁶ Ver caso 306 U.S. 208, 59 S.Ct. 467, 83 L.Ed. 610, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 13 de febrero de 1939.



la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los distribuidores de películas, la Corte tomó en consideración que las acciones por parte de estas empresas al recibir la carta de Interstate Circuit fueron unánimes. Además, destacó la falta de un motivo benigno para estas acciones, en tanto estas significaban un cambio riesgoso y radical en la industria que, difícilmente, tendría una explicación distinta a un entendimiento mutuo entre los distribuidores, sin probabilidad de que esto pudiera explicarse por mera casualidad.

40. Algunas décadas después, en *Toys "R" Us, Inc. v. Federal Trade Commission*²⁷, caso resuelto en el año 2000, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito judicial declaró responsable a *Toys R Us* (TRU), el mayor distribuidor de juguetes en los Estados Unidos, por haberse coludido con varios fabricantes de juguetes (entre ellos Mattel, Hasbro y Fisher Price) con la finalidad de evitar que estos comercializaran sus productos a través de otros canales de venta denominados *warehouse clubs*.
41. A inicios de la década de los noventa del siglo pasado, TRU enfrentó una fuerte competencia proveniente de los *warehouse clubs*, grandes almacenes de venta al por mayor, los cuales ofrecían algunos de los productos ofertados por ella a precios más bajos. Esperando evitar la expansión de estos almacenes, la empresa decidió acordar con cada uno de los fabricantes de juguetes una serie de condiciones, entre ellas, la prerrogativa de TRU de conocer de antemano, y antes que los *warehouse clubs*, toda mercadería nueva que los fabricantes decidieran introducir en el mercado.
42. Sin embargo, los fabricantes de juguetes eran aún renuentes de limitar sus actividades comerciales con los *warehouse clubs*, debido a que estos constituían un canal de distribución altamente rentable. Para asegurar su cumplimiento total, TRU promovió entre ellos la ejecución de un acuerdo horizontal cuyo objetivo era boicotear a estos nuevos canales de distribución.
43. Cuando esta política fue puesta en práctica, TRU se convirtió en el mediador entre dichos fabricantes, transmitiendo las quejas de un fabricante a otro respecto del cumplimiento del acuerdo. Generalmente, los fabricantes se comunicaban telefónicamente con TRU advirtiéndole de la presencia de productos de sus competidores en los *warehouse clubs*. Luego, TRU aseguraba al reclamante que la empresa que había violado el acuerdo sería sancionada y obligada a cumplirlo.
44. En este caso, la Corte destacó que la pregunta fundamental que debía resolverse consistía en determinar si existía un acuerdo horizontal entre los fabricantes de juguetes para boicotear a los *warehouse clubs* que tuviera a TRU como el director de este acuerdo o, si se trataba de meros acuerdos verticales independientes entre TRU y los fabricantes. En ese sentido, señaló que debía existir evidencia circunstancial que permitiera sostener que los fabricantes incurrieron en una conducta colusoria.

²⁷ Ver caso 221 F.3d 928, resuelto por la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito judicial de los Estados Unidos el 1 de agosto de 2000.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

45. La Corte consideró que este caso presentaba elementos más convincentes que el de *Interstate* para inferir el acuerdo horizontal porque, además del cambio abrupto en las prácticas comerciales anteriores al dejar de venderle a los *warehouse clubs* (pese a que era un canal de distribución rentable), también existía registro de comunicaciones que demostraban que TRU servía como un nexo entre los fabricantes para reafirmarles que sus competidores también estaban cumpliendo el acuerdo.
46. Además, la Corte tomó en consideración documentación interna que demostraba que, antes de este cambio abrupto en sus prácticas comerciales, los fabricantes estaban buscando ampliar sus canales de distribución a través de los *warehouse clubs* y, de este modo, reducir su dependencia de TRU. De este modo, la adopción repentina de restricciones por parte de los fabricantes en las ventas a los *warehouses clubs* iba en contra de su propio interés económico. Asimismo, la Corte encontró pruebas de que los fabricantes no estaban dispuestos a limitar las ventas de los *warehouses clubs* sin la garantía de que sus competidores procederían de igual manera.
47. Por lo expuesto, la Corte consideró que este mecanismo de intercambio de información y monitoreo entre los fabricantes de juguetes a través de TRU tenía como efecto una restricción en el mercado de venta de juguetes, por lo que confirmó las conclusiones a las que había arribado previamente la FTC²⁸.
48. Un tercer caso desarrollado por la jurisprudencia norteamericana es el denominado "*Apple e-books*"²⁹. Los *e-books* (o libros electrónicos) eran comercializados por Amazon desde el 2007 a través de su producto *Kindle*. La política de precios de Amazon consistía en un "modelo de descuento al por mayor", en el que las casas editoriales de libros vendían los libros a Amazon a un precio "al por mayor" y luego Amazon los comercializaba a través de sus plataformas al precio que estimara más conveniente. En tanto Amazon se encontraba más enfocada en promover su plataforma *Kindle* que en ganar dinero a través de la venta de libros, comercializaba los *bestsellers* y nuevos lanzamientos a precios bastante más bajos (\$ 9.99) que los de la industria tradicional.
49. Las principales casas editoriales (Hachette, Harper Collins, Macmillan, Penguin, Random House y Simon & Schuster) -conocidas como las "*Big Six*"- se habían reunido en privado para manifestar su disconformidad con la política de precios de Amazon, la que consideraban una amenaza para la rentabilidad del modelo de negocio editorial. Sin embargo, no tomaron ninguna acción individual o colectiva contra Amazon hasta que en 2010 Apple ingresó al negocio de los *e-books*.
50. Desde noviembre de 2009, Apple tenía planes de ingresar al mercado de los *e-books* a través del lanzamiento de su *Ipad* y la *Ibookstore*, por lo que decidió entrar directamente en negociaciones con las principales casas editoriales. Dos de ellas

²⁸ Ver FTC matter/file number: 941 0040, docket number: 9278. Decisión del 14 de octubre de 1998, disponible en: http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/1998/10/toyspubl_0.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁹ Al respecto, ver caso 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013), resuelto por la Corte del Distrito Sur de Nueva York el 10 de julio de 2013.



(Hachette y Harper Collins) propusieron a Apple un "modelo de agencia" en el que serían las casas editoriales las que fijarían los precios minoristas (con topes de \$14.99, \$12.99 y \$9.99 fijados por Apple) y compartirían las ganancias, mediante el pago de una comisión de 30% a Apple. Para enero de 2010, cinco de las seis casas editoriales (con excepción de Random House) habían firmado contratos de agencia con Apple.

51. Sin embargo, el "modelo de agencia" no resolvía la política de los precios bajos de Amazon, que era la principal preocupación de las casas editoriales. Además, dicho modelo podría poner en riesgo la entrada de Apple al mercado de los e-books, dado que, si los precios que colocaran las casas editoriales en la *Ibookstore* se encontraban muy por encima de aquellos que colocara Amazon en su plataforma *Kindle*, Apple no tendría posibilidades de competir. Por ello, Apple introdujo una "cláusula de nación más favorecida" (o cláusula "MFN", por sus siglas en inglés) a los contratos que suscribió con las casas editoriales, mediante la cual requeriría que una casa editorial comercializara cualquier libro electrónico en la *iBookstore* de Apple, al menos, al mismo precio al que lo comercializaba en otros lugares como, por ejemplo, Amazon³⁰.
52. Debido a la referida cláusula "MFN", si Amazon mantenía sus precios bajos de \$ 9.99, las casas editoriales se verían obligadas a fijar el mismo precio en la *Ibookstore* de Apple. Por ello, para que su estrategia tenga posibilidades de tener éxito, las casas editoriales debían lograr que Amazon cambiara también a un "modelo de agencia", donde fueran ellas y no Amazon las que fijaran los precios y, de esta manera, poder acercarlos a los precios más altos que tendrían con la *Ibookstore* de Apple.
53. En ese sentido, las casas editoriales empezaron a exigir a Amazon la adopción de un modelo de agencia; sin embargo, temían por las represalias que podría tomar dicha empresa contra ellos. En este escenario, Apple cobró un rol bastante activo en monitorear las negociaciones entre Amazon y las casas editoriales, siendo que estas últimas informaban a Apple cuando lograban cerrar los contratos de agencia y acercar los precios de Amazon a los topes de Apple, la cual luego comunicaba ello al resto de las casas editoriales para asegurarles que la estrategia estaba avanzando conforme a lo previsto.

³⁰ "En general, una cláusula "MFN" es una disposición contractual que requiere que una de las partes otorgue a la otra los mejores términos [por ejemplo, el precio más bajo] que pone a disposición de cualquier otro competidor. En el contexto de las negociaciones entre las casas editoriales y Apple, la cláusula suscrita señalaba que "Si, para cualquier nuevo lanzamiento en formato de tapa dura ... el precio [en la *iBookstore* de Apple] se vuelve en cualquier momento superior al precio ofrecido por cualquier otro revendedor... entonces [la] empresa editora deberá designar un nuevo precio más bajo [en la *iBookstore* de Apple] para cumplir con otorgarle los mejores términos" Dicho de otra manera, el MFN requeriría que la empresa editora ofreciera cualquier libro electrónico en la *iBookstore* de Apple al menos al mismo precio al que se ofreció el mismo libro electrónico en otros lugares, como por ejemplo Amazon".

Traducción libre de "In general, an MFN Clause is a contractual provision that requires one party to give the other the best terms that it makes available to any competitor. In the context of Apple's negotiations, the MFN Clause mandated that, "[i]f, for any particular New Release in hardcover format, the . . . Customer Price [in the *iBookstore*] at any time is or becomes higher than a customer price offered by any other reseller . . . , then [the] Publisher shall designate a new, lower Customer Price [in the *iBookstore*] to meet such lower [customer price]." Put differently, the MFN would require the publisher to offer any ebook in Apple's *iBookstore* for no more than what the same ebook was offered elsewhere, such as from Amazon". En: Caso 791 F.3d 290, resuelto por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito el 30 de junio de 2015.



54. Al analizar este caso, la Corte del Distrito Sur de Nueva York consideró como evidencia circunstancial que el cambio de un modelo de venta "al por mayor" a un "modelo de agencia" era extremadamente riesgoso de ejecutar para las casas editoriales a un nivel individual, pero que tenía bastante sentido económico si respondía a una estrategia común. En base a ello, dicha Corte halló responsable a Apple por facilitar que las cinco casas editoriales pudieran fijar los precios de los e-books³¹. Apple apeló la decisión, pero esta fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito³².
55. En otro caso, esta vez resuelto en Estonia, la agencia de competencia obtuvo en el 2017 un pronunciamiento vinculante de la Corte Suprema que sancionó un cártel en el mercado de comercialización de vodka, en el que las empresas involucradas habían ejecutado un acuerdo horizontal de fijación de precios a través del esquema de *hub and spoke*³³.
56. En el verano de 2009, los cuatro principales autoservicios de Estonia, Selver AS, Rimi Eesti Food AS, MAXIMA Eesti OÜ y Prisma Peremarket AS acordaron incrementar el precio de vodka a nivel nacional en 15.7%. El acuerdo entre los autoservicios fue facilitado por AS Liviko, el proveedor más grande de vodka de Estonia en ese entonces, en la medida que todas las comunicaciones relacionadas al acuerdo fueron realizadas con la intermediación de los empleados de este proveedor a través de reuniones, llamadas y correos electrónicos.
57. Por su parte, la jurisprudencia británica también ha desarrollado de manera amplia esta modalidad de intercambio de información indirecta. Al igual que en Estados Unidos, la pregunta clave ha sido determinar bajo qué circunstancias los intercambios de información indirectos entre agentes ubicados en distintos niveles de la cadena de comercialización (que pueden ser legales o no, dependiendo de las circunstancias) pueden devenir en el establecimiento de un acuerdo horizontal *per se* ilegal³⁴.
58. En sendos pronunciamientos emitidos por la *Office of Fair Trading* (OFT, la anterior agencia de competencia del Reino Unido³⁵) y el Tribunal de Apelaciones sobre Competencia (CAT, por sus siglas en inglés) en los casos denominados "*Replica Kit*" y "*Toys and Games*", se reconoció expresamente la posibilidad de que empresas competidoras entre sí puedan ser parte de una práctica colusoria horizontal a través

³¹ Cabe precisar que las cinco casas editoriales firmaron un acuerdo ("*plea agreement*") mientras que Apple decidió ir a juicio.

³² Al respecto, ver caso 791 F.3d 290, resuelto por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito el 30 de junio de 2015.

³³ OECD. (2018). *Annual Report on Competition Policy Developments in Estonia* (2017), páginas 8 a 10. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2018\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2018)5/en/pdf) (última consulta: 21 de marzo de 2022).

³⁴ OECD. (2019). *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note by the Secretariat*, página 22. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf) (última consulta: 21 de marzo de 2022).

³⁵ Debe tenerse presente que, debido a una reforma legislativa emprendida en el año 2013, desde el 1 de abril de 2014 las competencias de la OFT relacionadas con la represión de conductas anticompetitivas han sido asumidas por la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (*Competition and Markets Authority*, en inglés).



de agentes económicos que operan en distintos niveles de la cadena de comercialización de un determinado producto.

59. En *Replica Kit*³⁶, la OFT investigó y sancionó un cártel destinado a fijar los precios de reventa de las réplicas de los uniformes utilizados por el equipo profesional de fútbol inglés y por algunos equipos de la liga de fútbol inglesa entre los años 2000 y 2001.
60. La investigación de la OFT determinó que el cártel estaba conformado principalmente por Umbro, productor y distribuidor de los uniformes de algunos clubes de la liga de fútbol inglesa (como Manchester United, Celtic y Chelsea) y de la selección nacional de fútbol inglesa, así como también por diversas empresas dedicadas a la comercialización de artículos deportivos, como Allsports, Blacks Leisure Group, JJB Sports, Sports Soccer, entre otros.
61. Gran parte de los acuerdos que conformaron el cártel³⁷ se iniciaron debido a las quejas que JJB Sports, la mayor empresa de comercialización de artículos deportivos en el Reino Unido, dirigía a Umbro respecto de los precios que un competidor, Sports Soccer, aplicaba en el mercado. De esta forma, se decidió que una alternativa para eliminar estas quejas era equiparar el precio recomendado de venta que Umbro podía sugerir a cada empresa con el precio "High Street", es decir, aquellos precios considerados por las empresas investigadas como precios tope de comercialización de determinados artículos deportivos (como las réplicas de los uniformes de los equipos de fútbol).
62. Con la ayuda de Umbro, muchas de estas empresas decidieron aplicar el precio "High Street" como precio de venta final. Para ello, Umbro recibía el precio de algunas empresas y lo comunicaba a otras en las negociaciones que mantenía con ellas, asegurándoles el cumplimiento del acuerdo, tal como se puede apreciar en la siguiente cita:

"La OFT considera probado que existió un acuerdo entre, por lo menos, Umbro y Sports Soccer, relacionado con los precios en los que este último vendería las réplicas de los uniformes de los principales equipos cuya autorización de reproducción había sido otorgada a Umbro, durante períodos de venta clave entre abril de 2000 y agosto de 2001 (...).

Por otro lado, la OFT considera probable que el acuerdo entre Umbro y Sports Soccer también incluyó a otros grandes establecimientos de venta de ropa deportiva. En particular, y de manera consistente, Allsports, Blacks, JJB y JD comercializaron los productos de Umbro a precios "High Street" durante períodos de venta clave, lo cual resulta incompatible con comportamientos independientes que deberían existir bajo

³⁶ Caso CP/0871/01, *Price-Fixing of Replica Football Kit* [2003]. Resuelto mediante Decisión CA98/06/2003, del 1 de agosto de 2003.

³⁷ Cabe indicar que el cártel estaba conformado por tres grandes acuerdos, denominados "*Replica Shirts Agreements*", "*Umbro/Sports Connection Celtic Agreement*" y "*England Direct Agreements*", cada uno de los cuales involucraba a empresas distintas. Al respecto, ver numerales 532 a 535 de la Decisión CA98/06/2003, emitida por la OFT el 1 de agosto de 2003.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

condiciones de competencia efectiva. Asimismo, Sports Soccer ha confirmado que buscó y recibió por parte de Umbro garantías respecto de los precios que otras empresas aplicarían en el mercado con la finalidad de asegurarle que el acuerdo que ambos mantenían no le acarrearía desventajas comerciales."³⁸

63. Como ha sido mencionado previamente, una de las modalidades en las cuales se llevaba a cabo el intercambio de información entre las empresas investigadas era a través de las quejas que hacían llegar a Umbro (principalmente, JJB Sports) sobre los precios de sus competidores. Al respecto, la OFT determinó lo siguiente:

*"[Umbro] afirma que JJB generalmente le comunicaba sus precios de venta cuando le presentaba quejas acerca del comportamiento de otras tiendas deportivas. Además, estas empresas, incluida JJB, habrían sabido (y, con mucha frecuencia, esa habría sido su intención) que Umbro utilizaría esa información en sus discusiones con otras empresas."*³⁹

64. En *Toys and Games*⁴⁰, la OFT investigó y sancionó un cártel destinado a fijar los precios de venta de diversos juguetes elaborados por Hasbro desde julio de 1999 hasta setiembre de 2001, los cuales eran comercializados por las principales tiendas de venta de juguetes en el Reino Unido: Argos y Littlewoods.
65. La OFT determinó que Argos y Littlewoods, con la ayuda de Hasbro, habían acordado fijar los precios de diversos juguetes ofertados en los catálogos que las tiendas de dicho rubro emitían semestralmente, específicamente, en el catálogo de otoño/invierno de 1999. Luego del éxito de este primer intento, continuaron con dicha práctica en los catálogos publicados en los años 2000 y 2001.
66. Con la finalidad de poder arribar a estos acuerdos, Hasbro ejerció un rol de mediador entre las empresas investigadas, lo cual permitió a la OFT establecer que Argos y Littlewoods habían participado del acuerdo de precios debido a que sabían que Hasbro tenía la capacidad de convencer y asegurar que el otro competidor se mantenga y respete el acuerdo. Para ello, Hasbro requería a cada uno de sus ejecutivos contactarse con el personal de Argos y Littlewoods para asegurar los precios que aplicarían por cada uno de los juguetes materia del acuerdo y que serían

³⁸ Traducción libre de: "The OFT is satisfied that there was an agreement between, at least, Umbro and Sports Soccer, which related to the prices at which Sports Soccer would sell all the major Umbro licensed Replica Shirts during key selling periods between April 2000 and August 2001. (...) The OFT considers it probable that the overall arrangement between Umbro and Sports Soccer also encompassed the other major retailers. In particular, the other major retailers, including Allsports, Blacks, JJB and JD, consistently priced all Umbro licensed Replica Shirts during key selling periods at High Street Prices which is incompatible with independent behaviour under competitive conditions. Moreover, Sports Soccer has confirmed that it sought from Umbro, and received, assurances as to the pricing intentions of the other retailers in order to ensure that its agreements with Umbro would not put it at a commercial disadvantage." Al respecto, ver numerales 392 y 393 de la Decisión CA98/06/2003, emitida por la OFT el 1 de agosto de 2003.

³⁹ Traducción libre de: "The OFT also notes Umbro's written representations which states that JJB generally only communicated its retail prices to Umbro in the context of complaints about other retailers and that retailers, included JJB, 'would have known (and often intended) that Umbro would use the information in its discussions with other retailers.'" Al respecto, ver numeral 416 de la Decisión CA98/06/2003, emitida por la OFT el 1 de agosto de 2003.

⁴⁰ Caso CP/0480-01, *Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd Fixing the Price of Hasbro Toys and Games* [2003]. Resuelto mediante Decisión CA98/08/2003, del 21 de noviembre de 2003.



publicados en los catálogos. Luego, estos ejecutivos intercambiaban dicha información entre sí con la finalidad de garantizar al competidor que las otras empresas aplicarían los precios previamente acordados⁴¹.

67. Asimismo, durante el período en el que se llevó a cabo la infracción, Argos y Littlewoods monitoreaban los precios de venta de estos productos para asegurarse que la otra cumpliera con el acuerdo. En caso de encontrar alguna desviación en el precio acordado, cada uno de ellos solicitaba la intervención de Hasbro para asegurarse que su competidor volviera a aplicarlo. La siguiente cita, extraída de un testimonio brindado por un ejecutivo de Hasbro ante la OFT, describe el modo en el que funcionaba este monitoreo:

*"Argos monitoreaba los precios de venta de sus competidores. Si detectaban que uno de ellos no aplicaba el precio acordado con Hasbro, entonces me contactaban para saber a qué se debía esa diferencia. Cuando ello sucedía, Argos solicitaba saber si Hasbro podía hacer algo al respecto, por ejemplo, asegurar que el competidor volviera a aplicar el precio acordado. Existía un entendimiento implícito por el cual, si Hasbro podía garantizar a Argos que su competidor volvería a aplicar el precio acordado, Argos también seguiría respetando el acuerdo. En caso contrario, Argos igualaría sus precios a los precios de su competidor."*⁴²

68. Ambas decisiones fueron apeladas ante el Tribunal de Apelaciones sobre Competencia del Reino Unido. En la apelación interpuesta por JJB Sports, el Tribunal ratificó las conclusiones de la OFT, aceptando la existencia de un intercambio de información indirecto entre competidores por medio de un intermediario (Umbro). Asimismo, el Tribunal estableció lo siguiente:

*"Si una empresa A revela de manera privada a su proveedor B cuáles son sus intenciones futuras acerca de los precios que aplicará, en circunstancias en las que sea razonablemente predecible que B pueda usar esa información para influenciar las condiciones del mercado en el que opera, y B luego transmite esa información a una empresa competidora C, entonces A, B y C deben ser considerados como parte de una práctica concertada cuyo efecto u objeto es la prevención, restricción o distorsión de la competencia. Dicha práctica infringe la prohibición de contactos directos o indirectos entre competidores acerca de información relacionada con precios."*⁴³

⁴¹ Ver numeral 55 de la Decisión CA98/08/2003, emitida por la OFT el 21 de noviembre de 2003.

⁴² Traducción libre de: "Argos monitored other retailers' prices. If they found out that a retailer was not at the Hasbro RRP, they contacted me to find out why there was a difference. When Argos called me about the apparently lower price of another retailer, they contacted me to see if Hasbro could do something about it, i.e. get the other retailer to go back to RRP. The understanding was that if Hasbro could give Argos an assurance that the other retailer would put the price back up to the RRP, Argos would also remain at the RRP. If not, Argos would have to make a decision about how it would price the product – usually by matching the competitor's price." Al respecto, ver numeral 86 de la Decisión CA98/08/2003, emitida por la OFT el 21 de noviembre de 2003.

⁴³ Traducción libre de: "(...) if one retailer A privately discloses to a supplier B its future pricing intentions in circumstances where it is reasonably foreseeable that B might make use of that information to influence market conditions, and B then passes that pricing information on to a competing retailer C, then in our view A, B and C are all to be regarded on those facts as parties to a concerted practice having as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition. The prohibition on direct or indirect contact between competitors on prices has been infringed." Al respecto, ver: Casos



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

69. De este modo, el análisis legal que estableció el Tribunal en los casos *hub and spoke* implicaría el cumplimiento de los siguientes tres requisitos⁴⁴:

- A revela información acerca de los precios que aplicará en la comercialización del bien o servicio producido por B, en circunstancias en las que es razonablemente predecible que B pueda revelarlas a C para influenciar las condiciones del mercado.
- B transmite la información a C.
- C usa la información para determinar sus precios en el mercado.

En relación con el último requisito, el Tribunal precisó que, para demostrar el esquema triangular, basta que se revele la intención de precios de manera unilateral, por ejemplo, de A a B para que la trasmita a C con la finalidad de reducir la incertidumbre en el mercado, sin ser necesario que C actué de forma recíproca revelando a B sus intenciones de precios futuras para que sean transmitidas a A⁴⁵.

70. Posteriormente, el Tribunal consideró que los reclamos dirigidos por ciertas empresas a Umbro respecto de los precios cobrados por sus competidores también constituían una conducta que podía ser considerada como prueba de la existencia de una práctica colusoria. En particular, el Tribunal estimó que:

"Si un competidor (A) dirige un reclamo a un proveedor (B) acerca de las actividades comerciales de un competidor (C), y la reacción del proveedor (B) en relación al reclamo de A es tal que limita la actividad comercial de C, entonces A, B y C deben ser considerados como parte de una práctica concertada cuyo efecto u objeto es la prevención, restricción o distorsión de la competencia. (...).

*La línea entre lo lícito y lo ilícito se cruza si una empresa A, de manera explícita, dirige una queja al proveedor B en relación a las actividades comerciales de una empresa C y si, como resultado de ello, el proveedor B llega a tomar acciones efectivas que puedan limitar las actividades de C. Una situación como la descrita no puede ser considerada como una persuasión lícita. En estas circunstancias A, quien se beneficia de la limitación a la competencia impuesta por B sobre C, debe ser considerado como parte de una práctica concertada, siempre y cuando exista un vínculo causal entre los reclamos hecho por A y las acciones tomadas por B respecto a C."*⁴⁶ [Énfasis agregado]

1021/1/1/03 y 1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading; Allsports Limited v. Office of Fair Trading* [2004] CAT 17, sentencia del 1 de octubre de 2004, numeral 659.

⁴⁴ OECD. (2019). *Hub-and-spoke arrangements – Note by the United Kingdom*, página 4. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WDD\(2019\)106/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WDD(2019)106/en/pdf) (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁴⁵ Sobre el particular, el Tribunal señaló (...) *incluso la revelación unilateral de las futuras intenciones de precios puede constituir una práctica concertada si el efecto de dicha revelación es reducir la incertidumbre en el mercado*". Traducción libre de "(...) *even the unilateral disclosure of future pricing intentions can constitute a concerted practice if the effect of disclosure is in fact to reduce uncertainty in the marketplace*". Al respecto ver Casos 1021/1/1/03 y 1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading; Allsports Limited v. Office of Fair Trading* [2004] CAT 17, sentencia del 1 de octubre de 2004, numeral 658. Asimismo, ver: OECD. (2019). *Hub-and-spoke arrangements – Note by the United Kingdom*, página 5. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WDD\(2019\)106/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WDD(2019)106/en/pdf) (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁴⁶ Traducción libre de: "(...) *if a competitor (A) complains to a supplier (B) about the market activities of another competitor (C), and the supplier B acts on A's complaint in a way which limits the competitive activity of C, then A, B and C are all*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

71. Estas conclusiones fueron aceptadas igualmente en la apelación interpuesta por Argos y Littlewoods contra la decisión de la OFT. En efecto, el Tribunal reiteró que la conducta ejercida por ambas empresas, con la intermediación de Hasbro, constituía una práctica concertada que infringía lo dispuesto por la ley de competencia del Reino Unido⁴⁷. Posteriormente, ambas sentencias fueron confirmadas por la Corte de Apelaciones del Reino Unido.
72. Cabe resaltar que, en el año 2011, la OFT sancionó un cártel destinado a la fijación de precios de venta de productos lácteos (denominado "Dairy case") entre el 2002 y el 2003. En este caso, la OFT aplicó nuevamente el esquema *hub and spoke* para determinar la existencia de prácticas colusorias horizontales que habían sido llevadas a cabo por los principales autoservicios del Reino Unido (Asda, Safeway, Sainsbury's y Tesco) con la ayuda de diversos fabricantes de productos lácteos en dicho país⁴⁸.
73. En este caso, los granjeros iniciaron una fuerte campaña contra los fabricantes de productos lácteos para incrementar el precio que les era pagado por la leche no procesada, lo que incluyó cortes de suministro. Por ello, los fabricantes de productos lácteos diseñaron una estrategia en común con los autoservicios para trasladar este incremento en el costo de la leche no procesada al precio final que pagan los consumidores por diversos productos lácteos, entre ellos la leche y el queso.
74. Los fabricantes de productos lácteos jugaron un papel fundamental en propiciar un entendimiento mutuo entre autoservicios en la medida que estos últimos mostraban mucha preocupación de que uno de sus competidores se desvíe de la estrategia acordada. De esta manera, los fabricantes de productos lácteos funcionaban como un "hub" que transmitía los incrementos de precios a los autoservicios, asegurándoles que todos se encontraban alineados en torno a la estrategia⁴⁹.
75. En febrero de 2019, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile (en adelante, TDLC)⁵⁰ acogió la imputación de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE)

parties to a concerted practice to prevent, restrict or distort competition. (...) the line is crossed if a retailer A explicitly complains to supplier B about the competitive activities of another named retailer C, and as a result the supplier B does, in fact, take action limiting the competitive activities of C. Such a situation is not in our judgment a case of "lawful pressure". In those circumstances A, who benefits from the limitation on competition imposed by B on C, is in our view properly to be regarded as a party to the overall concerted practice, provided only that there is a causal link between the complaints made by A and the action taken by B with respect to C."

Al respecto, ver: Casos 1021/1/1/03 y 1022/1/1/03 *JJB Sports plc v. Office of Fair Trading; Allsports Limited v. Office of Fair Trading* [2004] CAT 17, sentencia del 1 de octubre de 2004, numerales 664 y 669.

⁴⁷ Ver: Casos 1014 and 1015/1/1/03 *Argos Limited and Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading* [2004] CAT 24, sentencia del 14 de diciembre de 2004, numeral 779.

⁴⁸ Caso CE/3094-03, *Dairy retail price initiatives* [2011]. Resuelto mediante Decisión CA98/03/2011, emitida por la OFT el 26 de julio de 2011.

⁴⁹ OECD. (2019). *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note by the Secretariat*, página 11. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf) (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁵⁰ Al respecto, ver Sentencia 169/2019 emitida por Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile el 28 de febrero de 2019.



y sancionó a los tres principales autoservicios del país (Cencosud, SMU y Walmart) por acordar un precio mínimo de venta de carne de pollo fresco al consumidor final a través de los proveedores de pollo (Agrosuper, Arizfía y Don Pollo) entre los años 2008 y 2011.

76. Cabe precisar que, si bien la FNE no utilizó una denominación doctrinaria específica para la conducta imputada, el TDLC estimó que dicha conducta se subsumía bajo el concepto de un acuerdo colusorio del tipo *hub and spoke*. En ese sentido, lo fundamental para acreditar el carácter colusorio de la conducta era determinar si los acuerdos verticales de precio mínimo de reventa de la carne de pollo fresca tenían también efectos horizontales, en la medida que cada cadena cumplía el acuerdo en el entendido que las demás también lo hicieran, conforme a lo siguiente:

"(...) lo relevante en el presente caso es establecer, del conjunto de pruebas aportadas al proceso, si los acuerdos meramente verticales existentes entre las requeridas y los proveedores de pollo fresco tuvieron un elemento común que los "horizontalizó"; en particular, como hemos indicado, si cada cadena cumplía su respectivo acuerdo en el entendido que las demás así también lo harían y exigía tal cumplimiento por estas últimas"⁵¹.

77. Al respecto, el TDLC consideró que el "aspecto horizontal" de las restricciones verticales entre los proveedores de pollo y las cadenas había quedado acreditado en una serie de correos electrónicos y declaraciones de sus ejecutivos. Así, de dicha evidencia podía desprenderse que existía una regla que era cumplida por todas las cadenas involucradas. Dicho cumplimiento, incluía el monitoreo de los precios de la competencia por parte de las cadenas, comunicando a los proveedores de pollo cualquier desvío por parte de algún competidor y exigiéndole que aplicara alguna advertencia o amenaza a la cadena que incumplía.
78. Con base en ello, el TDLC sancionó a los tres autoservicios al haberse acreditado el efecto horizontal (y la conducta colusoria) de las restricciones verticales entre proveedores de pollo y autoservicios. Esta decisión del TDLC fue ratificada por la Corte Suprema de Chile⁵², la que señaló que, independientemente de la denominación técnica de la conducta como *hub and spoke*, lo fundamental fue que las cadenas adoptaron una regla común que generó que la determinación de sus precios para la carne de pollo fresco no fuera libre, sino que estaba condicionada a una regla que las tres cadenas acataron (precios mínimos de reventa). Asimismo, tomó en consideración que los incumplimientos a dicha regla fueron reportados mediante reclamos canalizados a través de los proveedores de pollo.
79. Finalmente, en un caso previo (el caso "*Farmacias*"), la Comisión analizó un acuerdo horizontal ejecutado a través de un esquema *hub and spoke*. Efectivamente, en dicha oportunidad se sancionó un acuerdo colusorio de fijación de precios realizado entre

⁵¹ Ver el considerando décimo quinto de la Sentencia 169/2019.

⁵² Al respecto, ver Sentencia de la Corte Suprema de Chile del 8 de abril de 2020.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- cinco cadenas de farmacias, el cual fue facilitado a través de laboratorios farmacéuticos (proveedores).
80. A comienzos del 2008, las cadenas de farmacias y los laboratorios enfrentaron una intensa competencia de precios entre las cadenas, por lo que ambos tenían incentivos para estandarizar sus precios mediante una nivelación en conjunto. Esta nivelación fue realizada con la participación de las cadenas más importantes de farmacias y con el apoyo de los laboratorios, los cuales ejercieron una labor de nexo entre las cadenas de farmacias para coordinar la implementación del incremento de precios en conjunto, así como para monitorear el cumplimiento de dicho incremento por parte de todas las cadenas⁵³.
81. A través de diversas visitas de inspección realizadas a las oficinas de las cadenas de farmacias y principales laboratorios farmacéuticos, se obtuvo registros de correos electrónicos de comunicaciones cursadas entre los laboratorios (proveedores) y las cadenas de farmacias. En dichos correos se apreciaba coordinaciones sobre el monto y fecha de implementación del incremento de precios, así como las correspondientes acciones de monitoreo y el compromiso que manifestaban todas las cadenas para cumplir con lo acordado.
82. Además, los laboratorios canalizaron las quejas o reclamos ante el incumplimiento de los precios acordados por parte de alguna de las cadenas. De esta manera, las cadenas ejecutaron el acuerdo sin tener un contacto directo entre sí, en la medida que todas las coordinaciones fueron facilitadas por los laboratorios, tal como explicó en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI:

"(...) el hecho de que las cadenas de farmacias contaran con la colaboración de los laboratorios, además de facilitar sus coordinaciones de precios, evitaba que tuviesen que recurrir a un contacto directo entre los participantes de una conducta potencialmente ilegal. A criterio de esta Comisión, ello podría responder a que las cadenas de farmacias buscaron blindar su conducta evitando que sean detectadas, en particular, en un contexto donde se tenía noticia pública de una investigación por conductas similares en otras jurisdicciones (en particular, el caso tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile contra Farmacias Ahumada y otros).

De hecho, las comunicaciones obtenidas por la Secretaría Técnica permiten observar que también los laboratorios se aseguraban de actuar sigilosamente, evitando -por ejemplo- remitir un correo que tuviera como destinatarios «públicos» a dos o más cadenas de farmacias»⁵⁴.

83. Por lo expuesto, en octubre de 2016 la Comisión sancionó a cinco de las seis cadenas de farmacias investigadas por haber incurrido en prácticas colusorias horizontales al fijar en conjunto los precios de diversos productos farmacéuticos entre el 2008 y 2009,

⁵³ Ver numeral 33 de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI.

⁵⁴ Ver numerales 309 y 310 de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

con el apoyo de diversos laboratorios. La decisión fue apelada solo por Nortfarma y confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi⁵⁵ (en adelante, la Sala).

3.2.3 Conclusiones

84. En atención a la tipificación de los cárteles en el TUO de la LRCA y a los criterios evidenciados en la jurisprudencia nacional y comparada, al evaluar prácticas colusorias horizontales bajo un esquema *hub and spoke*, esta Comisión considerará lo siguiente:

- Se produce un esquema *hub and spoke* cuando el cártel se organiza mediante la participación de un intermediario (*hub*), que canaliza información entre competidores (*spokes*) con el objeto de celebrar o mantener acuerdos anticompetitivos, o corregir eventuales incumplimientos.
- Se trata de acuerdos horizontales, pues las coordinaciones y restricciones se produce en el nivel en que compiten los *spokes*, teniendo el *hub* un rol esencialmente de facilitador o intermediario de las comunicaciones entre dichos competidores.
- Por esta razón, la prohibición aplicable a los *spokes* es la de prácticas colusorias horizontales (TUO de la LRCA, artículo 11), mientras que el *hub*, de ser el caso, le aplica la prohibición de ser el facilitador del cártel (TUO de LRCA, artículo 2.4).
- Además, la acreditación de un cártel *hub-and-spoke* está sujeto a las mismas exigencias que cualquier otro cártel, esto es, el uso de prueba directa o indiciaria que permita generar convicción de la existencia de una "voluntad común" entre competidores para restringir o afectar el proceso competitivo entre sí.

3.3 La figura del planificador, intermediario o facilitador en el TUO de la LRCA

85. El TUO de la LRCA compila en un solo texto legal los cambios normativos que fueron introducidos al texto original del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por el Decreto Legislativo 1205, publicado el 23 de setiembre de 2015, y el Decreto Legislativo 1396, publicado el 7 de setiembre de 2018.

⁵⁵ Nortfarma S.A.C interpuso una demanda contenciosa administrativa contra la decisión de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, la cual fue declarada infundada mediante Sentencia del 6 de junio de 2019 emitida por el Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima. En atención a la apelación interpuesta por Nortfarma, mediante sentencia del 3 de julio de 2020, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con subespecialidad en temas de mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó el pronunciamiento de primera instancia. Nortfarma ha presentado un recurso de casación, cuya procedencia aún se encuentra pendiente de pronunciamiento por la Corte Suprema.



86. En el artículo 2.1 del texto original del Decreto Legislativo 1034, posteriormente recogido en el mismo numeral del TUO de la LRCA⁵⁶, se estableció que el ámbito de aplicación de la norma comprende a los agentes económicos que oferten o demanden en el mercado bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes lo hagan, los que pueden ser personas naturales, personas jurídicas, sociedades irregulares u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro. Asimismo, dicho texto normativo también prevé que su aplicación se extiende a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes económicos, siempre que hubieran tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la conducta anticompetitiva.
87. El 23 de setiembre de 2015, el Decreto Legislativo 1205, en su numeral 2.4, incorporó al ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 1034 a los planificadores, intermediarios o facilitadores de una práctica colusoria horizontal sujeta a la prohibición absoluta. De este modo, se incluyó dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la ley a aquellas personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúan como planificadores, intermediarios o facilitadores de una práctica colusoria sujeta a la prohibición absoluta. Estos pueden ser incluso funcionarios, directivos y servidores públicos. El texto de dicha norma es el siguiente:

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo. -

2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

88. La referida modificación del ámbito subjetivo de aplicación de la norma tuvo como objetivo central incluir como destinatarios de la misma a aquellas personas naturales o jurídicas que participan activamente en la planificación, ejecución o administración de un cártel, sin tener la condición de competidores en el mercado de los bienes o servicios donde operan los agentes económicos miembros del cártel investigado o asociaciones o gremios que dichos agentes integran.
89. Se recoge de esta manera la represión de los denominados "facilitadores", es decir, personas naturales o jurídicas que, sin participar directamente en el mercado donde se produce la restricción a la competencia, realizan una función esencial para la estabilidad de un cártel, al colaborar en el planeamiento, ejecución o administración de dicha práctica anticompetitiva.

⁵⁶ TUO de la LRCA

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo. -

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa. (...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

90. Como ha demostrado la experiencia comparada⁵⁷, la existencia de estos facilitadores es, en muchos casos, determinante en la conformación y supervivencia de los cárteles, al adoptar funciones centrales como el intercambio o diseminación de información, la realización de gestiones en beneficio del cártel o su organización logística⁵⁸. Por esta razón, en la norma se ha incorporado la calificación de su responsabilidad y la imposición de las sanciones o medidas correctivas correspondientes. Previsiones similares pueden ser encontradas en la legislación de países como Chile, Colombia o México⁵⁹.
91. Finalmente, como en el caso de cualquier otro agente que incurre en una infracción sujeta a la prohibición absoluta, a los facilitadores les corresponderán las sanciones y medidas correctivas actualmente previstas, respectivamente, en el primer inciso del artículo 46.1 y el artículo 49 del TUO de la LRCA, sea que se trate de personas naturales o de personas jurídicas, como de sociedades irregulares u otros agentes comprendidos en el artículo 2.1 de dicha norma.

3.4 Prohibición absoluta y prohibición relativa

92. El artículo 11 del TUO de la LRCA también distingue a las prácticas colusorias horizontales a partir del tipo de prohibición aplicable, diferenciando entre aquellas sujetas a una prohibición absoluta y aquellas sujetas a una prohibición relativa.
93. Los artículos 8 y 9 del TUO de la LRCA establecen las reglas de la carga de la prueba aplicables a la prohibición absoluta y a la prohibición relativa⁶⁰. Así, los casos

⁵⁷ Así, por ejemplo, en febrero de 2015 (Caso COMP/AT.39861), la Comisión Europea sancionó a la empresa británica ICAP, agente financiero, por su participación en la administración de seis de los siete cárteles en torno a la tasa de interés del Yen (YIRD) acreditados por dicha comisión en diciembre de 2013. Considerando el grado de responsabilidad en la infracción a las normas de competencia y la gravedad de la conducta, la Comisión Europea impuso a ICAP una multa de € 14.9 millones (cerca de 17 millones de dólares americanos). Otro caso emblemático es el de *AC-Treuhand AG v. Comisión de las Comunidades Europeas* (Asunto T-99/04), resuelto por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en julio de 2008.

⁵⁸ De hecho, la Comisión ya había tenido oportunidad de resaltar la importancia del rol del facilitador anteriormente. Por ejemplo, mediante Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, la Comisión destacó la importancia del "asesor legal" de un grupo de centros de hemodiálisis en la organización y materialización del cártel por el cual dichas empresas coordinaron cotizaciones para alterar el valor referencial de diversos procesos de selección de EsSalud.

⁵⁹ Sobre las legislaciones colombiana y chilena, revisar: CALDERÓN, Andrés. *Cartel fácil: Estudio comparado sobre los facilitadores de colusión en el derecho de la competencia en América del Sur*. En: *Avances en derecho de la competencia: CEDEC XVIII*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Grupo Editorial Ibáñez, 2019, páginas 31 – 63. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2020/01/cartel-facc81cil.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

Respecto de la legislación mexicana, revisar el artículo 103 y el literal XI del artículo 127 de la Ley Federal de Competencia Económica. Disponible en: <https://www.cofece.mx/publicaciones/marco-juridico-y-normativo/ley-federal-de-competencia-economica-lfce-2021/> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁶⁰ TUO de la LRCA

Artículo 8.- Prohibición absoluta. -

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

Artículo 9.- Prohibición relativa. -

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



sometidos a una prohibición absoluta se caracterizan porque, para declarar la existencia de una infracción administrativa, basta que se demuestre la existencia de la conducta investigada. Por su parte, los casos sometidos a una prohibición relativa se caracterizan porque, además de probar la existencia de la conducta investigada, se debe verificar que esta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores⁶¹.

94. Esta distinción normativa responde a la existencia de amplia experiencia jurisprudencial, nacional y extranjera, que ha permitido identificar determinadas prácticas colusorias horizontales que, en sí mismas, son restrictivas de la competencia y no generan mayor eficiencia en el mercado⁶², lo que ha motivado que se encuentren sometidas a una prohibición absoluta. A este tipo de prácticas o acuerdos se les denomina *hard core cartels* o, simplemente, cárteles⁶³.
95. A nivel nacional, el reconocimiento del carácter inherentemente anticompetitivo de este tipo de acuerdos ha sido explicado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, documento en el que se han recogido las apreciaciones desarrolladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos⁶⁴ (OECD, por sus siglas en inglés) y la *International Competition Network (ICN)*⁶⁵. En estos foros se ha afirmado en reiteradas oportunidades el grave perjuicio que estas conductas causan en el mercado.
96. Específicamente, se encuentran sometidas a una prohibición absoluta las prácticas colusorias horizontales, *inter marca*, que no son complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos (es decir, los denominados acuerdos desnudos) y que tienen por objeto: a) la fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) la limitación de la producción o de las ventas; c) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) las licitaciones colusorias o *bid rigging*, según lo establecido taxativamente en el artículo 11.2 del TUO de la LRCA.

⁶¹ Cabe precisar que, en los casos sometidos a una prohibición relativa, los investigados pueden demostrar que, a pesar de haber cometido la conducta investigada, esta genera o podría generar efectos positivos o eficiencias en el mercado. En este escenario, la autoridad de competencia deberá hacer un balance entre los efectos negativos o anticompetitivos que ha identificado y los efectos positivos o procompetitivos que han demostrado los investigados. Si el balance es positivo, no se habrá configurado una infracción.

⁶² OECD (2002) *Competition Committee. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency*, páginas 75 y 76. <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁶³ Internacionalmente son consideradas bajo la categoría de *hard core cartels* las conductas de concertación de precios, restricción de oferta, asignación de territorios o clientes y las licitaciones colusorias. *International Competition Network. Defining Hard Core Cartels Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties*. Reporte elaborado por el *ICN Working Group on Cartels*. Cuarta Conferencia Anual, Bonn - Alemania, 6-8 de junio de 2005, página 10. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_BuildingBlocks.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁶⁴ OECD (2002) *Competition Committee. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency*, páginas 75 y 76. <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁶⁵ *International Competition Network. Defining Hard Core Cartels Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties*. Reporte elaborado por el *ICN Working Group on Cartels*. Cuarta Conferencia Anual, Bonn - Alemania, 6-8 de junio de 2005, páginas 14 y 15. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_BuildingBlocks.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

97. En cambio, las prácticas colusorias horizontales desarrolladas en el marco de competencia *intra marca* no se ven sujetas en nuestro ordenamiento a una prohibición absoluta, conforme lo establecido en el artículo 11 de la LRCA, sino a una prohibición relativa, resultando indistinto el objeto de la práctica analizada.

3.5 Medios probatorios reconocidos por el TUO de la LRCA

98. En los procedimientos sobre prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta, la autoridad se encuentra en la necesidad de acreditar la ocurrencia de actos que suelen ser ocultados por sus participantes, toda vez que al ser conscientes de la ilegalidad de estos actos, las empresas involucradas suelen desenvolverse de tal manera que dificultan la detección de la conducta investigada, reduciendo la cantidad de documentación que puede ser recabada por la autoridad de competencia para acreditar la existencia de una práctica colusoria. Es así que muchas estrategias anticompetitivas y coordinaciones no son realizadas o plasmadas en medios escritos, o en general registradas, evitando con ello la generación de documentos inculpatorios.
99. Por dichas razones, el artículo 30 del TUO de la LRCA reconoce el recurso a distintos medios probatorios para probar este tipo de conductas, tales como documentos, declaraciones de parte, testimonios, inspecciones y pericias, habilitando a la autoridad a utilizar cualquier otro medio probatorio que a criterio de ella sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados.
100. En el mismo sentido, el artículo 177 del TUO de la LPAG establece que los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir el resultado de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa⁶⁶. Como puede advertirse, considerando que no existen pruebas tasadas, cualquier tipo de medio probatorio servirá para acreditar la comisión de una práctica colusoria, incluidos los sucedáneos de los medios probatorios constituidos por los indicios y presunciones.
101. No obstante ello, cabe señalar que, tratándose de infracciones de índole administrativa, los procedimientos en materia de defensa de la libre competencia se caracterizan por un estándar de prueba menos rígido que el aplicable en los procesos penales, formal y materialmente más elevado, debido a la gravedad de las penas que se pueden aplicar a quienes resulten responsables⁶⁷, sin perjuicio de que la autoridad

⁶⁶ TUO de la LPAG

Artículo 177.- Medios de prueba

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. (...).

⁶⁷ "En la mayoría de los países, los cárteles (y otras violaciones de la ley de competencia) son procesados administrativamente. Las principales sanciones administrativas que se aplican a esta conducta son multas, por lo general solo se evalúan contra organizaciones, pero a veces contra personas físicas, y se disponen órdenes de reparación. En una minoría de países, pero en crecimiento, los cárteles son enjuiciados penalmente. En la mayoría de los casos, la carga de la prueba que enfrenta la agencia de competencia es más alta en un caso de naturaleza penal. Como resultado, generalmente es más importante que se actúe evidencia directa de acuerdos en estos casos [penales]. Los Estados Unidos han utilizado durante mucho tiempo el proceso penal en los casos de cártel perseguidos por el gobierno, y



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

de competencia pueda alcanzar en su actuación estándares de prueba de tanta rigidez como el penal.

102. En ese sentido, si bien generalmente los principios reconocidos por el derecho penal resultan aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores (presunción de inocencia, legalidad, *non bis in idem*, proporcionalidad de las penas, entre otros), ello no implica que toda institución aplicable a los procesos penales deba ser replicada en el procedimiento administrativo. De esta manera, no podría equipararse el estándar probatorio exigido para acreditar la responsabilidad de los agentes económicos por infracciones administrativas con aquel utilizado para declarar la culpabilidad de las personas en los procedimientos penales, cuya gravedad y reproche resulta mayor. Sin embargo, incluso en casos de infracciones administrativas, la Comisión deberá formarse plena convicción sobre los hechos que sustentan una declaración de responsabilidad.
103. Ahora bien, a la par de intentar eliminar toda evidencia del contacto directo entre sus miembros, los cárteles frecuentemente adoptan mecanismos o estrategias que les permiten mantener en "secreto" las coordinaciones ilegales entre sus participantes.
104. En particular, los integrantes de un cártel -conscientes de la ilegalidad de sus actos- realizan importantes esfuerzos por minimizar el riesgo de detección de la conducta investigada; por ejemplo, llevando a cabo sus coordinaciones de manera clandestina o a través de intermediarios, y reduciendo o eliminando la cantidad de elementos inculpatorios (por ejemplo, comunicaciones o anotaciones) vinculados con el cártel o simulando la existencia de competencia entre sus miembros⁶⁸.
105. En esa línea, el principal obstáculo para probar la existencia de un cártel es la inherente dificultad de obtener las pruebas incriminatorias, pues además de que las coordinaciones se caracterizan por ser clandestinas, cada vez existen mayores herramientas tecnológicas que facilitan mantener en secreto los hechos ilícitos. Más aún, considerando que los cárteles operan de formas variadas y adoptan nuevos mecanismos o presentan diferentes características en su estructura, dinámica y

prácticamente todos sus casos se basan en pruebas directas. Aun así, la evidencia circunstancial es admisible y útil en ese país y en cualquier otro lugar".

Traducción libre de: *"In most countries cartels (and other violations of the competition law) are prosecuted administratively. The principle administrative sanctions applied to this conducts are fines, usually only assessed against organizations but sometimes against natural persons, and remedial orders. In a minority of countries, but a growing one, cartels are prosecuted criminally. In most instances the burden of proof facing the competition agency is higher in a criminal case. The result is that it is usually more important that direct evidence of agreement be generated in these cases. The United States has long used the criminal process in the cartel cases prosecuted by the government, and virtually all of its cases are built on direct evidence. Still, circumstantial evidence is admissible, and useful, in that country and elsewhere".* OECD, *Prosecuting cartels without direct evidence*. Resumen ejecutivo elaborado por la Secretaría General, 2006, p. 10.

⁶⁸ Al respecto, el Tribunal General de la Unión Europea ha señalado lo siguiente: *"En cuanto a la suficiencia de estas pruebas para demostrar la infracción imputada a la demandante [cártel], con su duración, procede recordar que es habitual que las actividades que comportan las prácticas y acuerdos contrarios a la competencia se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un Estado tercero, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo"* (Énfasis agregado). Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea del 27 de junio de 2012, *Coats Holdings v. Commission* (T-439/07).



funcionamiento, recurrir a un único tipo predeterminado de pruebas o un único mecanismo de probanza haría imposible la actividad probatoria de la autoridad:

"Es la inaccesibilidad a evidencia incriminatoria lo que caracteriza a un cártel. El carácter clandestino de los cárteles otorga a los participantes en el cartel (frente a las agencias de competencia) un monopolio con respecto a la posesión de tal evidencia. Además de esto, especialmente en vista de los crecientes avances tecnológicos de hoy, la detección de pruebas se ha dificultado, mientras que los cartelistas conservan el control total sobre su existencia y su eliminación. Más aún, independientemente de su carácter clandestino, los cárteles son difíciles de probar debido a sus características variables y mutantes. Los cárteles pueden ser de probanza compleja en el sentido que la duración e intensidad de la participación y la conducta anticompetitiva en el mercado de cada empresa individual pueden variar y adoptar diferentes formas. Estas características específicas imponen un umbral casi imposible para que las autoridades de competencia prueben en detalle una infracción y puedan imponer una sanción apropiada que refleje la participación real de los cartelistas"⁶⁹.

[Énfasis agregado]

106. Naturalmente, las circunstancias descritas imponen a la autoridad de competencia un mayor grado de complejidad al investigar la existencia de este tipo de infracciones. Como ha señalado la OECD, *"los cárteles plantean un problema especial a las autoridades de competencia, puesto que operan en secreto y sus miembros usualmente no cooperan en las investigaciones que sobre sus acciones llevan a cabo las autoridades"*⁷⁰.
107. Por ello, para acreditar la existencia de una conducta anticompetitiva y, en particular, de cárteles, las autoridades de competencia están en capacidad de utilizar todo el material probatorio del que puedan disponer, con independencia de su naturaleza (comunicaciones, declaraciones, manuscritos, estadísticas) y de su correspondencia con las usuales categorías de evidencia directa o circunstancial, atendiendo a las exigencias concretas del caso en particular bajo análisis. A partir de un análisis integral de este material probatorio, la autoridad estará en capacidad de formarse convicción sobre los hechos objeto de análisis y, consecuentemente, determinar o descartar la existencia de la infracción investigada.

⁶⁹ Traducción libre de: *"Rather, it is the inaccessibility of incriminating evidence that characterises a cartel. The clandestine character of cartels grants cartel participants a monopoly (over competition enforcers) regarding the possession of such evidence. On top of this, especially in view of today's increasing technological advancements, evidence detection is hardened and cartelists remain in full control over its existence and its elimination. Moreover, irrespective of their clandestine character, cartels are difficult to prove due to their varying and mutating characteristics. Cartels can be evidentially complex in the sense that the duration and intensity of participation and the subsequent anti-competitive conduct on the market of each individual undertaking may vary and take different forms. These specificities impose a near unbearable threshold for competition authorities to prove in detail an infringement, let aside to impose an appropriate sanction reflecting the cartelists' real participation"*. Ver. SCORDAMAGLIA, Andreas, *Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling effective enforcement and adequate protection of procedural guarantees*. En: *The Competition Law Review*. 7 de diciembre 2010, página 7.

⁷⁰ Traducción libre de: *"Cartels pose a special problem for enforcers because they operate in secret, and their members usually do not co-operate with investigations of their conduct"*. En: OECD (2006), *Prosecuting cartels without direct evidence-Policy Roundtable*.



IV. CUESTIONES PREVIAS

4.1 Nulidades alegadas por las empresas

108. Como puede apreciarse de la revisión de los descargos y escritos presentados contra el Informe Técnico, las imputadas han planteado distintas nulidades como medio de defensa. En consecuencia, de manera previa al análisis de fondo sobre la conducta anticompetitiva imputada, la Comisión se pronunciará sobre estas alegaciones.

4.1.1 Sobre la presunta vulneración al principio de debido procedimiento y el derecho de defensa

109. Mediante sendos escritos, Cencosud y San Fernando han planteado argumentos relacionados a la afectación del principio de debido procedimiento y al derecho de defensa, los cuales pueden resumirse de la siguiente manera:

- De acuerdo con Cencosud, la Resolución de Inicio trasgredió el principio de debido procedimiento y su derecho de defensa al omitir calificar la gravedad de la infracción ni indicar el rango de la posible multa aplicable⁷¹.
- De acuerdo con San Fernando, en su Informe Técnico la Dirección habría modificado los hechos imputados en la Resolución de Inicio, vulnerando así el principio de debido proceso y afectando su derecho de defensa⁷².

110. En virtud de los argumentos expuestos, esta Comisión considera conveniente partir de la explicación del concepto de cada uno de los principios alegados por las partes imputadas, a efectos de determinar con mayor precisión si se ha configurado realmente una vulneración.

111. El Tribunal Constitucional ha señalado sobre el principio del debido proceso lo siguiente:

"(...) como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo –como en el caso de autos– o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal"⁷³.

⁷¹ Escrito del 2 de diciembre de 2021.

⁷² De acuerdo con el Informe legal elaborado por Felipe Irrarázabal y María Soledad Krause, presentado como Anexo 9-A del escrito del 6 de diciembre de 2021.

⁷³ En la Sentencia del 17 de febrero de 2005, recaída en el Expediente 4289-2004-AA/TC (Demanda de amparo interpuesta por la señora Blethyn Oliver Pinto contra el Comandante General del Ejército).



112. Asimismo, en el marco de los procedimientos administrativos, el artículo IV del TUO de la LPAG establece que el principio del debido procedimiento comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho⁷⁴.
113. De esta manera, es posible concluir que se configurará una transgresión al principio del debido proceso cuando la autoridad administrativa realice cualquier acto u omisión que coloque en peligro las garantías mínimas y derechos procesales que le han sido reconocidas a los administrados e impide que estos puedan ejercer plenamente su derecho a la defensa ante cualquier procedimiento en su contra.
114. En cuanto al derecho de defensa, el cual ciertamente se encuentra incluido dentro del derecho al debido proceso⁷⁵, se presenta como un derecho fundamental de carácter procedimental que posee una doble dimensión:

*“(…) una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. **En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión**”⁷⁶.*

[Énfasis agregado]

115. Ahora bien, para configurar una afectación al derecho de defensa, la Sala ha señalado, basada en un criterio establecido por el Tribunal Constitucional, que será necesario que se acredite fehacientemente, por parte de quien alega tal afectación, la existencia de una situación o actuación de la autoridad que le haya impedido, de forma real y concreta, ejercer los medios legales establecidos en el ordenamiento

⁷⁴ TUO de la LPAG

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(…)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

⁷⁵ “(…) el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último”. En: sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de abril de 2017, recaída en el Expediente 5085-2006-PA/TC, fundamento 5. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05085-2006-AA.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁷⁶ Sentencia del 12 de setiembre de 2005, recaída en el Expediente 6260-2005-PHC/TC, fundamento 3. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06260-2005-HC.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



para expresar su posición y tutelar de forma efectiva sus intereses⁷⁷. Al respecto, el máximo interprete constitucional ha manifestado lo siguiente:

“(...) el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa; no obstante, no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Exp. N.º 0582-2006- PA/TC; Exp. N.º 5175-2007-HC/TC, entre otros)”⁷⁸.

116. En atención a la jurisprudencia y doctrina expuestas, esta Comisión considera adecuado evaluar los argumentos expuestos por las partes imputadas, bajo un criterio de valoración semejante, con la finalidad de verificar si se ha producido o no una afectación real y concreta al debido proceso y al derecho de defensa de los imputados que alegan tal vulneración. En ese sentido, a continuación, la Comisión procederá a analizar y responder los referidos argumentos presentados por las partes imputadas.
- a) ***Sobre la presunta vulneración al principio del debido procedimiento y al derecho de defensa alegada por Cencosud por no precisarse en la Resolución de Inicio la calificación de la gravedad de la infracción y el rango de multa a imponer***
117. En su escrito del 2 de diciembre de 2021 -así como lo hizo en sus descargos contra la Resolución de Inicio- Cencosud solicitó la nulidad de la Resolución de Inicio, alegando que se habría vulnerado los principios de debido procedimiento y el derecho de defensa de su empresa al no haberse calificado en dicho acto administrativo la gravedad de la infracción ni indicado el rango de la posible multa aplicable.
118. Ante este cuestionamiento, corresponde verificar lo que señalan las normas pertinentes sobre el contenido mínimo del acto de imputación de cargos y verificar si en la Resolución de Inicio se cumplió con tal contenido. Al respecto, el inciso 3 del artículo 254.1 del TUO de la LPAG dispone lo siguiente:

Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador

254.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por (...)

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

⁷⁷ Ver fundamento 225 de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI.

⁷⁸ Sentencia del 11 de octubre de 2010, recaída en el Expediente 01931-2010-PHC/TC, fundamento 3. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01931-2010-HC.html> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



119. En la misma línea con lo señalado por el TUO de la LPAG, el artículo 21.2 del TUO de LRCA -normativa especial sobre la materia- establece los requisitos mínimos que debe tener una Resolución de Inicio, conforme a lo siguiente:

“Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento

(...)

21.2. La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

- a) La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;*
- b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;*
- c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia (...).”*

120. Conforme puede advertirse de una lectura conjunta del TUO de la LPAG y del TUO de la LRCA, una Resolución de Inicio emitida en un procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia debe cumplir con los siguientes requisitos legales: (i) la identificación de los agentes económicos involucrados en la conducta investigada (ii) los hechos que se imputan a título de cargo; (iii) la calificación jurídica de la posible infracción; (iv) las posibles sanciones que pudieran imponerse; (v) la identificación del órgano competente; y, (vi) la norma que atribuye dicha competencia.

121. En ese sentido, de una revisión de los puntos resolutivos de la Resolución de Inicio, esta Comisión observa que en esta se indicó expresamente los hechos que constituyen los cargos imputados y las infracciones que estos pudieran constituir, así como las sanciones que pudieran imponerse de acuerdo con el artículo 46.1 del TUO de la LRCA, quiénes eran las personas jurídicas contra las que se iniciaba un procedimiento administrativo sancionador y el órgano resolutivo facultado a resolver el caso. En efecto, en el caso de Cencosud, en la Resolución de Inicio se señaló lo siguiente:

“PRIMERO: *Iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Cencosud Retail Peru S.A., Makro Supermayorista S.A., Supermercados Peruanos S.A. e Hipermercados Tottus S.A., por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre los años 2009 a 2016, según la descripción realizada en la sección 5.2 de la presente resolución.*

Esta infracción se encuentra tipificada en los artículos 1 y 11.1 literal a) del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y se encuentra sujeta a una prohibición absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 literal a) de dicha Ley. Además, cabe precisar que esta infracción es sancionable de conformidad con el artículo 46.1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Asimismo, corresponde informar que, de conformidad con el artículo 49 del Texto Único Ordenado



de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Comisión podrá dictar las medidas correctivas que estime pertinentes".

SEGUNDO: Iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Cencosud Retail Peru S.A., Supermercados Peruanos S.A. e Hipermercados Tottus S.A., por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero Redondos a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre los años 2010 a 2015, según la descripción realizada en la sección 5.2 de la presente resolución.

Esta infracción se encuentra tipificada en los artículos 1 y 11.1 literal a) del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y se encuentra sujeta a una prohibición absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 literal a) de dicha Ley. Además, cabe precisar que esta infracción es sancionable de conformidad con el artículo 46.1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Asimismo, corresponde informar que, de conformidad con el artículo 49 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Comisión podrá dictar las medidas correctivas que estime pertinentes.

122. De esta manera, se aprecia que en la Resolución de Inicio se cumplió con realizar la imputación de cargos conforme al procedimiento legal y requisitos previstos en el TUO de la LPAG y el TUO de la LRCA. Efectivamente, la Resolución de Inicio:
- Identificó claramente a los agentes económicos involucrados en la conducta investigada, entre ellos, Cencosud.
 - Realizó una exposición detallada de los hechos que motivaron la instauración del presente procedimiento, como puede observarse en la sección V de dicho acto administrativo.
 - Calificó jurídicamente los hechos que se estaban imputando, al indicar que estos constituirían una presunta práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios.
 - Señaló las sanciones que podría acarrear para las empresas imputadas el haber incurrido en la presunta práctica colusoria horizontal investigada, aludiendo al artículo 46.1 del TUO de la LRCA.
 - Indicó cuál era el órgano competente para la resolución del caso y la norma que atribuía dicha competencia (nuevamente, el artículo 46.1 del TUO de la LRCA).
123. No obstante, en cuanto a la calificación de la gravedad de la infracción y el rango de las posibles multas que pudieran aplicarse, Cencosud consideró que estos aspectos debieron haber sido desarrollados de manera exhaustiva en la Resolución de Inicio.
124. Sobre este punto, esta Comisión considera que se debe tener presente que ni el TUO de la LPAG ni el TUO de la LRCA obligan a la autoridad instructora a incluir dichos elementos en la imputación de cargos en una Resolución de Inicio. Ello encuentra aún mayor sustento si se toma en cuenta que la calificación de la gravedad de una infracción no es un elemento constitutivo de la propia infracción. Ciertamente, para demostrar la existencia de una infracción durante la instrucción de un procedimiento



administrativo sancionador, la autoridad administrativa deberá demostrar la veracidad de los hechos sobre los cuales se configura la conducta investigada, así como la participación de los agentes económicos imputados, entre otros elementos relevantes que permitirán demostrar la existencia de la presunta infracción imputada. En cambio, según el propio TUO de la LRCA, la gravedad es un criterio que debe ser tomado en cuenta al momento de aplicar los límites señalados en el artículo 46.1 de la norma, es decir, en un momento posterior al de la determinación de la existencia de una infracción⁷⁹.

125. Así, a criterio de esta Comisión, la calificación de la gravedad que corresponde a una infracción solo podrá ser determinada luego de analizar a cabalidad los argumentos y medios probatorios aportados por las partes y no de manera *ex ante*. Hacerlo de esta otra manera sería pretender que el acto administrativo que inicia un procedimiento sancionador debería tener el mismo grado de certidumbre y precisión que el acto administrativo en el cual se determina la responsabilidad de los agentes económicos involucrados en él. En la misma línea, corresponde enfatizar que tanto la gravedad de la infracción como la consecuente multa concretamente aplicable en cada caso son competencias exclusivas de la Comisión y cuyo ejercicio corresponde a la última etapa del procedimiento sancionador, teniendo en cambio la Dirección un rol únicamente dictaminador o de opinión en estos aspectos (materializado en el Informe Técnico).
126. Finalmente, cabe indicar que, al alegar una afectación al principio de debido proceso y a su derecho de defensa, la empresa imputada no ha cumplido con presentar medio probatorio alguno que permita acreditar fehacientemente la existencia de un acto u omisión por parte de la Dirección que le haya impedido, de forma real y concreta, ejercer su derecho de defensa. Por el contrario, durante la etapa probatoria, Cencosud ha presentado diversos escritos de descargos e informes económicos dirigidos a exponer los argumentos que consideró necesarios para defenderse de la imputación realizada en su contra.
127. Por lo tanto, en atención a los motivos antes expuestos, esta Comisión considera que el argumento esgrimido por Cencosud acerca de la afectación al principio del debido proceso y a su derecho de defensa no resulta atendible.
- b) ***Sobre la presunta vulneración al principio del debido procedimiento y al derecho de defensa alegada por San Fernando al haberse modificado los hechos imputados en la Resolución de Inicio***
128. En el Informe legal elaborado por Felipe Irrázabal y María Soledad Krause (en adelante, el Informe Irrázabal - Krause), presentado en el escrito del 6 de diciembre de 2021, San Fernando sostuvo que la Dirección había "*pretendido alterar los hechos*

⁷⁹ Es más, cabe tener presente que la propia gravedad de una conducta, según se desprende del artículo 47 del TUO de la LRCA, se determina mediante criterios que solo pueden ser conocidos cuando la autoridad ya ha determinado que la conducta anticompetitiva imputada efectivamente se produjo, como por ejemplo, la probabilidad de su detección, su duración, el efecto (real o potencial) que haya podido tener sobre la competencia, entre otros.



que han sido imputados en la resolución de formulación de cargos, introduciendo consideraciones fácticas en relación con las cuales no medió defensa del administrado, y que han venido a sorprenderlo”.

129. En otras palabras, esta Comisión entiende que San Fernando consideraría que en la Resolución de Inicio no se dio indicación alguna de que la conducta investigada tendría la naturaleza de inter marca, y que el hecho de que la Dirección en su Informe Técnico haya explicado las razones por las que sostendría que dicha conducta poseía naturaleza inter marca sería la primera oportunidad en la que dicha empresa habría conocido que la imputación realizada en su contra correspondía a una presunta infracción de tal naturaleza.
130. Al respecto, luego de contrastar las afirmaciones de San Fernando con las imputaciones realizadas en la Resolución de Inicio, esta Comisión considera que corresponde desestimar los argumentos de dicha empresa, pues carecen de asidero.
131. En primer lugar, resulta importante recordar que la Resolución de Inicio contiene una imputación de cargos contra Cencosud, Makro, Supesa y Tottus por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, **sujeta a la regla de la prohibición absoluta**. Así, en el primer punto resolutivo de la Resolución de Inicio expresamente se señaló:

*“Esta infracción se encuentra tipificada en los artículos 1 y 11.1 literal a) del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y se encuentra **sujeta a una prohibición absoluta**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 literal a) de dicha Ley.”*

[Énfasis agregado]

132. De esta manera, se observa claramente que la Resolución de Inicio hizo una referencia expresa a que la conducta imputada se encuentra sujeta a una prohibición absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 del TUO de la LRCA. Esta última precisión, a todas luces, permitió inferir a las partes investigadas que la conducta imputada correspondía a una conducta de naturaleza inter marca, pues el referido artículo expresamente señala que únicamente las prácticas colusorias horizontales inter marca se encuentran sujetas a la prohibición absoluta. Además, cabe anotar que ninguna otra infracción en el TUO de la LRCA se encuentra sujeta a dicha prohibición.
133. De la misma forma, en el tercer punto resolutivo, se indicó que se iniciaba un procedimiento administrativo sancionador contra San Fernando por su presunta participación como facilitador, entre los años 2015 y 2016, de la presunta práctica colusoria horizontal imputada en el primer punto resolutivo de la Resolución de Inicio, lo cual dejaba claramente establecido que San Fernando había sido incluido en el procedimiento al existir indicios que lo señalarían como facilitador de una conducta sujeta a una prohibición absoluta, es decir, de una conducta de naturaleza inter marca.



134. Por lo tanto, contrariamente a lo alegado por San Fernando, esta Comisión concluye que no existió ningún tipo de alteración de los hechos o modificación de la imputación realizada en la Resolución de Inicio respecto de la descripción de la conducta y las conclusiones contenidas en el Informe Técnico.
135. Finalmente, la eventual ausencia de una referencia explícita a la naturaleza inter marca de la infracción imputada en la parte resolutive de la Resolución de Inicio no ha impedido a San Fernando presentar escritos de descargos e informes económicos cuestionando la naturaleza inter marca de la imputación formulada en su contra, por lo que en ningún caso se ha producido la vulneración a su derecho de defensa o al debido procedimiento.
136. En ese sentido, esta Comisión concluye que San Fernando no ha acreditado un acto u omisión por parte de la Dirección que le haya impedido ejercer su derecho de defensa o su derecho al debido proceso y que, por el contrario, a lo largo del procedimiento ha tenido oportunidad de presentar, con la mayor amplitud posible, diversos escritos de descargos e informes económicos dirigidos a desvirtuar la imputación realizada en su contra. Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos de San Fernando también en este extremo.

4.1.2 Sobre la presunta vulneración al principio de tipicidad y legalidad alegada por Cencosud

137. En su escrito del 2 de diciembre de 2021, Cencosud sostuvo que se habría vulnerado los principios de tipicidad y legalidad al habersele imputado participación en un acuerdo indirecto de fijación de precios, mediante la invocación a un esquema *hub and spoke*, pese a que la concertación indirecta no se encuentra prohibida expresamente por el artículo 11 del TULO de la LRCA. De esta manera, a criterio de esta empresa, la Dirección ha pretendido realizar una interpretación extensiva del tipo infractor previsto en la Ley.
138. En relación con este argumento, la Comisión considera conveniente partir explicando el concepto de cada uno de los principios presuntamente afectados, a efectos de determinar con mayor precisión si se ha configurado realmente una vulneración.
139. El principio de legalidad, en sentido constitucionalmente estricto, refiere a *“la prohibición constitucional de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible”*⁸⁰.
140. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que este principio comprende una doble garantía:

⁸⁰ Sentencia del 10 de agosto de 1999, recaída en el Expediente 274-99-AA/TC, fundamento 3. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/00274-1999-AA.html> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



"la primera, de orden material (...) supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex praevia) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley (...)"⁸¹.

141. De esta manera, el principio de legalidad previsto en el ordenamiento jurídico garantiza que las autoridades, al momento de ejercer su potestad punitiva que les ha conferido el Estado, únicamente puedan determinar la existencia de infracciones e imponer sanciones que se encuentren de manera previa, clara y debidamente previstas en una norma con rango de ley.
142. Complementariamente, el principio de tipicidad exige a las autoridades el deber de imputar únicamente aquellas infracciones que se encuentren adecuadamente descritas en la norma. Así, el principio de tipicidad *"alude al grado de predeterminación normativa de los comportamientos típicos (...) lo cual significa que solo cabe castigar un hecho cuando este se encuentre precisamente definido y se tenga claramente definida su penalidad"*⁸². En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal"*⁸³.

143. Atendiendo a la jurisprudencia y doctrina expuesta, esta Comisión considera adecuado evaluar el argumento expuesto por Cencosud para verificar si se ha producido o no una afectación real y concreta al principio de legalidad y tipicidad.
144. Al respecto, el artículo 11.1 del TUO de la LRCA expresamente señala que *"Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia"*.

⁸¹ Sentencia del 22 de marzo de 2007, recaída en el Expediente 08957-2006-AA, fundamentos 14 y 15. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08957-2006-AA.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁸² Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*, 2da ed. (Lima: 2017), 20.

⁸³ Sentencia del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 2192-2004-AA /TC, fundamento 5. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



145. De la propia redacción de la norma, se aprecia que el artículo 11.1 del TUO de la LRCA define por práctica colusoria horizontal aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas, sin hacer diferencia alguna sobre la forma directa o indirecta bajo la cual se podrían llevar a cabo. Así, en el marco de sus facultades instructoras, la autoridad instructora tendrá la labor de demostrar, a través de distintos medios probatorios: (i) la existencia de un acuerdo, decisión, recomendación o práctica concertada y que (ii) haya tenido por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, sin que sea necesario acreditar si este se llevó a cabo de forma directa o indirecta.
146. De esta manera, la cuestión recaída sobre si un acuerdo colusorio ha sido ejecutado de manera directa o indirecta constituye un elemento que no forma parte del tipo infractor, por lo que resulta accesorio a la determinación de la existencia de una práctica colusoria horizontal. Por ello, ante la ausencia de alguna referencia explícita en el referido artículo 11.1 del TUO de la LRCA sobre el carácter directo que supuestamente debería poseer un acuerdo colusorio, ni la Dirección ni la Comisión pueden hacer distinciones en situaciones en las que la Ley no lo hace.
147. Adicionalmente, es pertinente indicar que el literal a) de dicho artículo 11.1, refiere de manera expresa que una fijación concertada de precios puede ser realizada de manera directa o indirecta. Incluso, el artículo 11.2, que señala la prohibición bajo la cual debe analizarse una fijación de precios de naturaleza inter marca y que no sea complementaria o accesorio a otros acuerdos lícitos, no prevé que dicha conducta deba ser ejecutada de forma directa o indirecta para que pueda ser considerada como una infracción.
148. Finalmente, la Comisión considera importante destacar que, al alegar una afectación al principio de legalidad y tipicidad, Cencosud no ha demostrado de manera concreta la forma o el acto mediante el cual la Dirección habría incurrido en tal vicio. Efectivamente, se observa que, en cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad, se imputó a Cencosud y al resto de autoservicios involucrados la infracción prevista en los artículos 11.1 literal a) y 11.2 literal a) del TUO de la LRCA, en los cuales la conducta prohibida se encuentra definida de manera detallada y con un nivel de precisión suficiente. De este modo, la imputación de cargos se basó en un conjunto de hechos que se encuentran debidamente previstos como infracciones y tipificados en una norma con rango de ley; esto es, el TUO de la LRCA.
149. Por lo tanto, en virtud de los motivos expuestos, esta Comisión estima que el argumento esgrimido por Cencosud acerca de la afectación al principio de tipicidad y legalidad debe ser desestimado.

4.1.3 Sobre la presunta vulneración al principio de motivación

150. En su escrito de descargos del 6 de diciembre de 2021, Tottus alegó que la Dirección habría incurrido en un vicio de motivación al recurrir al uso de generalidades y conclusiones ilógicas para afirmar que la práctica imputada es una de carácter inter



marca. Específicamente, Tottus hizo una descripción detallada de las falacias en las que habría incurrido la Dirección en su Informe Técnico y que la habrían llevado erróneamente (según su posición) a concluir que la conducta imputada tenga naturaleza inter marca y que Tottus haya sido parte de tal conducta.

151. Sobre este punto, esta Comisión considera que los argumentos presentados por Tottus al detallar extensivamente los distintos tipos de falacias o contradicciones lógicas en las que -a su criterio- habría incurrido la Dirección en el Informe Técnico, se encuentran en realidad dirigidos a cuestionar el estándar probatorio que fue utilizado para sostener su imputación por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios. Así, luego de examinar los argumentos alegados, se aprecia que el objetivo de Tottus es cuestionar la evidencia utilizada y su interpretación por parte de la Dirección.
152. En ejercicio de su derecho de defensa, tanto Tottus como las demás empresas imputadas se encuentran plenamente legitimadas para controvertir los argumentos y conclusiones que la autoridad instructora desarrolló en la Resolución de Inicio y su Informe Técnico. Sin embargo, el hecho de que estas no se encuentren de acuerdo con el análisis realizado por la autoridad instructora para sostener su hipótesis colusoria no implica necesariamente que esta haya incurrido en un vicio de motivación. Por el contrario, esta Comisión ha verificado que, en la Resolución de Inicio y en el Informe Técnico, la autoridad instructora ha señalado y explicado las razones por las que ha afirmado que Tottus, conjuntamente con Cencosud, Makro y Supesa, incurrieron en una práctica colusoria horizontal inter marca y en la modalidad de fijación concertada de precios, en base a un análisis jurídico y económico de la evidencia documental y de precios recabada, cumpliendo así con el deber de motivación reconocido en el literal 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 3 y 6.1 del TUO de la LPAG⁸⁴.
153. Sin perjuicio de ello, todo cuestionamiento sobre la interpretación de la evidencia documental, económica y demás indicios que obren en el expediente, así como del análisis utilizado por la Dirección para desarrollar el estándar probatorio del presente

⁸⁴ Constitución Política del Perú
Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

TUO de la LPAG

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.



caso, será examinados a profundidad en la sección correspondiente al análisis de la conducta investigada.

154. Por lo tanto, en virtud de los motivos expuestos, esta Comisión considera que el argumento esgrimido por Tottus acerca de la existencia de un presunto vicio de motivación en el Informe Técnico debe ser desestimado.

4.2 Sobre los argumentos de defensa referidos a la prescripción de la infracción imputada

155. La prescripción es concebida como aquel instituto jurídico en que el transcurso del tiempo produce efectos jurídicos sobre la esfera de los administrados⁸⁵ y reconocida constitucionalmente como un límite a la potestad punitiva del Estado⁸⁶. Esta se produce cuando, por la ausencia de una actividad administrativa eficaz durante cierto tiempo, se extingue la capacidad del Estado de perseguir y sancionar la responsabilidad que recaería sobre un administrado por la infracción que ha cometido.
156. Al respecto, mediante escritos del 6 de diciembre de 2021 y del 31 de enero de 2022, como parte de sus alegaciones contra el Informe Técnico, Cencosud adujo la prescripción de su presunta responsabilidad en los hechos materia de investigación, en aplicación del plazo de prescripción de cuatro (4) años previsto en el TUO de la LPAG. Ello debido a las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016 en el Diario Oficial El Peruano, al texto de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG). Entre estas modificaciones, resalta el inciso 2 del Artículo II del Título Preliminar de dicha norma, que establece lo siguiente: *“Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley”*⁸⁷.
157. Así, a criterio de Cencosud, dicha modificación normativa habría causado que la LPAG deba ser considerada como un estándar mínimo que debe observarse en todo procedimiento administrativo sancionador, de manera que ninguna norma especial podría imponer condiciones menos favorables a aquellas garantías previstas en la LPAG. En particular, Cencosud precisó que, contrariamente a lo señalado por la Dirección en el Informe Técnico, Cencosud no habría señalado que las disposiciones de la LPAG deban primar sobre el TUO de la LRCA, sino que los procedimientos especiales deben observar necesariamente las garantías mínimas previstas en la LPAG.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 9 de mayo de 2011, recaída en el Expediente 02132-2008-PA/TC.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de abril de 2005, recaída en el Expediente 1805-2005-HC/TC.

⁸⁷ TUO de la LPAG

Título Preliminar

Artículo II.- Contenido

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.



158. Por lo tanto, según lo alegado por Cencosud, debe aplicarse el plazo de prescripción de cuatro (4) años recogido en el TUO de la LPAG, y no el de cinco (5) años establecido en el artículo 45 del TUO de la LRCA, toda vez que la aplicación de este último plazo implicaría la imposición de condiciones menos favorables a los administrados.
159. Asimismo, como parte de sus descargos, Cencosud alegó que, en virtud del artículo 252.2 del TUO de la LPAG, el plazo de prescripción se suspendió recién el 9 de diciembre de 2020 con la notificación de la Resolución de Inicio, toda vez que no resulta aplicable la regla de la "interrupción" del plazo de prescripción previsto en el artículo 45 del TUO de la LRCA. Por lo tanto, según Cencosud, todos los hechos objeto de la investigación, incluyendo el último acuerdo de precios en el que Cencosud habría participado, se encuentran prescritos.
160. En consecuencia, en atención de los argumentos expuestos por la empresa imputada, en esta sección esta Comisión se pronunciará sobre los siguientes puntos: (i) si resulta de aplicación el plazo de prescripción recogido por el artículo 250 del TUO de la LPAG o aquel recogido por el artículo 45 del TUO de la LRCA; y, (ii) si resulta de aplicación la regla de la suspensión del plazo de prescripción previsto en el artículo 252.2 del TUO de la LPAG o la regla de la interrupción recogida en el artículo 45 del TUO de la LRCA.

4.2.1 Sobre el plazo de prescripción aplicable al presente procedimiento

161. Respecto de los argumentos presentados por la empresa imputada dirigidos a cuestionar el plazo de prescripción aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores en materia de libre competencia, esta Comisión considera que esta defensa ya ha sido debidamente respondida y desvirtuada previamente por la Dirección en su Informe Técnico. Así, en línea con lo sostenido por la Dirección, esta Comisión reafirma que el carácter supletorio de las disposiciones previstas en el TUO de la LPAG no ha perdido vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.
162. De esta manera, esta Comisión coincide con la Dirección en la necesidad de realizar una interpretación sistemática de los artículos 247 y 252 del TUO de la LPAG, la cual permite concluir que la aplicación de las disposiciones previstas en esta normativa aún mantiene su naturaleza supletoria, toda vez que la aplicación de las leyes especiales no ha perdido vigencia luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1272.
163. De esta manera, el artículo 247 del TUO de la LPAG ha establecido expresamente que las disposiciones sobre el procedimiento administrativo sancionador contenidas en el TUO de la LPAG son de carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales⁸⁸, mientras que precisamente el propio artículo

⁸⁸ TUO de la LPAG
Artículo 247.- Ámbito de aplicación de este capítulo



252.1 remite expresamente a las leyes especiales, al indicar que solo a falta de regulación sobre el plazo de prescripción en una ley especial se deberá aplicar el plazo indicado en el TUO de la LPAG⁸⁹.

164. Lo anterior cobra mayor sentido si se toma en cuenta que la norma especial, es decir el TUO de la LRCA, expresamente establece en su artículo 45 que las infracciones previstas en dicha ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. De esta manera, la propia norma especial establece el plazo de prescripción que debe ser aplicado para determinar la existencia de infracciones a la libre competencia.
165. Así, cualquier otra interpretación distinta que niegue la naturaleza supletoria del TUO de la LPAG respecto de las regulaciones en normas especiales vaciaría de contenido a las normas citadas y harían inaplicables diversos artículos del propio TUO de la LPAG que reconocen expresamente la aplicación preferente de disposiciones contenidas en normas especiales, como por ejemplo los artículos 18.1, 33.2, 38.3, 50, 126.1, 155, 230 y 253.1⁹⁰.
166. Por ello, aunque ciertamente las modificaciones del Decreto Legislativo 1272 que han sido recogidas en el TUO de la LPAG -en particular, la del inciso 2 del Artículo II del Título Preliminar- responden a una "vocación unificadora"⁹¹ que busca asegurar la existencia de un parámetro de unidad como criterio rector de los procedimientos administrativos y la actuación estatal, ello no niega la existencia de procedimientos especiales ni desconoce la regulación de cada uno de ellos; por el contrario, admite su existencia pero circunscrita a situaciones particulares que así lo justifiquen⁹².

247.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 248, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

⁸⁹ TUO de la LPAG

Artículo 252.- Prescripción

252.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.

⁹⁰ La misma posición acerca de la supletoriedad del TUO de la LPAG respecto del TUO de la LRCA ha sido adoptada en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

⁹¹ Ver página 4 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1272, disponible en: https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReqlamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_dl_1_272.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

⁹² Esta ha sido la opinión de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en diversas consultas acerca de la interpretación del inciso 2 del Artículo II del Título Preliminar. Al respecto, ver: (i) numerales 10 y 11 de la Consulta Jurídica N° 004-2017-JUS/DGDOJ del 20 de febrero de 2017, (ii) numerales 11 y 12 de la Consulta Jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ del 23 de febrero de 2017, y, (iii) numerales 10 y 11 de la Consulta Jurídica N° 006-2017-JUS/DGDOJ del 7 de marzo de 2017. Estos documentos están disponibles en la Matriz de Opiniones Jurídicas de la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.



167. Si bien Cencosud precisó que sus argumentos de defensa no estaban dirigidos a sostener que las disposiciones de la LPAG deban primar sobre la LRCA, sino más bien que los procedimientos especiales deben observar necesariamente las garantías mínimas previstas en dicha norma, esta Comisión considera importante resaltar que el Decreto Legislativo 1272 no introdujo un cambio sustancial en la LPAG que justifique la aplicación del plazo de prescripción de cuatro (4) años por sobre los cinco (5) años establecidos en el TUO de la LRCA.
168. Así, se debe tener en cuenta que el criterio ahora contenido en el inciso 2 del artículo II del Título Preliminar acerca de la prohibición de imposición de condiciones menos favorables en procedimientos especiales ya estaba contemplado en el artículo 229⁹³ de la LPAG, antes de que fuera modificada por el Decreto Legislativo 1272 del 21 de diciembre de 2016, tal como se aprecia a continuación:

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 229.- *Ámbito de aplicación de este Capítulo*

(...)

229.2 *Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.*

Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo".

[Énfasis agregado]

169. Finalmente, es importante precisar que esta discusión ya ha sido zanjada por la Comisión mediante las Resoluciones 099-2017/CLC-INDECOPI, 100-2017/CLC-INDECOPI, 101-2017/CLC-INDECOPI, 030-2018/CLC-INDECOPI, 049-2018/CLC-INDECOPI, 014-2020/CLC-INDECOPI, 015-2021/CLC-INDECOPI y 080-2021/CLC-INDECOPI. En todos estos pronunciamientos se explicó que, si bien es evidente el cambio en el inciso 2 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG, tal modificación no resulta suficiente para sustentar la aplicación preferente de las disposiciones previstas en la LPAG en materia de prescripción, toda vez que el criterio acerca de la prohibición de imposición de condiciones menos favorables en procedimientos especiales ya era recogido por la LPAG antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1272⁹⁴.

⁹³ Según el artículo 1 del Decreto Legislativo 1028, publicado el 24 de junio del 2008.

⁹⁴ Ver numerales 75 a 95 de la Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI del 18 de diciembre de 2017, numerales 618 a 635 de la Resolución 101-2017/CLC-INDECOPI del 18 de diciembre de 2017, numerales 76 a 85 de la Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI, numerales 107 a 125 de la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 y numerales 122 a 143 de la Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI. Aunque con diferentes argumentos, la Comisión también ha sostenido la aplicación preferente del plazo de prescripción del TUO de la LRCA por sobre el plazo establecido en el TUO de la LPAG en la Resolución 099-2017/CLC-INDECOPI (numerales 592 a 594), en la Resolución 049-2018/CLC-INDECOPI (numerales 999 a 1002) y en la Resolución 080-2021/CLC-INDECOPI (numerales 402 a 410).



170. Más aún, en sus Resoluciones 157-2019/SDC-INDECOPI, 171-2019/SDC-INDECOPI, 171-2020/SDC-INDECOPI y 037-2021/SDC-INDECOPI, la Sala ha confirmado de manera uniforme y reiterada el criterio reconocido por la Comisión, señalando explícitamente lo siguiente:

"(...) se puede colegir que la regla referida a las 'garantías mínimas', recogida en la posterior modificación del artículo II del Título Preliminar de la Ley 27444, no resulta una disposición nueva que incida en un mayor beneficio para los imputados y que deba ser considerada como un cambio normativo introducido con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1272. Lo anterior debido a que dicha regla ya formaba parte de nuestro ordenamiento según lo dispuesto en el artículo 229 de la Ley 27444 modificado por el Decreto Legislativo 1029"⁹⁵.

[Énfasis agregado]

171. Por todo lo expuesto, esta Comisión considera que el plazo de prescripción, su cómputo y las condiciones en que debe aplicarse (si debe suspenderse o interrumpirse) en el presente caso son aquellos dispuestos en el artículo 45 del TUO de la LRCA. En consecuencia, corresponde desestimar los cuestionamientos formulados por Cencosud en este extremo.

4.2.2 Sobre la regla de la "suspensión" o "interrupción" del plazo de prescripción aplicable al presente procedimiento

172. Como fue señalado, Cencosud manifestó que, en el presente caso, debía emplearse la regla de suspensión establecida en el artículo 252.2 del TUO de la LPAG, y no la regla de interrupción del artículo 45 del TUO de la LRCA.
173. Al respecto, la interrupción y la suspensión son figuras jurídicas que tienen por objeto paralizar el cómputo del plazo de la prescripción, si bien de maneras distintas: mientras que la interrupción tiene como consecuencia que el cómputo del plazo deba reiniciarse "desde cero", la suspensión únicamente detiene el cómputo del plazo por un período determinado, luego de lo cual este cómputo se reanuda a partir de donde quedó (es decir, contando como transcurrido el plazo anterior a su suspensión)⁹⁶.

⁹⁵ Ver numeral 153 de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019, numeral 90 de la Resolución 171-2019/SDC-INDECOPI del 12 de setiembre de 2019 y numeral 239 de la Resolución 171-2020/SDC-INDECOPI del 30 de diciembre de 2020.

⁹⁶ Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Exp. 3681-2010-PHT/TC (fundamento 4) señala lo siguiente: "(...) La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, **producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando**" (énfasis agregado).

Por su parte, en el ámbito penal, se ha señalado lo siguiente: "**A diferencia de la interrupción, la suspensión de la prescripción no deja sin efecto el tiempo transcurrido** (...), sino simplemente detiene el plazo para que continúe una vez superada la causa de suspensión. Es por eso que la suspensión no conduce al plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, aunque sí es posible que el plazo extraordinario se suspenda". MEINI, Iván. *Sobre la prescripción de la acción penal*. En: *Revista Foro Jurídico*. Año 2009, Número 9, p. 70.

Finalmente, en el ámbito civil, se ha señalado lo siguiente: "**La prescripción, además de interrumpirse, puede suspenderse**. La suspensión, mientras que dura, paraliza el curso de la prescripción (*praescriptio donnit*); pero, a



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

174. En atención al desarrollo previo acerca de la aplicación supletoria de las disposiciones previstas en el TUO de la LPAG en los procedimientos establecidos por normas especiales, esta Comisión considera importante reiterar que el carácter supletorio del TUO de la LPAG sigue manteniéndose vigente en el ordenamiento peruano y no ha perdido vigencia luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1272.
175. Por ello, de igual forma que la naturaleza supletoria del plazo de prescripción previsto en la LPAG, la regla de la interrupción del plazo de prescripción previsto en el artículo TUO de la LRCA es la que resulta aplicable al presente caso. Este criterio resulta, además, acorde con las pautas establecidas de manera uniforme y reiterada por la Sala, en cuanto a que las reglas de prescripción que resultan aplicables al procedimiento sobre conductas anticompetitivas -incluyendo la interrupción de su cómputo- se encuentran determinadas por el artículo 45 del TUO de la LRCA, en tanto ley especial, y no por el TUO de la LPAG. En efecto, sobre este punto la Sala ha señalado expresamente lo siguiente:

*"[E]l artículo 42 [hoy artículo 45] de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contiene el plazo de prescripción y las reglas para su cómputo aplicables a las infracciones tipificadas en dicho cuerpo normativo, por lo que **esta es la norma aplicable al presente caso**. (...) De acuerdo con esta disposición legal: (i) las infracciones en materia de libre competencia prescriben a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora (fecha de inicio de cómputo del plazo); y, (ii) **el cómputo del plazo de prescripción se interrumpe (no se suspende) por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de una infracción, puesto en conocimiento del presunto responsable**"⁹⁷.*

[Énfasis agregado]

176. En suma, de acuerdo con el artículo 45 del TUO de la LRCA, norma especial que regula la prescripción de las infracciones a dicha norma, el plazo de prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la presunta infracción en tanto sea puesto en conocimiento del presunto responsable⁹⁸.
177. Por lo demás, cabe añadir que la interrupción (no la suspensión) del cómputo del plazo de prescripción en sede de libre competencia coincide con el desarrollo normativo existente a nivel comparado⁹⁹.

diferencia de la interrupción, no inutiliza el lapso de tiempo ya transcurrido, y cuando la suspensión cesa (si llega a cesar) y la prescripción comienza de nuevo a correr, para calcular el plazo total, se computan sumándolos, el tiempo de prescripción transcurrido antes de la suspensión, y el transcurrido después". ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Derecho Civil I, Introducción y Parte General. Barcelona: Bosch. Año 2001, Decimoquinta Edición, p. 922.

⁹⁷ Ver numerales 291 y 293 de la Resolución 138-2020/SDC-INDECOPI del 20 de octubre de 2020.

⁹⁸ Ver numeral 299 de la Resolución 138-2020/SDC-INDECOPI del 20 de octubre de 2020.

⁹⁹ Así, por ejemplo, en el caso de la Unión Europea, ello es previsto expresamente por el numeral 3 del artículo 25 del Reglamento (CE) N°1/2003 del 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas



178. Por lo expuesto, considerando que resulta aplicable al presente procedimiento la regla de interrupción del plazo de prescripción establecido por el artículo 45 del TUO de la LRCA, corresponde rechazar los argumentos presentados por Cencosud sobre este extremo.

4.3 Sobre la supuesta falta de configuración de los elementos del *hub and spoke*

179. En sus escritos de alegaciones al Informe Técnico del 6 de diciembre de 2021, San Fernando, Makro y Tottus presentaron una serie de argumentos que apuntarían a que, en el presente caso, no se habrían demostrado todos los elementos que corresponderían a una práctica colusoria horizontal bajo el esquema *hub and spoke*.
180. En primer lugar, San Fernando sostuvo que la Dirección había realizado un análisis parcial en su imputación, al concluir que la evidencia examinada en el presente caso corresponde a un esquema de *hub and spoke*. Así, San Fernando precisó que la Dirección consideró en su análisis únicamente un subgrupo de los indicadores relevantes que caracterizan a los esquemas de *hub and spoke*, *retail price maintenance* (RPM) y precio de venta al público sugerido (PVP sugerido), ignorando el resto de los indicadores que permiten distinguir que la práctica investigada se asemeja más a un esquema de PVP sugerido.
181. En esa misma línea, Makro señaló que, a diferencia de lo desarrollado por el TDLC de Chile en la Sentencia 167/2019 (conocida como el "caso Pollos"), la Dirección omitió incluir el análisis de los "*plus factors*" en la metodología utilizada para la determinación de la existencia de la práctica colusoria horizontal (como el monitoreo de precios, reclamos a los proveedores y exigir la aplicación de la regla de comportamiento a las cadenas). Dicha omisión, según Makro, habría evitado que la Dirección pueda diferenciar entre una política vertical impuesta por el proveedor (como un RPM) de un acuerdo horizontal bajo el esquema *hub and spoke*.
182. Finalmente, Tottus sostuvo que en el presente caso no se habrían cumplido los requisitos establecidos por la jurisprudencia internacional para acreditar la configuración de una práctica horizontal en la modalidad *hub and spoke*, motivo por

en los artículos 81 y 82 del Tratado, señalando que el plazo de prescripción de las infracciones en materia de libre competencia se interrumpe por cualquier acto de la Comisión o autoridad de competencia de un Estado miembro dirigido a la instrucción o la investigación de la infracción. Por su parte, la Ley de Defensa de la Competencia de España, Ley 15/2007, establece en el numeral 3 de su artículo 12 que el plazo de prescripción de las infracciones en materia de libre competencia se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado.

En ese sentido, la Corte Suprema española ha enfatizado lo siguiente: "*Cuando está corriendo el plazo de prescripción de las infracciones, su cómputo queda interrumpido por la incoación del procedimiento (o, en su caso, según las legislaciones sectoriales, por actos previos de investigación). A partir de esta interrupción si el procedimiento sancionador incoado se paraliza injustificadamente durante más de un mes comienza un cálculo nuevo del plazo, de modo que el tiempo anterior hasta entonces transcurrido deviene irrelevante con lo que, por emplear la expresión gráfica alguna vez utilizada, el "contador se pone a cero". En alguna lejana sentencia de esta Sala (de 2 de junio de 1987) decíamos que la interrupción del curso de la prescripción determinaba que quedara 'volatilizado' el tiempo ya transcurrido y se iniciara un nuevo cómputo del plazo (en aquel caso quinquenal) de prescripción". Tercer Considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo 342/2015 del 9 de febrero de 2015.*



el cual la Dirección creó su propio estándar probatorio para subsumir los hechos y pruebas del caso a su hipótesis colusoria.

183. En resumen, los alegatos anteriormente expuestos por las imputadas pretenderían demostrar que la Dirección no habría cumplido con acreditar la configuración de las condiciones y requisitos previstos en la literatura y jurisprudencia internacional para que pueda configurarse una práctica concertada bajo el esquema *hub and spoke*.
184. Como punto de partida para responder a estos argumentos, resulta pertinente recordar, como lo ha hecho la Comisión en casos anteriores, que la remisión a conceptos, jurisprudencia y/o doctrina extranjera se realiza únicamente de manera referencial e ilustrativa, con el objetivo de contar con mayores elementos de juicio para determinar qué elementos podrían ser parte de una conducta anticompetitiva, sin que la autoridad (ya sea la Dirección o la Comisión) se encuentre vinculada por ellos, ya que, en ejercicio de sus funciones, tiene plena autonomía para formar su propia opinión y doctrina jurisprudencial sobre la materia¹⁰⁰.
185. En ese sentido, esta Comisión discrepa con las empresas investigadas en la necesidad de verificar el cumplimiento de cada uno de los requisitos que, según la jurisprudencia comparada, deberían existir en un cártel que se produzca bajo el esquema *hub and spoke*. La razón principal es que dicha jurisprudencia no es unívoca al momento de definir los elementos que conformarían a un cártel *hub and spoke*, no solo entre jurisdicciones¹⁰¹, sino también entre criterios emitidos en una misma jurisdicción¹⁰². Por ende, resulta injustificado establecer de manera rígida qué elementos resultarían esenciales para la configuración de una práctica colusoria horizontal bajo el esquema *hub and spoke*.
186. En opinión de esta Comisión, la alusión a este tipo de esquemas sirve para sustentar que no todos los casos de prácticas colusorias horizontales pueden producirse siguiendo el escenario clásico de coordinaciones directas entre competidores, con reuniones presenciales y medios probatorios que permitan demostrar indubitablemente las coordinaciones anticompetitivas, lo cual ha sido explicado extensamente en el marco teórico de la presente Resolución. En esa línea, y sin perjuicio del modo en el que estas coordinaciones puedan ocurrir, lo importante será que la autoridad de competencia pueda demostrar la interacción (directa o indirecta) entre agentes económicos que tenga por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. En otras palabras, el hecho de que una práctica colusoria horizontal se manifieste bajo un esquema *hub and spoke*, no obsta a que esta

¹⁰⁰ Sobre este punto, a manera de ejemplo, ver numeral 84 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI, del 3 de mayo de 2010.

¹⁰¹ A manera de ejemplo, pueden confrontarse los diferentes puntos de vista y metodologías utilizados para analizar casos *hub and spoke* en la jurisprudencia norteamericana y la jurisprudencia británica.

¹⁰² Por ejemplo, las diferencias entre los pronunciamientos de la autoridad de competencia británica y los órganos judiciales en los casos *Replica Kit* y *Toys and Games*. Al respecto, ver: OECD. *Hub-and-spoke arrangements – Note by the United Kingdom*, 4 de diciembre de 2019. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)106/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)106/en/pdf) (última consulta: 21 de marzo de 2022).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

continúe siendo un acuerdo de precios entre agentes competidores entre sí, con la particularidad de que es realizada a través de un facilitador o intermediario.

187. De hecho, la Dirección había enfatizado esta conclusión en el numeral 25 de la Resolución de Inicio, en el cual se precisó lo siguiente:

(...) aunque una práctica colusoria horizontal se manifieste bajo el esquema hub and spoke, esta continúa siendo un acuerdo entre agentes competidores entre sí y no un acuerdo vertical entre agentes ubicados en distintos niveles de la cadena de producción, distribución o comercialización de un producto o servicio, los cuales pueden ser legales. En efecto, el término hub and spoke no implica en modo alguno una calificación jurídica a la conducta imputada, sino que se utiliza para describir un esquema colusorio particular pero que sigue respondiendo a las reglas contenidas en el artículo 11 del TUO de la LRCA.

188. Considerando entonces que, conforme a lo explicado en el marco teórico, un acuerdo *hub and spoke* sigue siendo, a pesar de sus particularidades, un acuerdo de agentes competidores entre sí, es esta la característica principal a ser probada y no otros elementos que pudieran o no ser parte del esquema específico antes indicado. En consecuencia, esta Comisión estima que las actuaciones de la autoridad instructora han estado enfocadas correctamente en demostrar si los agentes económicos imputados habrían incurrido en un acuerdo de fijación de precios, más allá de la concurrencia de circunstancias específicas propias de los esquemas *hub and spoke* reconocidas, no siempre de manera uniforme, en la jurisprudencia y doctrina de referencia.
189. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar los argumentos presentados por San Fernando, Makro y Tottus sobre este extremo.

4.4 Naturaleza inter marca de la competencia en el presente procedimiento

190. De acuerdo con diversos argumentos señalados por las partes, la conducta que fue imputada a las empresas investigadas es en realidad una de naturaleza intra marca, por lo que la Dirección habría errado al considerarla como una de naturaleza inter marca.
191. En el Informe Técnico, la Dirección analizó la competencia existente entre los autoservicios involucrados, considerando el esquema de precios de venta al público mínimos sugeridos (en adelante, PVPms) implementado y la presencia de un proveedor común, y concluyó que esta es de naturaleza intermarca, por lo que el acuerdo había sido correctamente imputado y debía ser evaluado bajo una prohibición absoluta.
192. En efecto, la Dirección consideró que, si bien los autoservicios distribuyen un producto de una misma marca, la distinción entre competencia inter o intra marca debe partir por determinar si la restricción a la competencia entre los mismos (la presunta práctica colusoria horizontal) se encuentra intrínsecamente vinculada a una relación o



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

restricción vertical con el proveedor común que impone una política marcaría uniforme en el mercado de consumo final y que, como tal, pudiese impactar en el desempeño competitivo entre dichos autoservicios.

193. De acuerdo con la Dirección, si las restricciones analizadas corresponden a arreglos o entendimientos entre autoservicios independientes, que no se encuentran vinculados con la política marcaría del proveedor común, sino a una política marcaría propia que los enfrenta entre sí, no corresponderá darle un tratamiento distinto al de otras restricciones a nivel horizontal, incluso cuando el proveedor pueda tener alguna participación en la conducta infractora (por ejemplo, como facilitador).

194. De esa forma, la Dirección evaluó si la dinámica competitiva observada a partir de las evidencias recabadas y las estrategias desplegadas por las empresas eran compatibles o no con un escenario de imposición de política marcaría por parte del proveedor, determinando que -si bien existieron esquemas de PVPms- los autoservicios actuaron a lo largo del período investigado con independencia en la determinación de sus propios precios, buscando mejorar sus propias ofertas comerciales, en un contexto en el que existía competencia en torno a sus identidades comerciales, por lo que la competencia entre los autoservicios tenía naturaleza inter marca.

195. Frente a este razonamiento, las investigadas alegaron esencialmente lo siguiente:

- Los conceptos adoptados por la Dirección sobre competencia intra e inter marca, así como el criterio para diferenciarlas, resultan contrarios a la legislación nacional, así como la doctrina y jurisprudencia internacional.
- San Fernando impuso su política marcaría a los supermercados, por lo que el alineamiento en torno al PVPms es resultado de una restricción vertical.
- La naturaleza de la competencia no podría ser inter marca debido a que, de ser así, la hipótesis colusoria carecería de sentido, al estar basada en un único producto y una única marca, para un periodo acotado, cuando la competencia entre supermercados es a nivel de canastas de productos.
- La competencia inter marca solo sería posible si el acuerdo incluyese a las marcas propias.
- La calificación de la infracción como 'grave' en lugar de 'muy grave' revela que la conducta es de naturaleza intra marca y no inter marca.

196. En atención a estas divergencias, esta Comisión procederá a explicar cuál es, a su criterio, el estándar de análisis para determinar si en un caso la competencia posee naturaleza inter marca o intra marca. Luego, se procederá a aplicar este estándar al caso específico.

4.4.1 Estándar general de análisis de competencia inter marca e intra marca

197. El artículo 11.2 del TUO de la LRCA dispone que estarán sujetos a una prohibición absoluta las prácticas colusorias horizontales; es decir, aquellas que se realizan entre



competidores en el mismo nivel de la cadena de producción o comercialización, siempre que tengan una naturaleza inter marca¹⁰³.

198. Así, específicamente para la legislación peruana, la identificación de la naturaleza de una práctica colusoria horizontal investigada (inter marca o intra marca) resulta determinante para la definición del tipo de prohibición aplicable: absoluta o relativa. Como está claramente establecido en la ley, mientras que la prohibición absoluta implica que, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta, la prohibición relativa implica demostrar los efectos negativos (reales o potenciales) para la competencia y el bienestar de los consumidores. Es en razón de esta diferencia que la calificación de una práctica colusoria horizontal como inter marca o intra marca cobra sustancial importancia para el tratamiento que la Comisión dará a la infracción bajo análisis.
199. Adicionalmente, la identificación de la prohibición aplicable también incide en la determinación de otro nivel de responsabilidad: el de las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta, según el artículo 2.4 del TUO de la LRCA.
200. En el presente caso, las empresas investigadas han argumentado que, en el ámbito internacional de la aplicación del derecho de la libre competencia, existiría un consenso (plasmado, por ejemplo, en glosarios de definiciones sobre esta materia, como aquellos elaborados por la OECD¹⁰⁴ o la Comisión Europea¹⁰⁵) en torno a las definiciones de competencia inter marca e intra marca. Asimismo, según las partes, estas mismas definiciones son las que el Indecopi, ya sea cuando ha realizado propuestas legislativas o en su propia casuística de libre competencia, ha reconocido y aplicado.
201. Bajo las definiciones referidas por los investigados, la competencia inter marca es aquella que ocurre entre los distribuidores de productos de distinta procedencia y marcas distintas; mientras que la competencia intra marca es la competencia entre distribuidores de un mismo producto, designado por una marca determinada. Así, se repite comúnmente el ejemplo de la competencia entre las marcas Coca Cola y Pepsi,

¹⁰³ TUO de LRCA

Artículo 11.- prácticas colusorias horizontales.-

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio
(...)

¹⁰⁴ OECD, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, p. 17. Disponible en: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹⁰⁵ Comisión Europea, Dirección General de Competencia. *Glossary of terms used in EU competition policy Antitrust and control of concentrations*, 2002, p. 26. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/100e1bc8-cee3-4f65-9b30-e232ec3064d6> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



como uno de competencia inter marca, mientras que la competencia entre dos distribuidores de Coca Cola (o Pepsi) será una competencia intra marca.

202. Al respecto, esta Comisión coincide en líneas generales con el análisis realizado por la Dirección sobre esta materia en la sección 4.6 del Informe Técnico, en la que se discutió el marco conceptual aplicable en materia de competencia intra marca e inter marca; la aplicación al caso concreto y los principales argumentos presentados por las partes sobre este extremo durante el procedimiento administrativo.
203. En línea con lo establecido en el Informe Técnico, si bien las definiciones de competencia inter marca y competencia intra marca planteadas por los investigados son correctas, no deja de ser cierto también que se trata de definiciones básicas o genéricas y que no profundizan en situaciones particulares, como las que ocurren en el mercado y la práctica bajo evaluación, por lo que resulta necesario analizar detenidamente dichas situaciones particulares a efectos de que la autoridad de competencia pueda determinar correctamente el tipo de competencia que se ve restringida por la práctica bajo análisis.
204. Por lo tanto, el criterio determinante para establecer si se está ante una práctica colusoria horizontal inter marca o intra marca es identificar la forma cómo compiten los agentes económicos en el mercado en el que ocurre la práctica investigada. Este criterio no es algo novedoso, puesto que esta autoridad de competencia tiene un pronunciamiento previo en ese sentido.
205. Ciertamente, en el caso "Farmacias" también fue necesario evaluar la naturaleza de la competencia entre las empresas investigadas para determinar si la práctica colusoria en la que habían incurrido tenía carácter inter o intra marca. Para ello, en dicha decisión se explicó que un factor importante para la determinación del tipo de competencia existente entre los agentes investigados se encontraba relacionado con el grado de independencia de las cadenas de farmacias frente a su proveedor. Así, se explicó que pueden existir minoristas que son agentes del proveedor, cuya estrategia comercial consiste en posicionar la marca del proveedor frente a los competidores de este; mientras que, en otros supuestos, los minoristas mantienen independencia frente a su proveedor y compiten en el mercado con sus propias identidades comerciales versus otros minoristas.
206. En el segundo escenario, la competencia entre minoristas no se determina en función a la marca de un producto de un mismo proveedor, sino en función a su posicionamiento en el mercado como el minorista con las mejores condiciones de oferta de todos sus productos frente a otros minoristas. En este caso, los minoristas compiten entre sí enfrentando sus propias políticas marcarias frente a las de sus rivales. Esto se evidencia, por ejemplo, en mercados de ventas *retail*, en donde se encuentran empresas como las cadenas de farmacias o las cadenas de supermercados, las cuales poseen un diseño comercial y giro de negocio bien definido que consiste principalmente en la oferta y provisión de un conjunto de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

productos a consumidores finales, bajo ciertas características que incluyen las facilidades en sus tiendas y la calidad de sus servicios.

207. En tal sentido, como se estableció en el caso "Farmacias", las prácticas colusorias horizontales realizadas por minoristas de una misma marca que se encuentran en el primer escenario descrito, es decir, cuando prima la política marcaría del proveedor y el grado de independencia de los minoristas es reducido, serán consideradas como conductas de naturaleza intra marca. Por otra parte, las prácticas colusorias horizontales realizadas por minoristas, incluso de una misma marca, que se encuentran en el segundo escenario, es decir, cuando a pesar de comercializar una o varias marcas comunes, prima entre ellos la independencia de sus políticas comerciales respecto de las de sus proveedores, serán consideradas restricciones de naturaleza inter marca.
208. Como se puede observar, que dos o más minoristas comercialicen productos de una misma marca no necesariamente significará que la competencia entre ellos sea intra marca. Identificar de manera automática un escenario de comercialización de un mismo producto por parte de distintos agentes económicos con una competencia intra marca no es admisible sin atender a las características que se presentan en cada mercado.
209. La preocupación que subyace a este criterio está relacionada con el hecho de que los cárteles -horizontales y desnudos- con frecuencia utilizan relaciones verticales para facilitar su adopción y contrarrestar los incumplimientos, sin que ello implique que deba darse al cártel el tratamiento de un acuerdo vertical e intra marca. Así, la jurisprudencia norteamericana ha reconocido que "*los acuerdos verticales sobre precios (...) pueden ser usados para organizar cárteles al nivel minorista*"¹⁰⁶, de manera que "*un grupo de retailers puede coludirse para fijar precios a los consumidores y luego obligar a un productor a contribuir con el sostenimiento del acuerdo anticompetitivo a través de precios de reventa*"¹⁰⁷. Por ello, "*un cartel entre competidores minoristas que reducen la competencia para incrementar los precios es, y debe seguir siendo, ilegal per se*"¹⁰⁸.
210. De esta manera, la autoridad debe diferenciar entre aquellos acuerdos entre competidores donde la participación de un agente de un nivel distinto de la cadena únicamente responde a un rol facilitador del cártel (que por su naturaleza sigue siendo

¹⁰⁶ *Business Electronics v. Sharp Electronics*, 485 U.S. 717, 725-726: "*Vertical price agreements might assist horizontal price fixing at the manufacturer level (by reducing the manufacturer's incentive to cheat on a cartel, since its retailers could not pass on lower prices to consumers) or might be used to organize cartels at the retailer level*".

¹⁰⁷ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007): "*A group of retailers might collude to fix prices to consumers and then compel a manufacturer to aid the unlawful arrangement with resale price maintenance. In that instance the manufacturer does not establish the practice to stimulate services or to promote its brand but to give inefficient retailers higher profits. Retailers with better distribution systems and lower cost structures would be prevented from charging lower prices by the agreement*".

¹⁰⁸ *Ibid*: "*A horizontal cartel among competing manufacturers or competing retailers that decreases output or reduces competition in order to increase price is, and ought to be, per se unlawful*".



horizontal, inter marca¹⁰⁹ y sujeto a una prohibición absoluta); de aquellos acuerdos propiamente verticales, que obedecen a políticas comerciales de distribución de la marca dictadas por el mismo productor.

211. En este análisis, la autoridad podrá concluir que una conducta investigada responde a un acuerdo horizontal e inter marca si observa la ausencia de elementos de caracterización de los acuerdos verticales, que revelen el diseño y aplicación de una política comercial instaurada por el productor para tener un grado de control sobre la forma en que se distribuyen sus productos, además de la presencia de elementos que revelen la instrumentalización, por parte del cártel, de eventuales relaciones verticales con miras a concretar su objeto restrictivo. En otras palabras, la presencia de relaciones verticales, por sí misma, no será razón suficiente para descartar la existencia de un acuerdo horizontal e inter marca, si estas en esencia tienen por objeto, precisamente, coadyuvar con los intereses del cártel. Al respecto, como reconoce la doctrina, los cárteles suelen utilizar este tipo de restricciones para facilitar la colusión y evitar los incumplimientos, de manera relativamente informal y con frecuencia clandestina¹¹⁰.
212. De esta manera, con la finalidad de esbozar un criterio de aplicación general a los casos de libre competencia, esta Comisión es de la opinión que una adecuada distinción entre competencia inter e intra marca debe partir por determinar si la restricción a la competencia entre minoristas analizada (la presunta práctica colusoria horizontal) se encuentra intrínsecamente vinculada a una relación o restricción vertical con un proveedor común que impone una política marcaría uniforme en el mercado de consumo final y que, como tal, pudiese impactar en el desempeño competitivo entre dichos minoristas.
213. De encontrarse vinculadas con la política marcaría de un proveedor, en el contexto de restricciones verticales¹¹¹ que generan un comportamiento uniforme en los minoristas para hacer frente a la competencia que enfrenta el proveedor con otras marcas, este tipo de restricciones se encontrarán sujetas a una prohibición relativa, pues la autoridad deberá realizar una ponderación entre sus efectos restrictivos y las

¹⁰⁹ Al ser concretado por competidores independientes entre sí y ser ajeno a una política comercial de distribución controlada por el productor.

¹¹⁰ LEVENSTEIN, Margaret C. y SUSLOW, Valerie Y. *How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork's The Antitrust Paradox*. En: *The Journal of Law & Economics*, Vol. 57, No. S3, The Contributions of Robert Bork to Antitrust Economics (August 2014), The University of Chicago Press for The Booth School of Business, University of Chicago and The University of Chicago Law School, p. S48.

¹¹¹ Tanto la Comisión con la Sala han sido consistentes al señalar que las restricciones verticales con frecuencia se encuentran dirigidas a contrarrestar los efectos de las externalidades verticales básicas generadas por la independencia de los distribuidores (aguas abajo) y que pueden impactar negativamente sobre los productores (aguas arriba): doble marginalización, riesgo moral y sustitución de insumos. En otras palabras, si bien pueden limitar o reducir la competencia entre distribuidores, las restricciones verticales suelen tener efectos procompetitivos a nivel entre proveedores, quienes tendrán incentivos para establecer sistemas de distribución cada vez más eficientes, en beneficio de los consumidores. A manera de ejemplo, véase las Resoluciones 045-2009/CLC-INDECOPI y 016-2010/ST-CLC-INDECOPI.



eventuales eficiencias que razonablemente puedan justificar su existencia¹¹²; restricciones frecuentes en esta categoría son los contratos de distribución exclusiva o selectiva, acuerdos de marca única, acuerdos de franquicia o el mantenimiento de precios de reventa (RPM)¹¹³.

214. Por el contrario, si las restricciones analizadas corresponden a arreglos o entendimientos entre minoristas independientes, que no se encuentran vinculados con la política marcaria del proveedor común, sino a una política marcaria propia que los enfrenta entre sí, no corresponderá darle un tratamiento distinto al de otras restricciones a nivel horizontal, incluso cuando el proveedor pueda tener alguna participación en la conducta infractora (por ejemplo, un facilitador).
215. En este último caso, corresponderá a la autoridad acreditar la independencia en las políticas marcarias de los supuestos partícipes de la restricción y si se determina que la competencia entre ellos es inter marca (la marca de cada uno se contrapone a la de los demás), dicha conducta será analizada como un acuerdo bajo los alcances del artículo 11.2 del TUO de la LRCA, en tanto se cumplan los demás requisitos establecidos en dicha norma.
216. En tal consideración, siguiendo con el ejemplo usado anteriormente, si bien es correcto establecer que dos supermercados que venden la marca Coca Cola (o Pepsi) son comercios minoristas de la misma marca, también es correcto identificar que, dado el giro de negocio de los supermercados, existe entre ellos una dimensión de competencia inter marca, en la que rivalizan frente a los consumidores finales en ofrecer los servicios propios de tal giro de negocio, que involucra la provisión conjunta de diversos productos, incluyendo bebidas gaseosas como Coca Cola (o Pepsi).

¹¹² Como ha señalado la Sala: "las restricciones verticales se definen como aquellos acuerdos o convenios entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción, que restringen las condiciones bajo las cuales los contratantes pueden comprar, vender o revender un bien o servicio. En esa medida, las restricciones verticales son capaces de generar efectos intra marca, producto de la competencia dentro de la misma marca, o inter marca, es decir, como consecuencia de la competencia entre marcas distintas". Al respecto, ver numeral 26 de la Resolución 0589-2015/SDC-INDECOPI.

¹¹³ Respecto a las restricciones verticales sobre precios, es notoria la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc vs PSKS Inc.* que, revirtiendo casi un siglo de jurisprudencia en contrario, determinó que: "la literatura económica está repleta de información sobre los efectos pro-competitivos respecto al uso de precios mínimos de reventa por parte del productor, y además algunos estudios en la materia han planteado dudas sobre si dicha práctica es acorde con la aplicación de la regla per se. Las justificaciones para restricciones verticales sobre precios son similares a aquellas otras sobre restricciones verticales. El mantenimiento de precios mínimos de reventa puede estimular la competencia inter marca entre productores que venden distintas marcas del mismo tipo de producto reduciendo la competencia intra marca entre distribuidores que venden la misma marca. (...) El empleo de restricciones verticales sobre precios por parte del productor tiende a eliminar la competencia de precios intra marca, esto a su vez estimula a los distribuidores a invertir en servicios o promociones que favorecen la posición del productor frente otros productos rivales".

Traducción libre de: "Economics literature is replete with procompetitive justifications for a manufacturer's use of resale price maintenance, and the few recent studies on the subject also cast doubt on the conclusion that the practice meets the criteria for a per se rule. The justifications for vertical price restraints are similar to those for other vertical restraints. Minimum resale price maintenance can stimulate interbrand competition among manufacturers selling different brands of the same type of product by reducing intrabrand competition among retailers selling the same brand. (...) A single manufacturer's use of vertical price restraints tends to eliminate intrabrand price competition; this in turn encourages retailers to invest in services or promotional efforts that aid the manufacturer's position as against rival manufacturers".



217. La relevancia de la identificación de una política marcaria dispuesta por el proveedor para los minoristas, en la determinación de la naturaleza de la competencia relacionada con la práctica investigada, proviene de que, a mayor independencia de los minoristas respecto del proveedor, la competencia entre dichos minoristas se podrá desarrollar con mayor libertad y, en tal sentido, estaremos frente a un escenario de competencia inter marca.
218. Dicha "política marcaria" podría definirse como el conjunto de todos aquellos elementos que influyen en la comercialización de un bien o servicio y que permitirían diferenciar al proveedor o al minorista de estos bienes o servicios de otros que pudieran comercializar bienes o servicios similares. Cabe resaltar que tanto proveedores como minoristas podrían imponer sus propias políticas marcarias, en función a las características del mercado en que se encuentren involucrados.
219. Sin perjuicio de ello, para fines de la presente investigación, es pertinente centrarse en aquel escenario en donde es el proveedor quien impone su política marcaria, para efectos de determinar si el caso concreto se encuentra subsumido en dicho escenario.
220. Así, esta Comisión considera que, en el contexto de restricciones verticales, puede ocurrir que los minoristas deban obedecer a una estrategia comercial dispuesta y dirigida por el proveedor común sobre la política marcaria que deberán aplicar en la oferta de sus productos o servicios. En tal escenario, los minoristas son condicionados en la forma cómo revenderán los productos del proveedor en el mercado, restringiendo una o más variables competitivas, tales como la ubicación geográfica, precios, cantidades, estrategias de venta u otros, con la finalidad última de posicionar la identidad marcaria del proveedor, incluso a costa de su propia identidad comercial. En este escenario, el espacio de competencia que puede existir entre dos o más minoristas de un proveedor común se ve reducido y condicionado a la política marcaria de dicho proveedor, dando lugar a una competencia intra marca.
221. En la medida en que las respectivas políticas marcarias de los minoristas estén subordinadas a la política marcaria del proveedor, la oferta de aquellos será considerada dependiente de la de este último y, por consiguiente, la competencia existente entre ellos será considerada como intra marca. Por el contrario, si se verifica que los minoristas son agentes independientes del proveedor, que su actuar en el mercado no se encuentra determinado por este, dado que mantienen autonomía para determinar las condiciones de su oferta y estrategias comerciales (es decir, su propia política marcaria) y compiten en el mercado contraponiendo sus propias políticas comerciales frente a la de sus rivales, se acreditará que la competencia que existe entre estos minoristas corresponde a una de naturaleza inter marca.
222. La dependencia o independencia de los minoristas respecto de la política marcaria del proveedor requiere realizar un análisis caso por caso, evaluando el nivel de dependencia o independencia existente y cómo este determina la existencia de competencia inter o intra marca.



223. En tal sentido, la determinación de la naturaleza de la competencia, sea inter marca o intra marca, que en el Perú tiene consecuencias legales sobre el tipo de prohibición aplicable a la práctica colusoria horizontal bajo investigación, así como sobre la posibilidad de sancionar a agentes económicos que hayan cumplido el rol de planificador, intermediario o facilitador, no debe abordarse de una manera tan simple como solamente verificar si los distribuidores competidores venden o no un producto de una misma marca, sino, como se ha dicho, en consideración de la evaluación del tipo de competencia afectada por la colusión. Le corresponderá a la autoridad de competencia hacer un análisis caso por caso para evaluar el nivel de dependencia o independencia existente entre el proveedor y sus distribuidores y cómo este determina la existencia de competencia inter o intra marca.

224. En conclusión, esta Comisión considera que la determinación de la existencia de competencia inter marca o intra marca en relación con los casos de prácticas colusorias horizontales dependerá de la evaluación del tipo de competencia afectada por la colusión horizontal bajo análisis. Para dicha evaluación se deberá identificar la existencia o no de una política marcaria impuesta por el proveedor que condicione el actuar de los distribuidores. Cuando las políticas comerciales de los distribuidores estén subordinadas o sean dependientes de la política marcaria impuesta por el proveedor, se estará ante una competencia intra marca, mientras que la independencia de los distribuidores respecto de la política marcaria del proveedor dará cuenta de la existencia de competencia inter marca entre dichos distribuidores.

4.4.2 Sobre los supuestos efectos de la aplicación del criterio de independencia de política marcaria

225. En el Informe Irarrázabal - Krause, presentado en el escrito del 6 de diciembre de 2021, San Fernando adujo que la aplicación del concepto "independencia de política marcaria" podría acarrear cuatro efectos perjudiciales:

- Sujetar la distinción de competencia inter marca y competencia intra marca a la constatación de "independencia de políticas marcarias", implicaría que un gran número de restricciones verticales que en la generalidad del mundo son consideradas intra marca, pasen a ser consideradas como restricciones verticales inter marca en el Perú.
- Sujetar la distinción de competencia inter marca y competencia intra marca a la constatación de "independencia de políticas marcarias", podría generar inconsistencias en la aplicación de las infracciones reconocidas en el TUO de la LRCA.
- Sujetar la distinción de competencia inter marca y competencia intra marca a la constatación de "independencia de políticas marcarias", daría lugar a riesgos de error en la valoración jurídica de los acuerdos horizontales.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- Sujetar la distinción de competencia inter marca y competencia intra marca a la constatación de "independencia de políticas marcarias", genera el riesgo de que se confunda la ocurrencia de restricciones verticales con la existencia de integración vertical.
226. A continuación, esta Comisión expondrá los motivos por los cuales discrepa de la posibilidad de que estos supuestos efectos negativos ocurran.
227. Respecto del primer supuesto efecto perjudicial, según San Fernando la aplicación del criterio de independencia de políticas marcarias supondría ampliar artificialmente el concepto de competencia inter marca en desmedro del concepto de competencia intra marca. En otras palabras, y como también lo han señalado otros imputados en sus escritos de defensa (por ejemplo, Tottus), todos los acuerdos que se analizarían en materia de libre competencia podrían ser considerados como acuerdos de naturaleza inter marca, incluidos aquellos que involucrarían a restricciones verticales.
228. No obstante, esta Comisión considera que dicho argumento no tiene asidero. En efecto, corresponde recordar la propia experiencia de la Comisión en casos anteriores en materia de libre competencia, en particular, en el caso "Malva", en el que se investigó y sancionó una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra¹¹⁴. En dicho caso, Malva S.A. (Malva) denunció a Unión Andina de Cementos S.A.A. (Unacem), La Viga S.A. (La Viga), A. Berio y Cia. S.A.C. (A. Berio) y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. (Macisa) por la comisión de prácticas colusorias verticales en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra de los productos de Unacem.
229. En particular, se acreditó la existencia de una política de castigos, durante el periodo de julio de 2007 hasta noviembre del 2008, consistente en dejar de proveer cemento "Sol", producido por Unacem y distribuido por La Viga, A. Berio y Macisa a todas aquellas ferreterías minoristas (como Malva) que comercializaban los productos de Cemex Perú S.A., con el fin de cerrar el acceso al canal ferretero a esta última empresa.
230. Si en dicho caso se hubiese aplicado el criterio de independencia de políticas marcarias, se habría concluido que La Viga, A. Berio y Macisa eran distribuidores completamente alineados a las políticas de Unacem. Asimismo, las evidencias apuntaban a una restricción vertical diseñada por Unacem y aplicada sin ningún tipo de oposición por parte de sus distribuidores.
231. Por lo tanto, esta Comisión considera que este primer supuesto efecto perjudicial no podría producirse al momento de aplicar el criterio antes señalado.

¹¹⁴ Procedimiento resuelto en primera instancia por la Comisión mediante la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013 y confirmado por la Sala mediante Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

232. Respecto del segundo supuesto efecto perjudicial, San Fernando alega que la aplicación del criterio de independencia de política marcaría podría llevar a que, en un mismo caso, la autoridad pueda considerar una conducta tanto como una práctica colusoria horizontal intra marca como una restricción vertical intra marca.

233. Sobre este punto, esta Comisión considera que este riesgo solo es plausible en aquellas jurisdicciones en las cuales la Ley de Competencia recoge tipos infractores amplios o abiertos, en los cuales pueden subsumirse tanto a las restricciones horizontales como a las restricciones verticales. Un ejemplo de una norma redactada de esta forma es la Ley chilena de Competencia¹¹⁵, la cual, en su artículo 3, señala lo siguiente:

Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

234. Acto seguido, la Ley chilena, en el inciso a) del referido artículo 3, señala un ejemplo de lo que podría entenderse como hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

235. Sin perjuicio de ello, y como también el abogado Felipe Irarrázabal reconoce, el tipo infractor de la Ley chilena es el señalado al inicio del artículo 3 y es considerado como una tipificación "abierta":

"Como ya hemos insinuado y a diferencia de muchas otras legislaciones, en el caso chileno el legislador ha optado por una tipificación abierta –el Art. 3 del D.L. N°211 define el ilícito como «...cualquier hecho, acto o convención que prevenga, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir estos efectos»...-, seguida de una mención a título ejemplar de aquellas conductas más recurrentes en la doctrina. De esta forma, cualquier acción potencialmente puede ser anticompetitiva, en la medida que produzca efectos sobre los mercados afectados o que pueda llegar a producir tales efectos"¹¹⁶.

¹¹⁵ Ver el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N°211, disponible en: https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/documents/10179/62801/DFL-1_07-MAR-2005.pdf_1609958165794/6f74426b-fb00-4aa4-8b2b-6a03c25f9e7e (última consulta: 21 de marzo de 2022). Otros ejemplos de normas con tipos infractores abiertos son la Ley de Competencia norteamericana (la Sherman Act de 1890) y la Ley de Competencia europea (los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

¹¹⁶ IRARRÁZABAL, Felipe. *El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia*. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).



236. Se entiende entonces que, en legislaciones como la chilena, podrían existir conductas que, al subsumirse al tipo infractor, puedan ser consideradas como restricciones horizontales y restricciones verticales a la vez. Pero, en el caso de la legislación peruana, esta circunstancia no es probable, pues los artículos 11 y 12 del TUO de la LRCA han consagrado un conjunto de elementos y requisitos particulares que deben cumplirse para la configuración de una práctica colusoria horizontal o una práctica colusoria vertical, respectivamente. Así, para que se demuestre la existencia de una práctica colusoria horizontal, el propio tipo infractor exige que esta sea ejecutada por agentes competidores entre sí, mientras que, en el caso de una práctica colusoria vertical, el tipo infractor demanda que alguno de los agentes involucrados posea posición de dominio.
237. A mayor abundamiento, para la configuración de una práctica colusoria horizontal sujeta a una prohibición absoluta, el tipo infractor exige que concurren dos elementos: que esta posea naturaleza inter marca y que no sea complementaria o accesorio a otros acuerdos lícitos (*ancillary restraints*).
238. Por ende, considerando que los tipos infractores establecidos en el TUO de la LRCA exigen diversos requisitos para su configuración, los supuestos en los que una conducta pueda ser considerada a la vez como una práctica colusoria horizontal intra marca y una restricción vertical intra marca resultarían atípicos. Por lo tanto, esta Comisión considera que este segundo supuesto efecto perjudicial no podría producirse al momento de aplicar el criterio de independencia de políticas marcarias.
239. En cuanto al tercer supuesto efecto perjudicial, este es resumido en el Informe Irarrázabal - Krause de la siguiente forma: "*¿Cómo podría un agente económico determinar con un grado aceptable de certeza que está distribuyendo productos de determinado productor con "independencia de política marcaria"? ¿cómo definir las fronteras entre la completa independencia, la relativa independencia, y la absoluta dependencia de políticas marcarias? Estas preguntas no son de fácil respuesta*".
240. Esta Comisión coincide en que la aplicación del criterio de independencia de políticas marcarias puede plantear dichas cuestiones y que, como muchos otros conceptos vinculados con el Derecho de la Competencia, este exige una evaluación detenida de distintos elementos que, muchas veces, dependen de las características propias del mercado y de la restricción investigada.
241. En ese sentido, para evitar las dudas que naturalmente pudieran surgir acerca de los distintos grados de independencia de políticas marcarias, resulta necesario realizar una evaluación transversal de las características del mercado y las condiciones de competencia entre los agentes investigados, lo cual puede incluir las maneras en las que estos competidores actúan, las políticas comerciales (o la ausencia de ellas) que implementan para diferenciarse unos de otros, las relaciones comerciales y jurídicas que mantienen con sus proveedores o el comportamiento de los consumidores al momento de escoger entre uno u otro competidor, entre otros factores.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

242. Cuando alguno (o todos) de los elementos antes señalados son tomados en cuenta adecuadamente al momento de realizar esta evaluación, la determinación de la naturaleza inter marca o intra marca de una conducta se vuelve más precisa. Como ejemplo pueden tomarse los casos “Farmacias” y “Malva”. En el primero, el análisis de las características de la competencia entre cadenas de farmacias llevó a concluir que, en última instancia, los consumidores decidían realizar sus compras en una u otra cadena no tanto por los beneficios del producto que adquirirían, sino por las facilidades, ofertas o servicios agregados que les ofrecían cada una de las cadenas de farmacias.

En cambio, en el caso “Malva” el mismo análisis de las características de competencia podía haber llevado a concluir que, para los consumidores, la adquisición de cemento en una u otra ferretería minorista era irrelevante, mientras pudieran adquirir el cemento de su preferencia (“Sol” o “Quisqueya”). En otras palabras, podría haberse verificado que las ferreterías minoristas no establecían políticas comerciales que las diferenciaban unas de otras, estando supeditadas a las políticas de los productores de cemento, reforzando así el carácter intra marca de la conducta. De hecho, resultaba claro determinar que La Viga A. Berio y Macisa, a pesar de tratarse de agentes independientes entre sí y frente a Unacem, formaban parte de un esquema de distribución diseñado por Unacem (caracterizado por la división geográfica y responsabilidades frente a clientes), sobre el cual no ejercían autonomía alguna.

243. Por lo tanto, esta Comisión considera que este tercer supuesto efecto perjudicial no solo no enerva, sino que reafirma la utilidad de la aplicación del criterio de independencia de políticas marcarias al analizar la legalidad de estrategias comerciales respecto del TUO de la LRCA.

244. El último supuesto efecto perjudicial se encontraría relacionado con la dificultad de diferenciar a una restricción vertical de una integración vertical, afectando también la aplicación del sistema de control previo de operaciones de concentración empresarial, regulado por la Ley 31112. Específicamente, el Informe Irarrázabal – Krause señala:

“El efecto inmediato de esta confusión es que surjan dificultades para la administración del sistema de control preventivo de operaciones de concentración económica establecido en la Ley N°31112. En efecto, de adscribirse a la categoría “independencia de políticas marcarias” se corre el riesgo de que restricciones verticales intra marca queden sujetas al control preventivo de operaciones de concentración económica (...). Por otro lado, desde la perspectiva de los sujetos eventualmente obligados a notificar adquisiciones descritas en el artículo 5.1, literal b), de la Ley N°31112, podría generarse, nuevamente, situaciones de incertidumbre y error en la valoración jurídica de los hechos, en el evento de que decidan no notificar, al considerar que no están llevando a cabo una operación de concentración económica, sino únicamente han implementado una restricción vertical intra marca”.

245. Sobre el particular, debe recordarse que, en el análisis de una concentración y por indicación expresa del artículo 5 de la Ley 31112, la definición de control será siempre un elemento preponderante en el análisis de lo que constituiría una integración vertical



y, finalmente, será lo que determine si nos encontramos ante una restricción vertical o una integración vertical.

246. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 31112, una operación está sujeta al sistema de control de operaciones de concentración si la misma implica una transferencia o cambio de control de una empresa o parte de ella, siendo el control la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico de acuerdo al artículo 3 de la referida Ley. Al respecto, la Comisión y la Sala se han pronunciado acerca de cómo debe analizarse dicho control¹¹⁷, siendo necesario determinar si existe la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua de un agente sobre otro, la cual se materializa en el dominio que podría ejercer la empresa controladora respecto de la estrategia competitiva de la empresa controlada, aspecto que depende del caso concreto a evaluar. Asimismo, el análisis del control, y de la transferencia o cambio de este, se realiza caso a caso, evaluando la estructura organizativa y de propiedad de los agentes involucrados, las reglas establecidas en distintos documentos que rijan su organización.
247. En ese sentido, esta Comisión estima que un aspecto que determina que una operación se encuentre sujeta al sistema de control previo de operaciones de concentración empresarial radica en la evaluación de la transferencia o cambio de control que esta genera, análisis que se realiza caso a caso, dependiendo de las características particulares de los agentes involucrados en la operación. El Informe Irrázabal – Krause no señala la forma en que la independencia de las políticas marcarias podría afectar la evaluación del análisis de control en el contexto de las operaciones de concentración.
248. Por los motivos expuestos en esta sección, esta Comisión concluye que la aplicación del criterio de independencia de políticas marcarias no podría producir los supuestos efectos perjudiciales alegados en el Informe Irrázabal – Krause.

4.4.3 Determinación del tipo de competencia entre autoservicios en el presente caso

249. Un primer aspecto central para determinar la naturaleza de la competencia en el presente caso consiste en analizar si la aplicación del PVPms constituyó una imposición de la política marcaria de San Fernando, coaccionando a los distribuidores para que comercializaran el producto pavo entero a un precio igual o cercano al mismo, siendo necesario determinar el grado de independencia de los autoservicios en torno a este PVPms.

¹¹⁷ Al respecto, ver Resoluciones 019-2019/CLC-INDECOPI, 1351-2011/SDC, 034-2014/CLC, 012-1999-INDECOPI-CLC, 015-1998-INDECOPI-CLC y 002-1998-INDECOPI-CLC.

De modo referencial, es importante tomar en cuenta las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS 5780-2015, en cuyo artículo 9 se define como control a "la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad en el caso de un ente jurídico."



250. Al respecto, esta Comisión coincide con la Dirección al señalar que, a diferencia de un precio mínimo de reventa, el PVPms del presente caso fue un precio sugerido, respecto del cual no se ha identificado una política comercial que sustente su obligatoriedad. Más aún, esta Comisión también concuerda en que la evidencia documental y económica permite concluir que los autoservicios mantuvieron su independencia en la fijación de precios, y que, en aquellos episodios en los que pudieron haberse presentado alineamientos, estos respondieron a la propia autonomía de los autoservicios y no a la imposición de una política marcaria por parte del proveedor común.
251. Ciertamente, a pesar de la existencia de un PVPms, los distribuidores implementaron descuentos acordes a sus respectivas políticas comerciales. Un ejemplo de ello es Tottus, empresa que señaló contar con una política de precios bajos, habiendo adoptado la estrategia comercial "preciazos"¹¹⁸, mientras que Makro mencionó que desde el año 2013 ha aplicado una importante política de descuentos¹¹⁹, lo que resulta consistente con un escenario en donde los autoservicios deciden sus propios PVP.
252. Más aún, las propias empresas han brindado alcances en torno a la libertad con la que contaban para la fijación de sus precios. En efecto, Cencosud ha señalado que, si bien los productores sugerían precios de venta mínimos para los productos de sus marcas, los supermercados **fueron libres de establecer el precio de venta de los pavos de marca San Fernando y Redondos**, siendo que, según la propia Cencosud, esta estableció precios de venta inferiores a los sugeridos¹²⁰.
253. Más aún, Cencosud describe el proceso mediante el fijaba sus precios¹²¹:

*"Para la fijación del precio, además del costo entregado por los productores, se realizan consultas con ellos para obtener su apreciación sobre el comportamiento del mercado para la campaña del año en curso (los productores son quienes mejor conocen el mercado). Las consultas pasan principalmente por conocer su visión sobre el mercado de pavos para la campaña, posibles tendencias en el consumo, factores exógenos que puedan influir en su venta (ejemplo: la crisis financiera del año 2008 o la Pandemia del COVID -19 en el año 2020), así como actividades propias de cada marca (promociones o descuentos). A partir de esa información, y de información propia, **Cencosud fija de manera independiente el PVP inicial** (precio al cual se publicita el pavo en los encartes, avisos en medios de comunicación, entre otros)".*

[Énfasis agregado]

¹¹⁸ En su escrito de descargos del 26 de enero de 2021.

¹¹⁹ En su escrito de descargos del 12 de agosto de 2021.

¹²⁰ En su escrito de descargos del 11 de agosto de 2021.

¹²¹ En su escrito de descargos del 25 de enero de 2021.



254. De la misma forma, Tottus ha manifestado haber contado con una política de precios y descuentos independiente de sus proveedores¹²²:

"Tottus fija su política de precios de forma independiente adoptando para todos sus productos una estrategia de precios bajos que garantice su competitividad respecto de los otros supermercados, y en el caso del producto pavo, esta estrategia considera además la necesidad de colocar el stock de dicho producto durante la campaña navideña dado que asume el riesgo comercial de sus ventas"

[Énfasis agregado]

255. Con relación a Supesa, se desprende de la evidencia documental que la empresa contaba con plena capacidad para modificar sus precios. Así, por ejemplo, en el correo SUP-03 se señala lo siguiente:

*"Buenas tardes, Juan el día (sic) de hoy realizando un chequeo de precio con la competencia (tottus), se observo (sic) que tenemos diferencia en los precios de los pavos, mas aun cuando se quedo (sic) en la reunion (sic) de jefes que el precio del pavo san fernando se mantendria (sic) igual en todos los retail.
Por tanto, favor de **revisarlo y generar una oferta que pueda diferenciarnos con la competencia teniendo precios mas bajos.**"*

[Énfasis agregado]

256. De la misma forma, el correo SUP-13 señala lo siguiente:

*"(...) Estamos considerando salir con el precio del Pavo San Fernando a S/. 11.50 x Kg Esperamos que el resto de cadenas respeten el precio indicado, **de lo contrario manejaremos el precio según creamos conveniente** (...)"*

[Énfasis agregado]

257. De esta manera, esta Comisión no encuentra plausible considerar que los autoservicios actuaron bajo la imposición de la política marcaría del proveedor, puesto que la propia evidencia del caso, así como lo señalado por las propias investigadas, revela el grado de libertad con el que actuaron para la fijación de sus precios, lo cual se ve reforzado por la recurrente aplicación de promociones.
258. Por dicho motivo, esta Comisión coincide con la Dirección en que, independientemente de si los precios de los autoservicios convergieron o no al PVPms, estos mantuvieron siempre autonomía para fijar sus precios, lo que no resulta compatible con un escenario de imposición de política marcaría común.
259. Sin perjuicio de lo anterior, resulta relevante analizar las estrategias competitivas de los autoservicios y determinar si contaban con políticas marcarías que los enfrentaran entre sí.

¹²² En su escrito de descargos del 26 de enero de 2021.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

260. En principio, es importante tener en cuenta que las empresas distribuidoras investigadas son tiendas detallistas que operan en el canal moderno bajo el formato de supermercados o hipermercados, los cuales se caracterizan por ser tiendas de autoservicio de grandes dimensiones que permiten el abastecimiento de productos alimenticios y para el hogar de los consumidores, por ejemplo, detergente, papel higiénico, productos de limpieza, etc. Ofrecen, en general, productos de bajo costo, obteniendo su rentabilidad por el volumen de sus ventas, y tienen como principales atributos la variedad de productos, la proximidad de sus locales a los hogares de los consumidores y la calidad de atención.
261. No obstante lo anterior, cada una de las empresas aplica diferentes estrategias de posicionamiento y diferenciación, así como públicos objetivos distintos, priorizándose según cada caso el precio, la variedad de productos o la calidad de la atención, a fin de que los consumidores adquieran la mayor cantidad de productos en sus locales y no en los de sus competidores.
262. En particular, en lo que respecta a la empresa Cencosud, su marca Wong compite a través de la calidad de su servicio, el cual le permite atraer consumidores dispuestos a pagar un precio superior por dicha calidad. Se encuentra dirigida a grupos socioeconómicos altos y cuenta además con una amplia gama de productos. Asimismo, en el caso de su marca Metro, si bien también ofrece una amplia variedad de productos, su estrategia se encuentra principalmente orientada a una competencia en precios, priorizando la accesibilidad monetaria por encima de la satisfacción del cliente, hecho que se refleja en su lema "*Precios más bajos siempre*". Se encuentra enfocada en el estrato socioeconómico de nivel medio¹²³.
263. En el caso de Supesa, su marca Plaza Vea compite principalmente a través de una estrategia basada en precios, ofreciendo una adecuada calidad a precios accesibles, mediante el recurso a ofertas y promociones, y centrándose en el público de ingresos medios. En efecto, uno de sus lemas comerciales fue "*Ahorra más, disfruta más*". En tanto que, en el caso de su marca Vivanda, la estrategia se basa en priorizar la calidad y ofrecer productos de difícil acceso, dirigido a un público de estratos socioeconómicos altos¹²⁴. En efecto, la propia marca se presenta como un espacio innovador con productos exclusivos y de alta calidad¹²⁵, utilizando el lema "*Piensa Fresco*".
264. Por su parte, Tottus, con su marca homónima, compite en precios a través de ofertas y promociones ("*Preciazos todos los días*"), teniendo como público objetivo el estrato socioeconómico de nivel medio, al igual que Metro o Plaza Vea¹²⁶. Asimismo, ha

¹²³ AGUIRRE, Julio y REQUEJO, Fernando. *La organización industrial de los supermercados en Perú*. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 12(22), p. 47-85. Disponible en: <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/41/39> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Fuente: <https://www.vivanda.com.pe/institucional/propuesta-valor> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹²⁶ AGUIRRE, Julio y REQUEJO, Fernando, *Op. Cit.*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

buscado posicionarse como un supermercado moderno y económico, con un ambiente cómodo, limpio y acogedor¹²⁷.

265. Por último, Makro, al corresponder al formato *Cash and Carry*, se encuentra principalmente enfocado en negocios como bodegas, restaurantes, hoteles y catering¹²⁸ ("Abastece su negocio"), ofreciendo precios competitivos tanto a los agentes económicos mayoristas como también a los consumidores finales.
266. Las empresas, asimismo, han buscado posicionar sus marcas a través de acciones publicitarias, siendo que Plaza Vea de Supesa, Tottus y Metro de Cencosud han sido las marcas con mayor inversión en publicidad en lo que respecta a supermercados e hipermercados¹²⁹. Esto habría incidido en que, precisamente, sean Metro, Plaza Vea, Tottus y Wong las marcas con mayor recordación espontánea en la categoría supermercados/autoservicios a nivel nacional (2016)¹³⁰, lo que les permite, finalmente, luchar por atraer un mayor número de consumidores a sus respectivos locales comerciales.
267. Adicionalmente, en el caso de Makro, esta es la empresa con mayor participación en el formato *Cash and Carry*, por encima de tiendas como Mayorsa o Vega Supermayorista¹³¹, lo que también respondería a las acciones y estrategias para posicionar su marca.
268. Sumado a lo anterior, un elemento que ha sido señalado por las propias investigadas es la existencia de marcas propias¹³² en la venta de pavo entero, las cuales les han permitido contar con una oferta más amplia para los consumidores, a precios menores. Así, Cencosud ha contado durante el periodo investigado con las marcas

¹²⁷ MONTES, Romina. *Análisis de la percepción de las amas de casa del NSE B frente a las marcas blancas en los supermercados: Plaza Vea, Tottus y Metro*. Trabajo de investigación para optar el Título Profesional de Licenciado en Comunicación (2016). Universidad de Lima. Disponible en: https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/4257/Montes_Sanguinetti_Romina_Cecilia.pdf?sequence=3&isAllowed=y (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹²⁸ Fuente: <https://www.makro.pe/images/upload/pdf/2019.07.17-13.58.46.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹²⁹ Información correspondiente al año 2017. Fuente: <https://www.mercadonegro.pe/marketing/las-marcas-que-mas-invierten-en-el-mercado-peruano/> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹³⁰ Fuente: <https://codigo.pe/estas-las-marcas-peru-mas-recordadas-2016/> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹³¹ FLORES, Eduardo y PLENGE, Kristine. *Centros comerciales en el Perú en el 2019*. Trabajo de investigación para optar el Grado de Máster en Dirección de Empresas (2019). Universidad de Piura. Disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4902/MDE_2030.pdf?sequence=2 (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹³² Al respecto, en su escrito del 21 de mayo de 2021, San Fernando ha señalado que no solo produce pavo de la marca San Fernando, sino que también produce pavos para que los supermercados los rotulen y comercialicen con sus marcas blancas o marcas propias (p.e. Uno para Tottus, La Florencia para Supesa y Aro para Makro).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

"Metro" y "Belén"¹³³; Tottus introdujo una marca homónima y la marca "Uno"¹³⁴, Makro introdujo la marca "Aro"¹³⁵ y Supesa introdujo la marca "Florencia"¹³⁶.

269. Dichas marcas propias han permitido incrementar la oferta comercial de los autoservicios, permitiéndoles agregar un factor más de diferenciación, reafirmando su nivel de independencia respecto de sus proveedores. Incluso, conforme han mencionado las propias investigadas, las marcas propias han venido incrementando su relevancia en términos de ventas.
270. Finalmente, las empresas han incluido tiendas complementarias dentro de sus locales comerciales, las cuales contribuyen a diferenciarlas aún más de sus competidores. Un ejemplo de ello es la inclusión de módulos de "Teleticket" en los locales de las marcas Metro y Wong de Cencosud, así como la inclusión de módulos de "Tu Entrada" en los locales de las marcas Plaza Veja y Vivanda de Supesa.
271. De acuerdo con todo lo anterior, y a consideración de esta Comisión, las diferentes estrategias comerciales adoptadas por las empresas, la búsqueda de posicionamiento de sus marcas a través de inversiones en publicidad y el incremento en la variedad de sus productos, permiten evidenciar que las empresas investigadas buscaron diferenciarse como rivales entre sí, posicionando sus propias identidades comerciales, en vez de servir únicamente como plataformas para el posicionamiento de las marcas de proveedores.
272. Así, aunque en el presente caso se observa la presencia de PVPms, los autoservicios actuaron con autonomía en la fijación de sus precios, buscando mejorar sus propias ofertas comerciales, en un contexto en que existía competencia en torno a sus propias identidades comerciales.
273. En conclusión, esta Comisión coincide con la Dirección al considerar que el presunto acuerdo horizontal corresponde a un entendimiento entre distribuidores independientes, que no se encuentran vinculados con las políticas marcarias de los proveedores comunes, sino que, por el contrario, poseen políticas marcarias propias que los enfrentaban entre sí, por lo que la competencia entre ellos tiene naturaleza inter marca, y los acuerdos anticompetitivos a los cuales pudieran haber arribado deben ser evaluados bajo las reglas establecidas en los artículos 8 y 11.2 del TUO de la LRCA, es decir, se encuentran sujetos a una prohibición absoluta.

¹³³ Escrito de descargos del 11 de agosto de 2021.

¹³⁴ Escrito de descargos del 26 de enero de 2021.

¹³⁵ Escrito de descargos del 12 de agosto de 2021.

¹³⁶ Escrito de descargos del 21 de mayo de 2021, presentado por San Fernando.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

V. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO

5.1 Las ventas retail

274. Para la provisión de sus productos a los consumidores o usuarios finales, los productores de diversos bienes utilizan distintos canales de comercialización. Entre estos, los detallistas representan el eslabón que coloca los productos a disposición de los consumidores finales¹³⁷.
275. Un detallista (*retailer* o minorista) es aquel agente económico encargado de la venta al detalle (al menudeo o al por menor) a los consumidores para su uso o consumo personal no comercial.
276. Existen diversos tipos de detallistas, entre los que destacan los supermercados, que son tiendas de autoservicios de grandes dimensiones, que permiten el abastecimiento de productos alimenticios y para el hogar de los consumidores, por ejemplo, detergente, papel higiénico, productos de limpieza, etc. Ofrecen, en general, productos de bajo costo, obteniendo su rentabilidad por el volumen de sus ventas. Se cuentan entre sus atributos la proximidad de las tiendas a los hogares de los consumidores, así como la calidad de su atención. Por su parte, los hipermercados son tiendas de autoservicios de mayor dimensión que los supermercados, también con una variedad de productos más amplia y con un menor componente de productos alimenticios que aquellos.
277. Una distinción usual de los canales de comercialización es la división entre canal tradicional y canal moderno. El canal tradicional es aquel abastecido por distribuidores y mayoristas conformado por puestos de mercado, bodegas y tiendas de barrio, entre otros. El carácter de este canal es transaccional; es decir, que hay interacción con alguna persona que oferta y entrega al cliente los productos que compra. El canal tradicional mantiene una alta importancia para el consumo masivo en mercados de economías en desarrollo como la peruana.¹³⁸ Según un estudio del BBVA en el año 2018, el canal tradicional representó el 70% del sector *retail* en el Perú¹³⁹. Por su parte, el canal moderno, está conformado por diversos de los formatos ya mencionados líneas arriba, siendo los supermercados uno de los principales.
278. El desarrollo del sector *retail* en las últimas décadas ha sido muy dinámico, bajo diversos formatos de tiendas y con la penetración del comercio electrónico. Si bien es

¹³⁷ De acuerdo con Kotler y Keller, "Las ventas al detalle incluyen todas las actividades relacionadas con la venta directa de bienes y servicios al consumidor final para su uso personal, no comercial. Un detallista o una tienda al detalle es toda aquella empresa cuyo volumen de ventas procede, principalmente, de la venta al menudeo". KOTLER Philip y KELLER Kevin (2016). *Dirección de Marketing*. México, D.F., Pearson, 15a ed., p. 527.

¹³⁸ Peru Retail (2018) *Perú: Canal Tradicional vs Canal Moderno*. Disponible en: <https://www.peru-retail.com/peru-canal-tradicional-vs-canal-moderno/> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹³⁹ Research (2018). *Perú Situación Retail Moderno 2018*, página 3. Disponible en: <https://www.bbvarresearch.com/publicaciones/peru-situacion-retail-moderno-2018/> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



cierto que cada tipo de tienda de este sector posee características propias y busca ser atractiva para determinados consumidores o momentos de consumo, en la práctica, ejercen presiones competitivas entre ellos al vender el mismo tipo de productos¹⁴⁰.

279. Entre esta diversidad de agentes económicos que operan a nivel detallista, es pertinente hacer referencia al formato denominado "Cash & Carry". Se trata de un autoservicio concebido originalmente para ser un proveedor mayorista, es decir, no para abastecer a consumidores finales sino para proveer a otros negocios. Comúnmente, los principales clientes de los "Cash & Carry" han sido hoteles o restaurantes. Sin embargo, el canal también abastece consumidores finales dispuestos a acceder a precios bajos relacionados con compras al por mayor.¹⁴¹ Al respecto, la empresa con mayor participación en este formato en Perú es Makro, por encima de tiendas como Mayorsa o Vega Supermayorista¹⁴².
280. En lo que se refiere al segmento de supermercados en el Perú¹⁴³, existen tres principales agentes económicos: Cencosud, con sus marcas Wong y Metro; Supesa, con sus marcas Plaza Veá y Vivanda; y Falabella Perú S.A.A., con la marca Tottus. En el Gráfico 1 a continuación se presentan estos agentes económicos con las marcas de supermercados mencionadas. Además, estos grupos económicos poseen otras marcas vinculadas que operan en otras categorías como *Cash & Carry* (Economax de Supesa) o tiendas de descuento (Mass de Supesa e Hiperbodega Precio Uno de Falabella), así también incluyen otros giros de negocios (p.e. tiendas por departamento o de mejoramiento del hogar).

[CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA]

¹⁴⁰ *Ibíd*, p. 533.

¹⁴¹ ROMAINVILLE Miriam (2019). *Perú: Los retailers apuestan por el cash & carry*. En: América Retail. Disponible en: <https://www.america-retail.com/peru/peru-los-retailers-apuestan-por-el-cash-carry/> (última consulta: 21 de marzo de 2022). Asimismo, Cristian Arce de Nielsen Colombia refiere:

"[El formato Cash & Carry] nació en Alemania en el año 1964 y su principio básico es que el consumidor se encarga de elegir el producto en presentaciones al por mayor de las estanterías en un punto de venta que a la vez es bodega y así evitar costos con los intermediarios, transporte, distribución y otros servicios prescindibles".

ARCE, Cristian (2018). *Cash & Carry: Un formato por descubrir*. En: Nielsen Colombia - Insights. Disponible: <https://www.nielsen.com/co/es/insights/article/2018/cash-and-carry-un-formato-por-descubrir/> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹⁴² FLORES, Eduardo y PLENGE, Kristine, *Op. Cit.*

¹⁴³ La presente descripción sobre el segmento de supermercados se hace con énfasis en las características del mercado y su evolución durante los años correspondientes al periodo de investigación, en donde se puede apreciar, por ejemplo, un crecimiento del número de sucursales de los autoservicios a nivel nacional. Sin embargo, otros aspectos del mercado, como, por ejemplo, el uso del comercio electrónico mediante ventas *on line* a los consumidores finales, corresponden a años más recientes de la evolución del mercado.

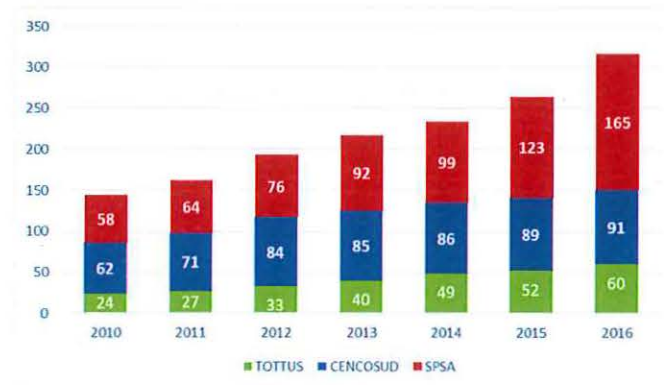
Gráfico 1
Supermercados en el periodo investigado



Fuente: páginas web de las empresas investigadas
Elaboración: CLC

281. Por su parte, en el Gráfico 2 se observa la evolución del número de tiendas de Tottus, Cencosud y Supesa en el periodo 2010 - 2016. Lo primero que se puede apreciar es la dinámica de crecimiento del número de tiendas en el mercado en los últimos años. Supesa es el que ha liderado dicha expansión y la que poseía el mayor número de tiendas (165 al 2016), seguida por Cencosud y Tottus.

Gráfico 2
Evolución del número de tiendas a nivel nacional de los Supermercados¹⁴⁴
2010 -2016



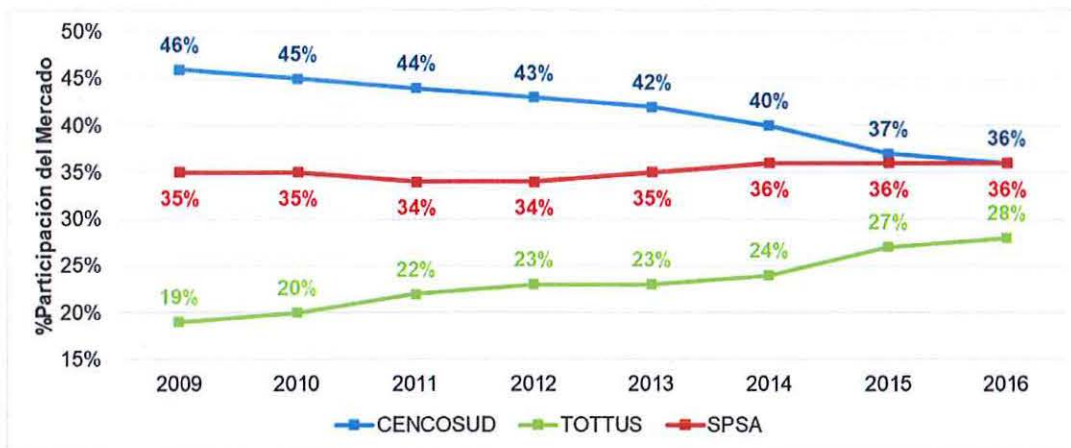
Fuente: Perú Retail¹⁴⁵
Elaboración: CLC

¹⁴⁴ No incluye Cash & Carry.

¹⁴⁵ Perú Retail (2017). ¿Cómo se está desarrollando el sector supermercados en Perú? Disponible en: <https://igomez.blogspot.com/2017/02/como-se-esta-desarrollando-el-sector-de.html?m=1> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

282. Las cuotas de ventas de Tottus, Cencosud y Supesa dentro del segmento de supermercados también han experimentado variaciones a lo largo del tiempo. Mientras Cencosud, que hace una década tenía la más alta cuota, ha ido decayendo, Supesa y Tottus han experimentado una tendencia creciente. Hacia el 2017, Supesa superó la cuota de ventas de Cencosud, siendo que las tres empresas poseían cuotas cercanas a un tercio del total del segmento (Cencosud 33.5%, Supesa 36.4% y Tottus 30.1%)

Gráfico 3
Evolución de la participación de mercado de los supermercados¹⁴⁶
2009 -2016



Fuente: Equilibrium Clasificadora de Riesgo S.A.
Elaboración: CLC

283. Como ha sido explicado en la sección 4.4.3 de la presente Resolución, las empresas han ejecutado diferentes estrategias de posicionamiento y diferenciación, dirigidas a públicos objetivos distintos, priorizándose, según cada caso, el precio, la variedad de productos o la calidad de la atención, a fin de que los consumidores adquieran la mayor cantidad de productos en sus locales y no en los de sus competidores. Al respecto, esta Comisión se remite a lo explicado en los numerales 260 a 270 de dicha sección.

5.2 Las ventas de pavo

284. El consumo de pavo en el Perú es estacional, dado que su demanda se concentra en el mes de diciembre por las fiestas de Navidad y año nuevo. Tradicionalmente, los hogares optan por adquirir el pavo entero para encargarse de su preparación para las fiestas y suelen tener un peso de entre 6 y 10 kilogramos¹⁴⁷. La venta de pavos se

¹⁴⁶ No incluye *Cash & Carry*.

¹⁴⁷ Minagri (2014) En estas Fiestas Navideñas se ofertarán 2 millones 100 mil pavos. Disponible en: <https://www.midagri.gob.pe/portal/noticias-antteriores/notas-2014/11829-en-estas-fiestas-navidenas-se-ofertaran-2-millones-100-mil-pavos> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

puede dividirse en dos grupos: las ventas directas, también denominadas ventas “en piso” y que se dan en los distintos puntos de venta, y las ventas corporativas, a través de vales o cupones que los consumidores canjean en los puntos de canje específicos determinados por los proveedores.

285. De acuerdo con la información de la Dirección de Estadística Agraria del Ministerio de Agricultura (Midagri), la oferta navideña de pavos representa aproximadamente el 60% de la producción anual nacional, como se aprecia en el gráfico a continuación para el periodo 2013 – 2017¹⁴⁸:

Gráfico 4
Producción y oferta navideña de pavos 2013 -2017



Fuente: Midagri
Elaboración: Midagri

286. En cuanto a la estructura del mercado de pavos en Perú, existen dos principales proveedores: San Fernando y Redondos. Según información del Sistema Integrado de Estadística Agraria (SIEA) del Midagri para el 2014, San Fernando tuvo una cuota de mercado de 70%, mientras que Redondos tuvo 25%, siendo que el 5% restante corresponde a productores de menor escala¹⁴⁹.
287. El esquema de venta en el mercado de pavo entero tiene tres eslabones: los productores, los canales de venta y los consumidores. En primer lugar, están los productores de pavos, que en este caso estaría conformado principalmente por San Fernando y Redondos, utilizando marcas de denominación de la empresa, pavo marca San Fernando y pavo marca Redondos, respectivamente.

¹⁴⁸ Minagri (2017) En la campaña de Navidad y Año Nuevo 2018 se ofertarán 2,2 millones de pavos. Disponible en: <https://www.midagri.gob.pe/portal/noticias-anteriores/notas-2017/20469-en-la-campana-de-navidad-y-ano-nuevo-2018-se-ofertaran-2-2-millones-de-pavos> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹⁴⁹ Minagri (2014) En estas Fiestas Navideñas se ofertarán 2 millones 100 mil pavos. Disponible en: <https://www.midagri.gob.pe/portal/noticias-anteriores/notas-2014/11829-en-estas-fiestas-navidenas-se-ofertaran-2-millones-100-mil-pavos> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



Complementariamente, dichos productores también ofrecen pavos de forma genérica para ser rotulados por los distribuidores en los canales de venta con sus marcas propias.

288. En segundo lugar, tenemos los canales de venta. Podemos categorizar estos canales en tres tipos: Corporativo (Ventas institucionales), Moderno y Tradicional (Ventas Directas). En particular, las ventas corporativas se hacen efectivas a través del canje de vales en puntos de venta determinados. En el caso de San Fernando, se canjean principalmente en los multimarket; en las tiendas asociadas, separando con 48 horas de anticipación; y en "Paviferias", que son puntos de distribución itinerantes que se activan por periodos cortos o temporadas específicas. En particular, para las ventas corporativas, en la actualidad San Fernando posee 49 puntos de canje de vales a nivel nacional (4 multimarkets y 45 tiendas)¹⁵⁰. De igual manera, Redondos posee puntos de canje de vales, además de sus distribuidores autorizados en provincias, ha trabajado con los supermercados Metro y Plaza Vea¹⁵¹.
289. En el canal moderno, durante el periodo de investigación, los principales agentes de comercialización de pavo entero San Fernando y Redondos han sido Wong y Metro (Cencosud), Plaza Vea y Vivanda (Supesa), Tottus y Makro. Asimismo, también se venden pavos enteros de marcas propias.
290. Por último, se encuentran los consumidores, quienes adquieren este producto usualmente en un periodo específico del año; es decir, su demanda es altamente estacional, y tiende a concentrarse en los días de la campaña navideña.

5.3 Las ventas de pavo en el canal moderno

291. Como se ha mencionado, los principales agentes comercializadores de pavo en el canal moderno han sido Cencosud, Supesa, Tottus y Makro, los cuales han distribuido pavos de las marcas San Fernando y Redondos, así como productos de marcas propias.
292. Al respecto, el modelo de negocio se basa en adquirir el pavo entero a cada proveedor, almacenarlo en sus propios locales, y comercializarlo al consumidor final. Consecuentemente, ello conlleva a que cada autoservicio deba mantener el equipamiento necesario para conservar el producto congelado.
293. Sin embargo, al ser la demanda de pavo entero muy estacional, con un 92.1% de la misma realizándose entre el 16 de noviembre y 31 de diciembre¹⁵² y solo el 7.9% restante durante los 10 meses y medio restantes, los autoservicios requieren una mayor capacidad de almacenamiento durante la campaña navideña que durante el resto del año, la cual es proporcionada por los propios proveedores, quienes facilitan

¹⁵⁰ Ver: <https://puntosdecanje.redsanfernando.pe/> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹⁵¹ Ver: <https://www.redondos.com.pe/vales-pavo/> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹⁵² Promedio de ventas en kilos durante los años investigados en el canal moderno.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

equipos de almacenamiento en frío¹⁵³. No obstante, dichos equipos son retirados al término de la campaña navideña, motivo por el cual los autoservicios buscan colocar sus productos en stock antes de la finalización del mes de diciembre.

294. Un aspecto adicional que resulta relevante en las ventas de pavo en el canal moderno es el uso de los precios de venta al público (PVP) sugeridos por parte de los proveedores de pavo. El uso de los esquemas de PVP sugeridos ocurre cuando los proveedores establecen un nivel de precios referencial para los distribuidores o *retailers*, el mismo que puede corresponder a un mínimo o un máximo.
295. En ocasiones, el uso del PVP sugerido cumple un rol referencial para los consumidores, el cual es comunicado a los mismos a través de la publicidad de los productos o sus empaques, en el marco de una estrategia de diferenciación.
296. En la presente investigación, se ha observado la utilización de PVPms que, a diferencia de una política de fijación de precio mínimo de reventa (RPM), no representan una obligatoriedad para los distribuidores, siendo que estos mismos mantienen su capacidad para establecer sus precios finales, por debajo de dicho precio, y realizar promociones y descuentos conforme a sus propias políticas comerciales.

VI. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

6.1 Alcances de la práctica colusoria horizontal imputada

297. Mediante la Resolución de Inicio, se imputó a Cencosud, Supesa, Tottus y Makro, la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional entre los años 2009 y 2016, con la participación de San Fernando y Redondos como facilitadores.
298. El presente caso se trata de una práctica colusoria horizontal bajo un esquema colusorio particular, denominado *hub and spoke*, sobre cuya definición y casuística internacional se ha discutido en el marco teórico de la presente Resolución.
299. Como se sabe, una colusión del tipo *hub and spoke* suele introducir dificultades probatorias para toda autoridad de competencia a nivel internacional. La probanza de cualquier práctica colusoria horizontal es difícil por el secretismo bajo el cual los agentes económicos que se cartelizan manejan sus acuerdos, siendo frecuentemente

¹⁵³ Esta información se desprende a partir de: (i) escrito del 11 de agosto de 2021 de Cencosud, capítulo 2 del documento "Análisis de los precios del pavo de marca San Fernando y Redondos cobrado por Cencosud", correspondiente al análisis de la oferta y demanda de pavos; (ii) escrito del 26 de enero de 2021 de Tottus, capítulo 4 de sus descargos, denominado "El mercado investigado: Ventas de pavo en los supermercados"; (iii) escrito del 21 de mayo de 2021 de San Fernando, sección 3 del documento "Opinión con relación a los aspectos económicos expuestos en la resolución 048-2020/ST-CLC-INDECOPI por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia", correspondiente al mercado de pavo entero en campaña navideña.



limitada la evidencia de comunicación cruzada (de una empresa a otra). Con mayor razón, bajo el esquema *hub and spoke* tales dificultades pueden incrementarse, principalmente debido a que generalmente no existirán comunicaciones directas entre dos o más competidores miembros del cártel (*spokes*) y que, incluso, las comunicaciones a través del *hub* suelen realizarse con precauciones y frecuentemente sin dejar rastros.

300. Así, debido a las dificultades que acarrea la probanza de este tipo de acuerdos, se ha destacado la especial importancia de que la autoridad utilice prueba indiciaria o circunstancial para poder demostrar la existencia de un acuerdo anticompetitivo bajo la modalidad *hub and spoke*. Al respecto, la OCDE ha señalado lo siguiente en relación con la probanza de estos acuerdos:

*"Cuando se prueba la colusión horizontal al nivel exigido, los acuerdos hub-and-spoke se tratan del mismo modo que los cárteles horizontales "tradicionales". En Estados Unidos, estos constituyen violaciones per se de la Sherman Act, y en la Unión Europea serían infracciones de objeto del Art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. **La dificultad radica en probar la colusión horizontal, ya que, a diferencia de los casos de cárteles "tradicionales" no hay o apenas hay contactos directos entre los competidores.***

***Por lo tanto, la autoridad tiene que basarse en pruebas circunstanciales para inferir el entendimiento horizontal y los vínculos entre los interlocutores.** Son pruebas útiles, además de la conducta paralela, los intercambios verticales de información que no tienen una razón comercial legítima, los acuerdos condicionados a la conducta de otro competidor, los cambios bruscos en el comportamiento de la industria y las acciones contrarias a los intereses de las empresas individuales, que sólo tienen sentido en una acción concertada¹⁵⁴."*

[Énfasis agregado]

301. Ahora bien, sobre la prueba indiciaria, la Sala ha destacado que su valoración debe realizarse por la autoridad de manera conjunta u holística, es decir, considerando los distintos indicios de manera integral o como un todo, a fin de determinar si estos permiten demostrar la hipótesis anticompetitiva planteada:

"La valoración de la prueba indiciaria en materia de libre competencia debe efectuarse de manera conjunta a partir de indicios plenamente acreditados y observar si entre ellos existe concordancia y consistencia, de modo tal que la inferencia sea altamente

¹⁵⁴ Traducción libre de: "(...) When horizontal collusion is proven to the required degree, hub-and-spoke arrangements are treated in the same way as "ordinary" horizontal cartels. In the United States, they are per se violations of the Sherman Act, and in the EU, they would be object infringements of Art. 101 TFEU. The difficulty lies in proving horizontal collusion, as there are, contrary to the "ordinary" cartel cases, no or hardly any direct contacts between the competitors.

Thus, agencies need to rely on circumstantial evidence to infer the horizontal understanding and links between the spokes. Useful evidence in addition to parallel conduct are vertical exchanges of information that have no legitimate business reason, agreements conditioned on another competitor's conduct, abrupt changes in industry behaviour, and actions that are contrary to individual businesses' interests, and only make sense in an overall concerted action". OECD (2019). Roundtable on Hub and Spoke Arrangements, Background, p. 28. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf) (última consulta: 21 de marzo de 2022).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

probable o la única posible. Por lo tanto, es necesario un examen riguroso y coordinado de toda la evidencia existente con la finalidad de determinar si permite demostrar la hipótesis colusoria.

La prueba indiciaria se obtiene de integrar los elementos fragmentarios y aislados (indicios) considerándolos como un todo, de modo tal que un hecho inicialmente desconocido -del cual solo se tenía una sospecha- sea demostrado plenamente. Al respecto, se ha señalado que **la prueba indiciaria o prueba indirecta en materia de libre competencia debe ser evaluada de forma holística (...)**¹⁵⁵.

[Énfasis agregado]

302. En esa línea, se ha señalado que existe un relativo consenso en distintas jurisdicciones respecto de que la valoración de la prueba indiciaria debe de realizarse de manera colectiva u holística:

*"(...) en cuanto a la forma de apreciación de la prueba indirecta, tanto la práctica comparada como la chilena demuestran que los acusados de colusión frecuentemente argumentan que los tribunales deben evaluar los indicios uno a uno, de forma que si alguno, varios o todos ellos no permiten concluir la existencia de colusión, entonces el tribunal debiera rechazar la demanda o requerimiento de colusión. Sin embargo, tal argumento ha sido rechazado en distintas latitudes y hoy **existe un relativo consenso respecto de que la prueba indirecta debe analizarse "colectiva y holísticamente"**. En efecto, en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Nederlandse Federatieve*, sostuvo que los indicios deben ser "tomados en conjunto" (taken together) (...)"*¹⁵⁶.

[Énfasis agregado]

303. De la misma forma, la OECD ha destacado la importancia de realizar un análisis conjunto de la evidencia indiciaria disponible:

"La evidencia directa de un acuerdo no siempre se encuentra disponible. Muchos países en la realización de sus actividades hacen uso de evidencia circunstancial para probar conductas ilícitas, en ocasiones como un complemento de la evidencia directa reunida.

*A pesar de que algunas Cortes han requerido que cada pieza de evidencia circunstancial presentada por las agencias de competencia se refiera directamente a un acuerdo en específico, el uso holístico de la evidencia circunstancial es considerado usualmente como la mejor práctica. **Evaluar el cuadro general, dado por el acopio de diferentes piezas de evidencia circunstancial, usualmente es más adecuado***

¹⁵⁵ Ver numerales 370 y 371 de la Resolución 171-2019/SDC-INDECOPI.

¹⁵⁶ GRUNBERG, Jorge. *Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para Cometer el Ilícito de Colusión y las Colusiones Hub-and Spoke*. En: *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitado por la Fiscalía Nacional (2010-2017)*. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



para concluir si ha habido una conducta ilegal que una evaluación por separado de cada pieza probatoria¹⁵⁷. [Énfasis agregado]

304. En atención a lo expuesto, esta Comisión destaca la importancia de que la evidencia sea analizada de manera conjunta u holística, es decir evaluando todos los indicios que obran en el expediente de manera integral y coordinada, a fin de determinar si esta permite demostrar la hipótesis anticompetitiva planteada. Más aún, tratándose el acuerdo investigado de uno realizado bajo el esquema *hub and spoke*, cuya probanza plantea, conforme a lo explicado líneas arriba, importantes desafíos para la autoridad, al no involucrar una comunicación directa entre los competidores coludidos.
305. En este punto, conviene traer a colación el caso llevado ante el TDLC por la FNE en relación con un acuerdo entre los principales autoservicios de Chile para fijar el precio del pollo fresco a través de los proveedores de pollo, que fue detallado en la sección 3.2 de la presente Resolución. En su sentencia, el TDLC destacó la importancia del análisis holístico realizado sobre la evidencia con la que se contaba de la práctica, a fin de detectar el patrón de comportamiento de las investigadas y arribar a la conclusión de la existencia del cártel entre los supermercados con el concurso de los proveedores de pollo:

"Septuagésimo: Que la prueba del proceso ha sido analizada y valorada de manera holística, es decir, en su conjunto, de modo de poder determinar el patrón de comportamiento de las requeridas, lo que es consistente con la apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica;

Septuagésimo primero: Que esta es también la forma en que se analiza la prueba en el derecho comparado (...). Lo relevante para determinar una infracción es, entonces, otorgarle a la prueba un efecto acumulativo y no considerar cada antecedente de manera separada;

Septuagésimo segundo: Que, por lo anterior, si bien algunas de las explicaciones dadas por las cadenas pueden contextualizar de manera razonable ciertas comunicaciones cuando se las considera por separado, es el conjunto de ellas y de las declaraciones prestadas ante este Tribunal y ante la FNE el que permite, en este caso, arribar a la conclusión señalada de que las cadenas infringieron el D.L. N° 211 en la forma indicada por la FNE en su requerimiento (...)"

306. Una vez establecida la pertinencia y necesidad de un tratamiento conjunto u holístico de la evidencia del presente caso, esta Comisión considera adecuado dejar establecido también que, de la revisión de los medios probatorios disponibles en las distintas campañas navideñas que conforman el periodo de tiempo imputado, se observa que, en algunos casos, no se cuenta con pruebas documentales que puedan revelar la manera completa en la que la práctica investigada se habría llevado a cabo.

¹⁵⁷ Traducción libre de: "Direct evidence of an agreement is not always available. Most countries in their enforcement activities make use of circumstantial evidence to prove unlawful conduct²⁹, often as a complement to the direct evidence gathered. Although some courts have required that each piece of circumstantial evidence put forward by competition agencies directly relate to a specific agreement, it is usually considered as a best practice to use circumstantial evidence holistically. Assessing the overall picture given by the cumulation of the different pieces of circumstantial evidence is usually more suitable to conclude whether there has been an unlawful conduct than the separate evaluation of each piece of evidence". OECD (2013). *Competition in Road Fuel*, p. 22. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/CompetitionInRoadFuel.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



307. En particular, al analizar cada una de las campañas navideñas investigadas, se observa que en algunas (como, por ejemplo, la campaña navideña 2010 de venta de pavo entero San Fernando)¹⁵⁸ sí se cuenta con mayor abundancia de pruebas documentales, las cuales incluso permiten verificar la participación en la práctica de cada uno de los autoservicios involucrados (Cencosud, Makro, Supesa y Tottus). En cambio, en otras campañas navideñas, respecto de determinadas empresas, no se ha encontrado el mismo tipo de prueba.
308. No obstante, para esta Comisión dicha circunstancia resulta normal en un caso como el presente y no implica necesariamente que se deba de plano descartar la existencia de la práctica colusoria en las campañas que cuenten con menor número de pruebas documentales. Por el contrario, conforme a lo explicado en líneas anteriores, el análisis debe ser realizado de modo holístico, examinando todas las piezas probatorias que obran en el expediente de manera conjunta, integrada y coordinada, a fin de determinar si estas permiten corroborar la hipótesis anticompetitiva planteada por la Dirección
309. En esta evaluación, cobra relevancia el análisis de la evolución de precios de las empresas involucradas en la práctica, el cual también ha sido incorporado por la Comisión como un medio probatorio de la práctica colusoria horizontal. Ciertamente, el cumplimiento del PVPms, en el contexto del entendimiento conjunto de vigencia de la práctica a lo largo del periodo investigado, bajo ciertos parámetros de oportunidad y monto (cambio de patrón en el comportamiento de precios) es un elemento de juicio más que puede ser agregado a otras pruebas existentes para determinadas campañas y al resto de pruebas provenientes de las distintas campañas del periodo relevante.
310. Sobre el particular, en los Anexos I y II se describe y justifica el tratamiento realizado sobre la información de las transacciones de los autoservicios investigados a fin de obtener series de precios que permitan analizar el comportamiento de los mismos, absolviéndose, a su vez, los alegatos de las partes en torno a este aspecto.
311. En suma, esta Comisión considera que, para acreditar la existencia de la práctica colusoria imputada y la participación en ella de los agentes económicos investigados, no debería circunscribirse únicamente a los correos electrónicos que cada uno de ellos podría haber remitido, sino que deberían tenerse en cuenta también otros medios probatorios como: correos electrónicos correspondientes a otras empresas en la misma campaña, los movimientos de precios de la propia empresa en esa misma campaña, o correos electrónicos remitidos por una empresa en una campaña navideña y que, por su similitud con circunstancias presentes en una campaña posterior y en la que dicha empresa no haya remitido correos electrónicos, puedan

¹⁵⁸ Ciertamente, como se verá a continuación, la campaña navideña del 2010 constituye un ejemplo revelador de la manera en la que la conducta investigada se habría llevado a cabo, pues la evidencia recabada muestra cómo el conjunto de autoservicios aceptan su adhesión a la regla, ya sea de modo expreso o a través de establecimiento del PVPms, así como la realización de diversos reclamos y condicionamientos al proveedor San Fernando, los cuales fueron atendidos y gestionados por este en su rol de facilitador.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

generar la convicción de que el comportamiento de esa misma empresa también responde a un comportamiento colusorio.

312. Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta la necesidad de realizar un análisis conjunto u holístico del material probatorio examinado en el presente procedimiento, esta Comisión considera que, para la determinación de la existencia de la práctica colusoria horizontal materia de análisis, se deberá demostrar lo siguiente:

- El reconocimiento, por parte de un autoservicio, de que estaba dispuesto a cumplir con una regla común, la cual consistió en el respeto de un PVPms en la comercialización del pavo entero en las respectivas campañas navideñas de cada año. Dicho PVPms era establecido y comunicado por el proveedor a Cencosud, Tottus, Supesa y Makro para requerirles su cumplimiento, esto es, que los PVP a los que los autoservicios ofertaran sus pavos en el mercado debían ser iguales o superiores al PVPms establecido por el proveedor (en adelante, la regla).

El cumplimiento de esta regla ha podido verificarse a través de: (i) manifestaciones internas de los autoservicios, comprometiéndose con dicho cumplimiento, (ii) la aceptación del pedido del proveedor para el cumplimiento de dicha regla; o, (iii) la constatación, por medio de las series de ventas de cada autoservicio, de que estos fijaron un precio de venta del pavo entero en un nivel mayor o igual al PVPms del proveedor (o, en ocasiones, con una diferencia de máximo 0.02 soles por kilo por debajo del PVPms), entre los últimos 15 días de noviembre o los primeros 10 días de diciembre, bajo un patrón de comportamiento asimilable a la ejecución de un acuerdo.¹⁵⁹

- Que un autoservicio condicionó el cumplimiento de la regla a que el proveedor le asegurara que otro(s) competidor(es) cumpliría(n) con ella, por ejemplo, solicitando al proveedor que exigiera a otro(s) competidor(es) tal cumplimiento. En efecto, considerando que los autoservicios tenían conocimiento de que los PVPms eran comunes a todos ellos, el condicionamiento de su cumplimiento al cumplimiento de otros permite evidenciar la voluntad de adherirse a un esquema

¹⁵⁹ El parámetro de 0.02 soles se recoge de la forma bajo la cual las empresas coludidas convergían en torno al PVPms. Si bien en su Informe Técnico la Dirección estableció un parámetro de más o menos 0.25 soles por kilo, esta Comisión considera que, tratándose del PVPms de un precio mínimo no es necesario identificar un límite superior a los movimientos de precios que resultan colusorios, pues todo precio por encima del PVPms cumple con la regla. Asimismo, la Comisión observa de las series de precios moda analizados así como de su representación gráfica, que los cambios en los patrones de comportamientos de precios consistentes con un escenario colusorio pueden establecer precios por debajo pero cercanos al PVPms, los mismos que no se distancian más de 0.02 soles de aquel.

En relación con la aceptación por parte de los miembros del cártel y del facilitador de precios por debajo pero cercanos al PVPms que no se distancian más de 0.02 soles del PVPms se puede apreciar que en aquellos casos donde convergen a esos niveles de precios las empresas competidoras no produjeron reclamos dirigidos al facilitador, por el contrario, sostienen los precios de venta en esos niveles cercanos al PVPms (Ver, por ejemplo, los gráficos de precios de las campañas 2015 y 2016),

Por su parte el rango de fechas identificado en donde se producen los cambios de patrones de precios (entre los últimos 15 días de noviembre o los primeros 10 días de diciembre) guarda también sintonía con la evidencia documental (Por ejemplo, los correos SF-03, SF-05, SF-09, MAK-03, MAK-09, SUP-12).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

coordinado de precios entre ellos. En ocasiones, estos condicionamientos incluyeron la interposición de quejas o reclamos por incumplimientos de otros competidores, así como la solicitud de sanciones para estos.

313. Considerando que la práctica investigada corresponde a una colusión *hub and spoke*, la responsabilidad del proveedor se acreditará a través de su participación como facilitador de la práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional en el periodo investigado.
314. Por consiguiente, luego de haber examinado, bajo la aplicación de un análisis holístico e integral y del estándar de prueba antes señalado, la evidencia recabada durante el presente procedimiento administrativo sancionador (correos electrónicos, información sobre ventas y transacciones y, declaraciones de ex - funcionarios) y ponderado los argumentos de defensa de los investigados, esta Comisión ha llegado a la conclusión de que se encuentra demostrado que Cencosud, Makro, Supesa y Tottus incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional, con la participación del proveedor San Fernando como facilitador, entre los años 2009 a 2016.
315. Efectivamente, del análisis integral de los medios probatorios se desprende que Cencosud, Makro, Supesa y Tottus observaron, por acuerdo, una regla común bajo la supervisión de San Fernando, consistente en el respeto de un PVPms (comunicado por el proveedor) en la comercialización de pavo entero marca San Fernando en las campañas navideñas del período investigado. El acatamiento de esta regla tuvo como objetivo general el restringir la competencia en precios respecto del producto pavo entero, ya que de varias comunicaciones se aprecia que el establecimiento de tal PVPms tenía como finalidad "*evitar la guerra de precios*" entre las cadenas (MAK-12¹⁶⁰, MAK-13, MAK-15, SUP-01 y MAK-08) y "*tener una campaña ordenada y con rentabilidad*" (CEN-13).
316. Las características generales de la operatividad del cártel que se desprenden de las comunicaciones se explican a continuación.

a) Comunicación del PVPms por parte del proveedor

317. Para la aplicación de la regla, el PVPms era comunicado por el proveedor de pavo entero San Fernando a los autoservicios, ya sea a través de correos electrónicos o mediante reuniones presenciales, tal como se observa a continuación:

¹⁶⁰ En la Resolución de Inicio, los correos electrónicos considerados como indicios de una conducta anticompetitiva fueron codificados como CEN-01 a CEN-17, MAK-01 a MAK-21, RED-01 a RED-27, SF-01 a SF-12 y SUP-01 a SUP-14 y listados en un anexo. En la presente decisión, se respetará la codificación utilizada para hacer referencia a dichos correos electrónicos.



- "(...) para comunicarte que el precio de venta al público sugerido de pavo San Fernando ha sido modificado de S/ 9.10 a S/ 9.50 incluido IGV" (De Luis Suyón de San Fernando a Juan Iturria de Makro – correo SF-03).
- "Con referencia a las ofertas: Precio de venta al público x kilo del pavo San Fernando es de S/.12.99 inc IGV y el precio máximo de oferta será el S/.12.50 inc IGV (3.8% de descuento) para cualquier encarte o publicación con y sin tarjeta. No debe haber ningún tipo de oferta menor a esto, tampoco S/.12.49, el precio mínimo a marcar es S/:12.50 inc IGV" (Jorge Bustamante Romero de San Fernando a Roxana Cánepa de Makro - correo MAK-09).
- "Te confirmo PVP sugerido S/. 11.50 pavo campaña" (De Maribel Pinedo de San Fernando a Pilar Córdova de Cencosud – correo CEN-15).

b) Entendimiento conjunto entre los autoservicios

318. Cencosud, Makro, Supesa y Tottus tuvieron un conocimiento compartido de que el PVPms establecido para cada campaña navideña era también comunicado por el proveedor al resto de los autoservicios y que este último ejercería una función de supervisión de su cumplimiento. Es por dicho motivo que los autoservicios solicitaban a San Fernando que la regla sea aplicada de igual manera a las cadenas competidoras.
319. Ciertamente, existen comunicaciones en las que se evidencia que el proveedor informó a los autoservicios que el resto de los competidores (denominado "el canal" en algunos correos) también cumpliría con el PVPms:
- "El precio del PAVO SF es de S/.12.50 en todo el canal moderno, por favor publícalo a este precio" (De Jorge Bustamante de San Fernando a Roxana Cánepa de Makro – MAK-03)
 - "Te comento que las otras cadenas están alineadas con este precio público el cual bajará de S/. 12.99 a S/. 12.50" por kilo como máximo. (De Italo Buttiglione de San Fernando a Roxana Cánepa de Makro - MAK-09).
 - "Efectivamente el precio pactado con todo el canal ha sido de S/. 11.50 x kg, y estamos gestionando para que éste se respete, por lo que es necesario que su publicación sea considerando éste". (De Antonio Barandiarán de San Fernando a Ricardo Solís de Supesa – SUP-12).
320. Asimismo, en la medida que los autoservicios eran informados por el proveedor que el resto de competidores conocía y cumpliría con la regla del PVPms, se generaba una expectativa en ellos de que efectivamente los competidores cumplirían también con la regla:



- “(...) TOTTUS: **Sostuvimos 2 reuniones** (...) la segunda reunión se llevó a cabo el viernes 27 de agosto con las personas mencionadas y Luis Miguel Quezada (Gerente de Línea) **las observaciones fueron: (...) la garantía de mantener el precio público de S/ 9.10 para pavo San Fernando en todas las cadenas**”. (correo interno de Luis Suyón a Jessica Fox de San Fernando – correo SF-01).
- “**Entendíamos que todos los autoservicios estaríamos alineados con precio para su producto durante la campaña**” (de Roxana Cánepa de Makro a Jorge Bustamante de San Fernando – correo MAK-04).
- “**Esperamos que el resto de cadenas respeten el precio indicado, de lo contrario manejaremos el precio según creamos conveniente**” (De Ricardo Solís de Supesa a Antonio Barandiarán de San Fernando – SUP-12).

321. En línea con lo anterior, en las entrevistas realizadas por la Dirección, el señor Rodrigo Vásquez - Mejía, ex Gerente del área de Carnes, Aves y Pescados de Supesa, señaló en relación con el PVPms establecido por el proveedor: “(...) *esta condición, la hacían no solamente con nosotros, sino con los demás supermercados*”¹⁶¹.

322. Asimismo, el señor Ricardo Solís, ex Jefe de Producto Aves, Cerdo y Otras Especies de Supesa, indicó que las cadenas tenían conocimiento por parte del proveedor que el resto de autoservicios respetaría el PVPms: “(...) *en reuniones el proveedor nos comunicaba que ya había conversado con el resto de supermercados y que ese precio se iba a respetar* (...)”¹⁶².

323. Sobre esta última declaración, Supesa señaló lo siguiente en su escrito del 31 de agosto de 2021:

*“Tal como menciona Ricardo Solís, en relación al respeto del precio sugerido, “tenían conocimiento por parte del proveedor, que les decía que había hablado con otros supermercados”, que les informaba que el resto iba a cumplir, **por lo que se esperaba el respeto por parte del conjunto**”.*

324. Queda claro entonces, de las entrevistas realizadas a los ex funcionarios de Supesa¹⁶³, así como por lo afirmado por esta misma empresa, que existió un

¹⁶¹ Entrevista al señor Rodrigo Vásquez-Mejía del 1 de junio de 2021 (minuto 56).

¹⁶² Entrevista al señor Ricardo Solís del 2 de agosto de 2021 (minuto 42:15). En esa misma línea, en el minuto 29:17 se señala:

Dirección: *¿Y esa comunicación desde el proveedor señalaba: el resto de autoservicios van a cumplir este precio sugerido?*

Ricardo Solís: *Sí correcto esa era la comunicación que nos indicaba el proveedor”.*

¹⁶³ El señor Rodrigo Vásquez-Mejía ejerció el cargo de Gerente de Carnes, Aves y Pescados en el periodo comprendido entre los años 2013 a 2017 (minuto 04:35 de la entrevista), mientras que el señor Ricardo Solís ejerció el cargo de Jefe de Producto de Aves, Cerdo y Otras Especies en el periodo comprendido entre los años 2013 al 2015 (minuto 03:37 de la entrevista).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

entendimiento conjunto entre los autoservicios sobre la forma de funcionamiento de la práctica anticompetitiva investigada y la aplicación conjunta de la regla.

c) Supervisión del cumplimiento de la regla

325. En atención al entendimiento conjunto de que el PVPms sería respetado por el canal, los autoservicios requerían al proveedor que supervisara la aplicación de la regla. Para ello, los autoservicios monitoreaban de manera habitual los PVPs de pavo entero de las cadenas competidoras para verificar si estos se encontraban respetando la regla, sea realizando visitas como consumidores incógnitos a los locales de su competencia (correo CEN-03¹⁶⁴), mediante comparativos sobre los precios de la competencia (correo CEN-14¹⁶⁵) o, a través de la revisión de la publicidad del resto de cadenas como, por ejemplo, periódicos, anuncios televisivos y encartes (correo MAK-07¹⁶⁶).
326. Así, en caso detectar algún incumplimiento, los autoservicios transmitían dicha información (por ejemplo, un ticket de compra o un encarte publicitario) al proveedor de pavo entero San Fernando bajo la forma de un reclamo o queja a fin de que este realizara acciones para que la cadena que se alejó del PVPms cumpliera con respetar la regla. De esta manera, las cadenas tenían la expectativa que San Fernando actuaría como un intermediario para que el conjunto de autoservicios respetara la regla y fijara sus precios en consonancia con el PVPms.
327. En ocasiones, cuando los autoservicios realizaban reclamos o quejas ante un incumplimiento, también solicitaban a San Fernando la aplicación de castigos al autoservicio que no estuviera respetando el PVPms¹⁶⁷ (correo SUP-11) o, directamente, condicionaban seguir respetando la regla a que la otra cadena corrija el precio y vuelva a alinearse en torno al PVPms¹⁶⁸ (correo SUP-13).

¹⁶⁴ "Adjunto ticket scaneado (sic) con precio de pavo San Fernando en provincia: 7.59 x kg. Este precio es bajo el costo al cual nos están vendiendo el pavo en provincia: 7.07 + IGV = 8.41" Quedamos a la espera de sus comentarios a la brevedad sobre el precio de competencia ya que esta bajo precio mínimo sugerido por Uds: 9.50 x KG (...)" (Pilar Córdova de Cencosud a Marco Isla de San Fernando – correo CEN-03).

¹⁶⁵ "Por favor envíame el comparativo de Wong y Metro versus Tottus y Vea de los principales productos de campaña, mañana tengo que llevarle esa información a Enrique". (Correo interno de Cencosud de Ignacio Elias a Pilar Córdova – correo CEN-14).

¹⁶⁶ "(...) te adjunto el encarte que está circulando, de los Supermercados Metro, en pavo San Fernando tienen un precio de venta de S/11.99. El encarte es válido desde el 31 de Noviembre hasta el 16 de Diciembre. Por favor si puedes revisarlo porque esta 50 céntimos mas (sic) bajo que el precio de escala que estamos manejando (...). Betty te adjunto la dirección para que veas el encarte: http://issuu.com/lace.design/docs/cena_navidena_lima/1#share" (Roberto Veiga de Makro a Betty Marín de San Fernando – correo MAK-07).

¹⁶⁷ "(...) vemos que a Tottus no le interesa el pacto, su comunicación es muy clara TODOS LOS JUEVES DE DICIEMBRE 20% DCTO EN TODOS LOS PAVOS ENTEROS (con foto de SF) en un periódico de alcance a nivel nacional... Como nos garantizan que no vuelva a sacar otro comunicado así las próximas semanas? Que acciones se van a tomar? ¿ se va a cortar el despacho a Tottus?" (Ricardo Solís de Supesa a Italo Buttiglione y Pablo Torres de San Fernando – correo SUP-11).

¹⁶⁸ "(...) Esto es inaceptable. Nosotros hemos publicado el precio de lista sugerido por San Fernando, sin embargo ambos supermercados, Metro y Tottus, no lo han respetado. Vamos a igualar los precios de nuestra competencia y el diferencial



328. Ante estas solicitudes, la evidencia documental muestra que el proveedor atendió los requerimientos de los autoservicios y actuó como facilitador para la observancia de la regla, transmitiendo los reclamos o quejas realizados por las cadenas y realizando gestiones conducentes al cumplimiento del PVPms establecido¹⁶⁹. A fin de procurar que las cadenas cumplieran con la regla, el proveedor realizaba amenazas de sanciones como cortes de despacho (correo MAK-12¹⁷⁰) o, incluso, en una ocasión llegó a solicitar la rectificación de los precios que se alejaban del PVPms mediante una fe de erratas (SUP-04¹⁷¹). Como señaló un ex funcionario de Supesa, desde el proveedor *"presionaban o amenazan (sic) con la suspensión de los despachos de pavos durante la campaña"*¹⁷², con la finalidad de que los autoservicios se alinearan con el PVPms.

329. En la siguiente sección de la presente Resolución, se presenta la aplicación de los criterios de análisis explicados a cada una de las campañas navideñas materia de imputación. De esta forma, se mostrará el análisis integral realizado y que ha permitido a esta Comisión concluir que la práctica colusoria horizontal investigada afectó las campañas navideñas de los años 2009 al 2016 (con excepción del año 2014) y que las empresas imputadas fueron partícipes de la mencionada práctica, con las particularidades que se explican también en cada campaña.

6.2 Análisis de la evidencia en las campañas navideñas para la venta de pavo entero San Fernando

330. En la presente sección se analizarán los medios probatorios correspondientes a la realización de la práctica investigada en cada una de las campañas navideñas de venta de pavo entero San Fernando y que fueron materia de imputación en la Resolución de Inicio.

perdido sera (sic) cobrado a San Fernando" (Rodrigo Vásquez-Mejía de Supesa a Antonio Barandiarán de San Fernando – correo SUP-13).

¹⁶⁹ *"Acabamos de recibir la llamada de la cadena de la competencia muy contrariada por el incumplimiento de nuestro acuerdo de salvaguardar el precio al público y margen de la campaña de pavo San Fernando al sacar el encarte con un descuento de 20% todos los viernes con tarjeta O (sic). Lamentablemente tendrán que dar marcha atrás a esta oferta a través de un fe de erratas de lo contrario nos veremos obligados a conversar de urgencia sobre las Acciones a tomar. Acabamos de desenganchar a Makro que salía con la misma oferta porque rompía el pacto de caballeros".* (De Italo Buttiglione de San Fernando a Rodrigo Vásquez-Mejía de Supesa – correo SUP-04).

¹⁷⁰ *"(...) te comento por nuestra parte que en línea con lo acordado dejaríamos de despachar PAVO SF a fin de evitar la guerra de precio que se ocasionaría con el encarte con el descuento que nos comunicas".* (De Jorge Bustamante de San Fernando a Roxana Cánepa de Makro – correo MAK-12).

¹⁷¹ *"Lamentablemente tendrán que dar marcha atrás a esta oferta a través de un fe de erratas de lo contrario nos veremos obligados a conversar de urgencia sobre las Acciones a tomar".* (De Italo Buttiglione de San Fernando a Rodrigo Vásquez-Mejía de Supesa – correo SUP-04).

¹⁷² Entrevista al señor Ricardo Vásquez – Mejía (minuto 27:11). En esa misma línea, el señor Ricardo Solís señaló en la entrevista realizada por la Dirección: *"De hecho, en el negocio de pavos, sabíamos que no teníamos que salirnos del precio sugerido porque nos corríamos el riesgo de que nos corten el despacho (...)"*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

6.2.1 Campaña navideña 2009

331. En el correo CEN-01, se observa que el 26 de noviembre de 2009 a las 19:41 horas, San Fernando informó a Cencosud que los precios sugeridos y con promociones puntuales con "Metro Plazos" en provincias (Cajamarca, Chiclayo y Trujillo) serían S/ 9.50 y S/ 8.50, respectivamente.
332. En los correos MAK-01 y MAK-02 del 5 y 7 de diciembre de 2009, respectivamente, se registra un reclamo de Makro dirigido al proveedor San Fernando, debido a que el PVP de pavo de Plaza Vea (Supesa) era S/ 8.79, cuando el mínimo debía ser S/ 8.80. En el correo MAK-02, Makro señala "si nos garantizan que Plaza Vea respetará el precio de 8.80, lo publicaremos a ese precio de lo contrario tendríamos que bajarlo a 8.78".
333. Considerando que en los correos MAK-01 y MAK-02 se evidencia un reclamo de Makro y que esta empresa en el 2009 solo poseía tiendas en Lima¹⁷³, se desprende que el PVP de S/ 8.80 correspondería a Lima, siendo distinto al PVP de provincias que se menciona en el correo CEN-01 (S/ 9.50).
334. Asimismo, los correos MAK-01 y MAK-02 contienen una queja o reclamo de Makro dirigido a San Fernando en relación a que su competidor Supesa tenía un precio debajo del PVPms y, a su vez, los mismos correos contienen una expresión del condicionamiento de Makro bajo el cual supeditó el cumplimiento de la regla al cumplimiento de la misma por parte de Supesa. A esto último se refiere la afirmación "si nos garantizan que Plaza Vea respetará el precio de 8.80, lo publicaremos a ese precio de lo contrario tendríamos que bajarlo a 8.78". Ambos aspectos, la queja y el condicionamiento expreso para el cumplimiento de la regla, acreditan el compromiso de Makro con el cumplimiento de la misma.
335. Por su parte, los correos CEN-03 y CEN-04 dan cuenta de un evento ocurrido en Trujillo pocos días antes de Navidad. En el correo CEN-03, del 21 de diciembre de 2009, se observa que Cencosud reclama a San Fernando porque había identificado que Plaza Vea (Supesa) tenía el precio de S/. 7.59 y el precio mínimo sugerido era S/. 9.50. En este correo Cencosud señala lo siguiente:

"Adjunto ticket scaneado [sic] con precio de pavo San Fernando en provincia: 7.59 x kg Este precio es bajo el costo al cual nos están vendiendo el pavo en provincia: 7.07 + IGV = 8.41 Quedamos a la espera de sus comentarios a la brevedad sobre el precio de competencia ya que esta bajo precio mínimo sugerido por Uds: 9.50 x KG, y nosotros procederemos a igualar el precio (por competencia) y ha aplicar la diferencia en las facturas, como se les mencionó durante las negociaciones de campaña."

[Énfasis agregado]

¹⁷³ Según la información obtenida de la serie estadística de ventas de pavo entero proporcionada por Makro mediante escrito del 2 de setiembre de 2020.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

336. En la misma comunicación se observa que la respuesta de San Fernando fue la siguiente: *"Se está alineando el tema con Plaza Vea. En caso, de no tener respuesta se le recortaría el despacho que está en tránsito a Trujillo"*.
337. En el correo CEN-04, también del 21 de diciembre de 2019, a las 19:02 horas Cencosud indicó en correo interno que estaba esperando la respuesta de San Fernando con las acciones tomadas hacia Plaza Vea, ello antes de decidir bajar el precio:
- "Sobre el precio del Pavo San Fernando, Hoy estamos esperando la respuesta del proveedor con las acciones tomadas hacia Plaza Vea antes de tomar la decisión de bajar el precio bajo el costo. Mañana les confirmamos la acción que se ha decidido tomar."*
338. Como se puede apreciar de los correos citados, se observa un reclamo de Cencosud debido a que Supesa no cumplía con el precio mínimo sugerido de 9.50 soles por kilo de pavo. Asimismo, en el correo CEN-04, se observa que Cencosud esperaba que San Fernando pudiera tomar "acciones" frente a Supesa, antes de tomar una decisión sobre bajar sus precios. Así, tanto el reclamo en referencia al incumplimiento del PVPms por parte de Supesa como el condicionamiento de mantener determinado nivel de precios sujeto a las acciones que pueda tomar San Fernando para que Supesa fije sus precios respetando la regla, permite concluir que Cencosud estaba de acuerdo con el cumplimiento de dicha regla.
339. Como explicación alternativa sobre el contenido de los correos CEN-03 y CEN-04, Cencosud señaló en su escrito del 2 de diciembre de 2021 que estos mostrarían la incomodidad de algunos de sus funcionarios frente a la existencia de precios sumamente competitivos en los autoservicios de la competencia, en algunos casos por debajo de costos. Por el contrario, esta Comisión considera que estos medios probatorios demuestran claramente un reclamo de Cencosud hacia San Fernando debido a que Supesa no habría cumplido con el PVPms. Asimismo, se desprende que Cencosud esperaba que San Fernando pudiera tomar "acciones" frente a Supesa, antes de tomar una decisión sobre bajar sus precios, lo que constituye un condicionamiento para mantener determinado nivel de precios sujeto a que el competidor Supesa también fijara sus precios en respeto de la regla. Todas estas acciones no son meras expresiones de incomodidad por los precios de la competencia, sino reclamos efectivos por el incumplimiento de un PVPms que ya habría sido pactado entre los autoservicios, a través de San Fernando.
340. Cabe mencionar que Cencosud también cuestionó, en su escrito de descargos del 25 de enero de 2021, que los correos CEN-03 y CEN-04 no pueden acreditar la existencia de un acuerdo a nivel nacional ya que se refieren a un hecho aislado en Trujillo.
341. Al respecto, esta Comisión estima que si bien es cierto que el evento identificado en los correos CEN-03 y CEN-04 se produce en Trujillo, existen otros correos sobre esta



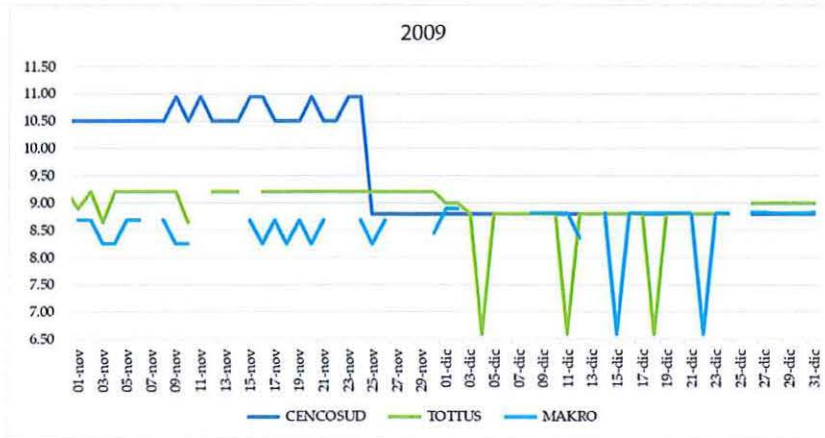
campaña que hacen referencia a otras ciudades y que comprueban que, en esta campaña, existió también un PVPms a ser aplicado a nivel provincias.

342. Por ejemplo, en el correo CEN-04 se observa que la señora Pilar Córdova, Jefa de Categoría Pollos y Pollo Brasa de Cencosud, señala internamente a otros funcionarios de la empresa que *"todos estamos dentro del precio mínimo del canal establecido para provincia"*, término de carácter genérico que permite inferir la inclusión de otros departamentos o ciudades del país. Así, del mismo correo CEN-04 se desprende que la aplicación del PVPms incluía también a la ciudad de Chiclayo (*"Chiclayo también ha verificado que el pavo San Fernando está a 9.50"*).
343. De la misma manera, el correo CEN-01 demuestra que el PVPms también aplicaba al departamento de Cajamarca (*"Los precios sugeridos en provincias serían Cajamarca S/ 9.50 Chiclayo S/ 9.50 Trujillo S/ 9.50"*).
344. En consecuencia, el análisis conjunto de los correos CEN-01, MAK-01, MAK-02, CEN-03 y CEN-04 acredita la existencia de una práctica colusoria durante la campaña navideña 2009, con un PVPms tanto para Lima (S/. 8.80) como para provincias (S/. 9.50).
345. Llegados a este punto, puede afirmarse que la evidencia documental del año 2009 mostraría que Cencosud y Makro habrían manifestado su compromiso con el cumplimiento de la regla. Para verificar si todos los autoservicios pudieron haber estado involucrados en la práctica, es necesario recurrir al análisis de los precios de venta de cada uno de ellos.
346. En los Gráficos 5 y 6 se presenta la evolución de los precios del pavo San Fernando de Cencosud, Tottus y Makro¹⁷⁴, entre noviembre y diciembre de 2009, para Lima y provincias, respectivamente.

[CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA]

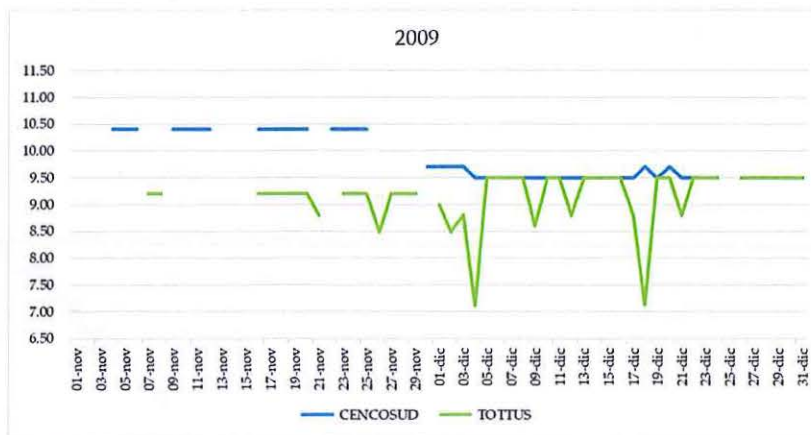
¹⁷⁴ Como fue mencionado en la Resolución de Inicio, Supesa no proporcionó información al no estar en capacidad de recuperarla.

Gráfico 5¹⁷⁵
Precios de pavo entero – San Fernando 2009
(soles por kilo a nivel de Lima, incluido IGV)



Fuente: Cencosud, Makro, Tottus
 Elaboración: CLC

Gráfico 6
Precios de pavo entero – San Fernando 2009
(soles por kilo a nivel de Provincias, incluido IGV)



Fuente: Cencosud, Tottus
 Elaboración: CLC

347. Como es posible apreciar en el Gráfico 5, habría existido una convergencia de precios entre Cencosud, Makro y Tottus en Lima: Cencosud estableció sus precios exactamente en S/ 8.80 el 25 de noviembre; por su parte, Makro ubicó sus precios en S/ 8.89 el 1 de diciembre y Tottus el mismo 1 de diciembre fijó sus precios en S/ 8.99. Estos tres niveles de precios cumplen con ser iguales o superiores al PVPms de San

¹⁷⁵ En los Gráficos 5 a 11, en los que se muestra el comportamiento de los precios de las empresas investigadas, se puede apreciar que, para determinadas fechas, no se han consignado valores de precios. Esto se debe a que, de acuerdo con la información de ventas proporcionada por las empresas, en aquellos días no se registraron ventas de pavo entero.



- Fernando. Posteriormente, Tottus aplicó el precio de S/ 8.80 a partir del 3 de diciembre, manteniéndolo en ese nivel salvo por tres días viernes de descuento (4, 11 y 18 de diciembre). En el caso de Makro, posteriormente estableció sus precios a S/ 8.81.
348. Así también, se aprecia en el Gráfico 6 que se habría presentado una convergencia de precios entre Cencosud y Makro a nivel de provincias: Cencosud estableció sus precios en S/9.70 el 1 de diciembre y posteriormente a partir del 3 de diciembre registró el precio de S/ 9.50. Las ciudades de provincias en las que Cencosud comercializó pavo San Fernando fueron Trujillo, Chiclayo y Cajamarca. Mientras que Tottus, ubicó sus precios el 5 de diciembre en S/ 9.50, manteniendo ese nivel hasta fin de mes, salvo por 4 días de descuento (9, 12, 18 y 21 de diciembre). Las ciudades de provincias en las que Tottus comercializó pavo San Fernando fueron Chiclayo, Trujillo e Ica.
349. En tal sentido, de la evidencia disponible se desprende que, en la campaña 2009 existieron dos PVPms de San Fernando, uno para Lima y otro para provincias. Haciendo un análisis por separado, la información económica de Cencosud, Makro y Tottus demostraría la convergencia de sus precios a los PVPms de S/ 8.80 y S/ 9.50, para Lima y provincias, respectivamente.
350. Ahora bien, en el caso de Tottus, no se verifica en el acervo documentario contenido en el expediente que existan correos electrónicos que puedan vincular a esta empresa. Ciertamente, no existen correos en los que Tottus realice algún reclamo o queja, manifieste su disposición al cumplimiento de la regla, condicione su cumplimiento al cumplimiento por parte del resto de competidores, o en general, correos electrónicos que puedan dar cuenta de la voluntad de los autoservicios de cumplir con el PVPms y de los que pueda inferirse, en particular, la participación de Tottus.
351. Ello difiere de la situación de Cencosud y Makro, empresas respecto de las cuales sí se cuenta con determinada evidencia documental sobre su adhesión al cumplimiento de la regla. En ese sentido, esta Comisión observa que el movimiento de los precios de Tottus de manera convergente al PVPms es el único indicio de su participación en un acuerdo anticompetitivo en el año 2009.
352. Por tales motivos, esta Comisión considera insuficiente la mera convergencia de precios para establecer la participación de Tottus en la práctica colusoria investigada, por lo que no puede concluirse que esta empresa efectivamente habría participado del acuerdo anticompetitivo en este año.
353. Igualmente, en el caso de Supesa, no se cuenta con información documental suficiente para establecer su participación en el acuerdo anticompetitivo. Tampoco ha sido posible contar con la información de precios de Supesa para el 2009. Por lo tanto, no podría acreditarse su participación en la práctica colusoria investigada en la presente campaña.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

354. Todo ello implica que, para esta campaña navideña, solo puede acreditarse que Cencosud y Makro incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero en la campaña navideña 2009, contando con la participación de San Fernando como facilitador. No obstante, debe recordarse que, al año 2009, Makro solo poseía tiendas en Lima, por lo que la práctica colusoria solo podría haberse llevado a cabo en esta ciudad.
355. Aunque esta constatación diferiría de la imputación contenida en la Resolución de Inicio (pues en esta se imputó una conducta con carácter nacional y no local), esta circunstancia no impide que la Comisión pueda declarar la responsabilidad de Cencosud y Makro en este año. La razón es que, según se desprende de la información de ventas remitida por las empresas, en el año 2009 el porcentaje de ventas de pavo entero realizado por los autoservicios recayó casi exclusivamente en Lima, por lo que puede aseverarse que el mercado de ventas de pavo entero a nivel nacional era equivalente al mercado de venta de dicho producto en Lima. Así, en diciembre de 2009, las ventas de pavo entero de Cencosud en Lima representaron el 94.62% del total de sus ventas, mientras que para Makro, como ya se mencionó, representaron el 100% de sus ventas, al solo tener tiendas en esta ciudad.
356. Por consiguiente, la práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional en la campaña navideña 2009, fue realizada por Cencosud y Makro, la cual contó con la participación de San Fernando como facilitador, tal como se desprende del correo CEN-03 en donde dicho proveedor responde al reclamo de Cencosud por el precio por debajo del PVPms de Supesa señalando que estaba "alineando" el tema con esta última y que en caso de no tener respuesta "se le recortaría el despacho". De esta manera, el correo aludido demuestra la labor de coordinación o supervisión del acuerdo que recayó en San Fernando y la capacidad de esta de disponer un corte de despacho como amenaza o castigo para procurar el cumplimiento de la regla por parte de los autoservicios.
357. En conclusión, las empresas Cencosud y Makro realizaron una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional en la campaña navideña 2009, contando con la participación de San Fernando como facilitador.
358. El PVPms del pavo entero San Fernando por kilo para la campaña navideña de 2009 fue S/ 8.80 para Lima y S/ 9.50 para provincias. Cencosud y Makro tomaron acciones, bajo la forma de reclamos, el condicionamiento del cumplimiento de la regla al cumplimiento de la misma por otros competidores o el alineamiento de sus precios con ese PVPms, para respetar dicho nivel de precios. Por su parte, el proveedor San Fernando ejerció un rol de supervisión para que los precios del conjunto de autoservicios se mantengan respetando el PVPms para dicha campaña de ventas.



6.2.2 Campaña navideña 2010

359. En el correo electrónico SF-01, del 31 de agosto de 2010, se aprecia que, como parte de las negociaciones entre San Fernando y diversos autoservicios para la campaña navideña de ese año, se informó internamente en San Fernando que (i) Supesa en reunión del 16 de agosto había aceptado las condiciones de negociación (cantidad de pavos y precios); y (ii) Tottus había requerido en reunión del 27 de agosto "(...) *la garantía de mantener el precio público de S/ 9.10 para pavo San Fernando en todas las cadenas (...)*".
360. Luego, en el correo electrónico SF-02 del 1 de setiembre de 2010, se observa que luego de una reunión entre San Fernando y Cencosud, se informó internamente en San Fernando que Cencosud había requerido "*sanciones concretas en caso alguna cadena no respete el precio mínimo establecido*". Al respecto, en San Fernando se propuso internamente, en correos del 2 de setiembre de 2010, que la sanción concreta sería no abastecer a la cadena si incumplía con el precio mínimo establecido e, incluso, en caso que ya se haya producido el abastecimiento, la penalidad sería para el siguiente año.
361. En opinión de esta Comisión, los correos SF-01 y SF-02 demuestran que, en las negociaciones para la campaña navideña 2010, San Fernando fue requerido por Tottus y Cencosud a garantizar el mantenimiento de un PVP mínimo en el mercado. Así, mientras Tottus solicitó la garantía de mantener el PVP "en todas las cadenas", Cencosud pidió "*sanciones concretas en caso alguna cadena no respete el precio mínimo establecido*". Lo anterior denota el compromiso de Tottus y Cencosud para el cumplimiento de la regla de mantener en el mercado precios iguales o mayores al PVPms de San Fernando, contando con la participación de este para cumplir con dicho objetivo.
362. Respecto de los correos SF-01 y SF-02, tanto Tottus (en su escrito de descargos del 26 de enero de 2021) como Cencosud (en su escrito de alegaciones al Informe Técnico del 2 de diciembre de 2021) señalaron que estas comunicaciones no fueron enviadas ni recibidas por ellos, por lo que no hay evidencia de su participación en un acuerdo anticompetitivo. Asimismo, sostuvieron que estas comunicaciones solo reflejarían el dicho de un tercero y su propia interpretación de lo discutido en reuniones regulares con los proveedores para definir condiciones comerciales. En otras palabras, lo que Tottus y Cencosud cuestionan es que una comunicación interna de una empresa tenga el valor probatorio suficiente como para demostrar la participación de terceros en una conducta anticompetitiva.
363. Sobre este punto, la Sala en una reciente decisión ha indicado lo siguiente:

"(...) las comunicaciones internas de un agente pueden constituir un medio de convicción válido para acreditar la participación de terceros competidores en una práctica colusoria. Ciertamente, las comunicaciones internas de una empresa pueden revelar su participación junto con otros agentes económicos en una práctica anticompetitiva. Por ejemplo, a través del reporte de los acuerdos adoptados en una



*reunión entre la empresa emisora de la comunicación y otros competidores o las coordinaciones internas de una empresa para adoptar un acuerdo anticompetitivo con otros agentes*¹⁷⁶.

364. Por ello, esta Comisión considera que los correos SF-01 y SF-02, aun cuando corresponden a comunicaciones internas de San Fernando, sí constituyen una evidencia del compromiso de Tottus y Cencosud con el cumplimiento de la regla, procurando que el proveedor San Fernando garantice que la misma sea cumplida por sus competidores. Asimismo, resulta una prueba fidedigna en la medida de que se trata de un reporte interno de San Fernando a la Gerente de Unidad de Negocios Pavo, Jessica Fox, respecto del status de las negociaciones con las cadenas para la campaña de Navidad.
365. En relación con Supesa, en el correo SF-01 se observa que esta empresa aceptó las condiciones de negociación planteadas por San Fernando. Específicamente, en dicho correo San Fernando refiere sobre Supesa que: *"aceptaron las condiciones de negociación, cantidad de pavos y precio"*.
366. En consideración que, de acuerdo con lo informado por el señor Daniel Mesta, ex – trabajador de Supesa, las condiciones de negociación entre San Fernando y Supesa incluían la información de un precio de venta sugerido¹⁷⁷, entonces la aceptación de Supesa que se menciona en el correo SF-01 también incluyó el respeto del PVPms para la presente campaña por parte del mencionado autoservicio.
367. En el correo SF-03, el 3 de noviembre de 2010 a las 19:16 horas, San Fernando informa a Makro que el PVP sugerido de pavo San Fernando había sido modificado de S/ 9.10 a S/ 9.50. Al respecto, Makro explica que tenía ya programada una publicación con el precio de S/ 9.10. Internamente en San Fernando se comenta que dicha publicación iría del 9 al 23 de noviembre y que, posteriormente a ello, Makro elevaría el precio. Este PVP de S/ 9.50 para la campaña navideña 2010 también se consigna en el correo SF-04 del 5 de noviembre de 2010.
368. En el correo SF-05 del 10 de noviembre de 2010, en relación con el encarte de Makro con el precio de S/ 9.10 mencionado en el párrafo anterior, internamente en San Fernando se señala que ese precio no se pudo cambiar porque el encarte estaba en imprenta pero que Makro se había comprometido a cambiar el precio luego de finalizado el plazo del encarte. Ante dicha información, transmitida por Luis Antonio Suyón, Jefe de Cuentas Claves, a Jessica Fox, Gerente de Unidad de Negocios Pavos de San Fernando, esta última pregunta: *"Y como lo manejarás con las otras cadenas cuando vean esto?"*. Brindadas las explicaciones respecto de que (i) Makro ya tenía en imprenta el encarte y (ii) el encarte era hasta el 22 de noviembre con lo

¹⁷⁶ Ver numerales 241 a 254 (en particular, los numerales 252 y 253) de la Resolución 0183-2021/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala el 21 de diciembre de 2021 y en referencia al Expediente 002-2019/CLC.

¹⁷⁷ Entrevista al señor Daniel Mesta del 28 de mayo de 2021 (minuto 6:17): *"Las negociaciones eran todas formales, digamos se acercaban los proveedores, llegaban con un precio de venta sugerido. Más o menos fijabas tu margen de acuerdo al presupuesto que tenías en el año, revisabas cuánto tuviste que liquidar el año pasado, porque lo que no vendas hasta el 25, ya no lo colocas más"*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

cual no tocaba la campaña navideña, Jessica Fox replica "*Hasta el 22/11 me parece que los [sic] otras cadenas, la van a tomar como campaña. Esto puede reventar!! [sic]*"

369. Al respecto, es de destacar que en el correo SF-05, Luis Antonio Suyón de San Fernando explica que Makro manifestó el compromiso de aplicar el PVPms de S/ 9.50 una vez culminada la vigencia de su encarte hasta el 22 de noviembre (circunstancia que se verifica con la información de precios que se presentará gráficamente en esta sección), de la siguiente manera:

"Jessica adjunto makro mail de MAKRO donde figura el precio anterior de pavo entero a S/ 9.10, este encarte tiene fecha de vigencia hasta el 22/11, a partir de ahí se activará el precio de campaña y el precio sugerido de S/ 9.50, como levanté el tema en su momento no se pudo cambiar el precio porque ya se encontraba en imprenta, sin embargo está el compromiso de Juan Iturria [de Makro] de aplicar el nuevo precio una vez terminado el [encarte]".

[Énfasis agregado]

370. Por consiguiente, el correo SF-05 muestra que Makro manifestó su compromiso con el cumplimiento de la regla, esperando tan solo el vencimiento del plazo de vigencia de un encarte que había publicado previamente.
371. Por otro lado, en el correo CEN-05 del 23 de noviembre de 2010, Cencosud reclama a San Fernando que Makro tenía un encarte con el precio de S/ 9.48 del 23 de noviembre al 6 de diciembre indicando: "*nuevamente este no es el precio acordado 9.50*". Asimismo, Cencosud pregunta cuáles serían las medidas que San Fernando tomaría y señala "*si la competencia no respeta el precio, nosotros también publicaremos bajo el precio acordado*".
372. Esta Comisión considera que el correo CEN-05 es claro en destacar la existencia de un reclamo de Cencosud a San Fernando por el precio bajo de Makro. Al realizar este reclamo, Cencosud refiere "*nuevamente este no es el precio acordado 9.50*", lo que denota la existencia de un acuerdo para que el conjunto de autoservicios respetara un PVP mínimo de S/ 9.50. Adicionalmente, esta comunicación contiene un pedido de Cencosud para que el proveedor tome alguna acción frente al incumplimiento de Makro. Finalmente, hay otra referencia a que la competencia, es decir, el conjunto de autoservicios, debía respetar el precio y que eso respondía a un acuerdo, lo cual se revela cuando Cencosud señala que, si la competencia no respeta el precio, ellos también publicarían un precio por debajo del "precio acordado". Esta última expresión constituye un condicionamiento del cumplimiento de la regla por parte de Cencosud al cumplimiento de la misma regla por parte de otros autoservicios.
373. En el correo CEN-07 del 13 de diciembre de 2010, Cencosud detalla a San Fernando los puntos negociados para la campaña 2010 señalando "*para que se organicen y no tengamos ningun (sic) problema como nos sucedio (sic) en el año pasado*". Entre los puntos detallados se observa el siguiente:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

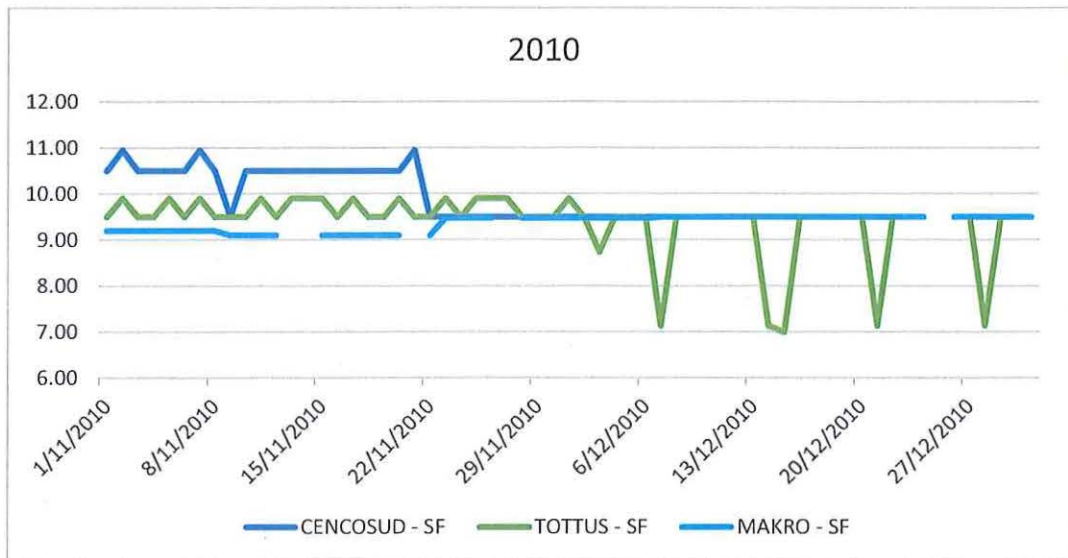
INDECOPI

"7) Precio Mínimo sugerido por San Fernando: S/. 9.5 (Actualmente ya hay ofertas de Vivanda a S/. 9.39) por lo que necesitamos acción URGENTE o saldremos a contestar."

374. Cabe resaltar que Cencosud solicita a San Fernando cumplir con este y otros puntos indicados en el correo de la siguiente forma: "Necesito me confirmen lo que hemos hablado para estar tranquilos y no tener los problemas que hemos padecido el año pasado".
375. Esta Comisión aprecia que, en el correo CEN-07 existe un pedido de Cencosud a San Fernando para que haga respetar un PVP mínimo de S/ 9.5 y una queja de que Vivanda (Supesa) no estaba cumpliendo con dicho PVP, lo cual requeriría una acción urgente de San Fernando. Ambos aspectos muestran otra vez el acogimiento de Cencosud al consenso del cumplimiento de la regla.
376. Respecto de los correos CEN-05 y CEN-07, en sus escritos de descargos y de alegatos al Informe Técnico, Cencosud refirió que estos solo presentaban una consulta de Cencosud al proveedor sobre la presunta existencia de condiciones más favorables de compra para otras cadenas. Así, a criterio de Cencosud, la existencia de precios más bajos que el PVPms podría significar la existencia de mejores condiciones de compra para las otras cadenas que las ofrecidas a Cencosud.
377. En relación con el correo CEN-05, el propio texto del correo permite descartar la hipótesis planteada por Cencosud. Efectivamente, dicho correo inicia con Cencosud señalando "Makro ha publicado el precio del pavo San Fernando a 9.48" y luego añade "no es el precio acordado 9.50". Entonces, la interpretación más razonable de estas frases es que existía un entendimiento entre los autoservicios de que el PVPms debía ser de S/. 9.50 y la publicación realizada por Makro no estaba alineada con lo que se había acordado. Por lo tanto, no se entiende cómo podría desprenderse de este correo que Cencosud estaría "consultando" a San Fernando sobre supuestas mejores condiciones de venta que este último estaría ofreciendo a Makro.
378. De la misma forma, del correo CEN-07 se infiere de manera directa una queja por parte de Cencosud al proveedor con motivo de que Vivanda (Supesa) no estaría respetando el PVPms, condicionando su propio cumplimiento a que San Fernando realice gestiones para que la otra cadena se alinee con la regla ("Actualmente ya hay ofertas de Vivanda a S/. 9.39, por lo que necesitamos acción URGENTE (sic) o saldremos a contestar"). Al respecto, este órgano colegiado no encuentra la relación lógica entre la frase "saldremos a contestar" y la presunta indagación sobre condiciones de compra más favorables que podría estar disfrutando Supesa respecto de Cencosud. Por el contrario, la frase indicada revela la intención de Cencosud de ya no acatar más el entendimiento que existía entre los autoservicios debido a la decisión de Supesa de fijar un precio de S/. 9.39 en su tienda Vivanda.

379. En el Gráfico 7 se presenta la evolución de los precios del pavo entero San Fernando de Cencosud, Tottus y Makro¹⁷⁸, entre noviembre y diciembre de 2010.

Gráfico 7
Precios de pavo entero – San Fernando 2010
(soles por kilo a nivel nacional incluido IGV)



Fuente: Cencosud, Makro, Tottus
Elaboración: CLC

380. Del gráfico anterior se puede ver que Cencosud convergió al PVPms de S/ 9.50 el 22 de noviembre, Makro incrementó sus precios para ubicarse en un PVP de S/ 9.48 a partir del 23 de noviembre y Tottus cambió el patrón de comportamiento de sus precios respecto al mes de noviembre tomando como precio regular el PVPms de S/ 9.50 a partir del 2 de diciembre.
381. Adicionalmente, si bien no ha sido posible contar con la información de precios de Supesa, se desprende del correo SF-01 que esta empresa también estuvo alineada con el PVP mínimo de S/ 9.50 previsto para el cártel, puesto que desde el momento previo al inicio de la campaña navideña, San Fernando consideró que Supesa estaba de acuerdo con las condiciones de negociación planteadas, lo que incluyó el respeto de un PVPms para el pavo San Fernando.
382. En conclusión, Cencosud, Makro, Supesa y Tottus realizaron una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional en la campaña navideña 2010. Esta conducta contó con la participación de San Fernando como facilitador, según es posible advertir en los siguientes correos:

¹⁷⁸ Como fue mencionado en la Resolución de Inicio, Supesa no proporcionó información al no estar en capacidad de recuperarla.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- En el correo SF-02, ante el pedido de Cencosud para imponer sanciones concretas en caso alguna cadena no respete el precio mínimo establecido, Jessica Fox (Gerente de Unidad de Negocios Pavo de San Fernando) y Santiago García formulan las siguientes recomendaciones: *“La sanción concreta que se toma es la de no abastecer a la cadena si incumple con el precio mínimo establecido”* y *“Correcto y si ya le abastecemos todo, la penalidad será para el próximo año”*.
 - En el correo SF-05 se muestra la disposición de San Fernando para realizar las coordinaciones necesarias con los autoservicios para el respeto conjunto del PVPms, en particular, como consecuencia de la vigencia de un encarte de Makro con un precio inferior al PVPms hasta el 22 de noviembre.
 - En el mismo correo SF-05 se registra que San Fernando logró el compromiso de Makro del PVPms una vez terminada la vigencia del encarte con el precio menor.
383. El PVPms del pavo entero San Fernando por kilo para la campaña navideña de 2009 fue S/ 9.50. Cencosud, Makro, Supesa y Tottus tomaron acciones, bajo la forma de reclamos, el condicionamiento del cumplimiento de la regla al cumplimiento de la misma por otros competidores o el alineamiento de sus precios con ese PVPms, para respetar dicho nivel de precios. Por su parte, el proveedor San Fernando ejerció un rol de supervisión para que los precios del conjunto de autoservicios se mantengan respetando el PVPms para dicha campaña de ventas.
384. Finalmente, esta Comisión desea resaltar que esta campaña navideña cuenta con elementos probatorios que develan, en mayor medida que en otras campañas, el conjunto de acciones llevados a cabo por los autoservicios para asegurar el cumplimiento conjunto de un PVPms. En efecto, esta campaña posee un valor probatorio relevante, pues se cuenta con correos que vinculan a todos los autoservicios (Supesa y Tottus a través del correo SF-01; Cencosud, con el correo SF-02; y Makro, con el correo SF-05) y que muestran las acciones que usualmente fueron realizadas para asegurar el cumplimiento de los PVPms, esto es, la aceptación directa de su cumplimiento (Supesa en el correo SF-01 y Makro en el correo SF-05), el condicionamiento a que otros competidores también lo hicieran (Tottus en el correo SF-01) y los reclamos por desviaciones (Cencosud en los correos CEN-05 y CEN-07).
385. Es por este motivo que, en la evaluación de las siguientes campañas, la Comisión podrá tomar como base las acciones de las empresas imputadas en esta campaña para dilucidar si su comportamiento en años posteriores puede tener similitud con el comportamiento observado en este año, y, junto con el análisis de los medios probatorios de cada campaña, determinar si tal comportamiento corresponde a uno de naturaleza colusoria.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

6.2.3 Compañía navideña 2011

386. En los correos SF-06 y SF-07, del 9 de noviembre de 2011, representantes de San Fernando discuten la estrategia de precios de la empresa frente a la competencia de Redondos. Así, se menciona que *"la estrategia de San Fernando es mantener un precio sobre Redondos (...) Si el PVP de Redondos es S/. 10.20 en todas las cadenas, deberíamos salir con el precio SF [San Fernando] de S/ 10.50 al público lo antes posible"*. Luego, otro representante añade: *"La estrategia del canal es tener el mismo precio de venta x kilo de pavo SF [San Fernando] en las 3 cadenas, es decir si Redondo[s] en Tottus marcara 10.20 al público y nosotros 10.50, ese precio debería ser para toda la cadena."*
387. Así, los correos SF-06 y SF-07 muestran una estrategia para mantener un mismo precio del pavo San Fernando por kilo en tres cadenas de supermercados. Adicionalmente, se comenta la relación de precios que debía existir entre San Fernando y Redondos, por ejemplo, si el precio de Redondos era S/ 10.20, el de San Fernando debía ser mayor (S/ 10.50).
388. Luego, en otra comunicación interna de San Fernando (el correo SF-08, del 17 de noviembre de 2011) se indica que en diciembre el PVPms para pavo sería S/ 10.50 y se solicita que este sea comunicado a las cadenas, conforme a lo siguiente:
- "(...) para informarte que el precio de venta al público en diciembre de pavo San Fernando debe colocarse en S/.10.50. Por favor comunica a las cadenas, y que aprovechen la oportunidad de tener un mayor margen. También coméntales que es muy probable que [el PVPms] suba más".*
389. En relación con este correo SF-08, es de destacar que San Fernando dispuso que el PVPms de S/ 10.50 fuera comunicado a los autoservicios, el que, de acuerdo con la opinión de la propia San Fernando, les permitiría a estos obtener un mayor margen de ganancia.
390. En el correo SF-09 del 22 de noviembre de 2011, Tottus solicita a San Fernando revisar los precios del pavo en provincias, ya que en Chiclayo se encontraban a S/ 9.50. San Fernando contesta a Tottus señalando que el precio de campaña regía desde diciembre, pero que en todo caso estaban haciendo la consulta al jefe de ventas de provincias para "la alineación respectiva". Posteriormente, se reporta también en correo interno de San Fernando que el precio en Plaza Vea Huancayo (Supesa) era S/ 9.50 (22 de noviembre de 2011 a las 15:30 horas). Al respecto, José Terzi, Gerente Comercial de San Fernando, solicita a personal de San Fernando *"que la cadena corrija"*, a lo que se responde *"estamos en eso"*.
391. En opinión de esta Comisión, el correo SF-09 da cuenta de una queja de Tottus a San Fernando por precios en provincias que estarían por debajo del PVPms para la campaña navideña 2011 (S/. 10.50). La queja de Tottus se realiza esperando determinada acción de San Fernando, puesto que se solicita "revisar" los precios del pavo en provincias. En línea con lo anterior, San Fernando dispone hacer la consulta



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

para alinear los precios, lo que implica tomar acción para que aquel o aquellos autoservicios competidores de Tottus eliminen cualquier desviación de sus precios respecto del PVPms de S/ 10.50.

392. Asimismo, en el mismo correo SF-09, cuando San Fernando encontró un precio menor (S/ 9.50) de Supesa en Huancayo, el Gerente Comercial de San Fernando dispuso asegurar "que la cadena corrija", es decir que eleve este precio a un nivel mínimo de S/ 10.50, conforme al PVPms. Como se señaló, la respuesta a esa indicación fue que se encontraban procurando esa corrección ("estamos en eso").
393. De este correo SF-09 se puede realizar la siguiente inferencia: Tottus había presentado un reclamo o queja al proveedor por el incumplimiento de otros autoservicios del PVPms y había solicitado que San Fernando se encargara de "revisar" o "alinear" los precios de los competidores que no se encontraran cumpliendo con el PVPms porque Tottus, en algún momento previo, había manifestado su conformidad con respetar la regla. Ciertamente, sería ilógico que la empresa mostrara su disconformidad por el incumplimiento de una regla que no se había comprometido a acatar.
394. En el correo SUP-01 del 28 de noviembre de 2011, se aprecia una comunicación interna de Supesa en la que se discute la posibilidad de abrir las tiendas en la madrugada del 23 de diciembre (desde la medianoche a las 6:00 horas) siendo la propuesta, entre otras, expresada de la siguiente manera: "pavos (excepto Redondos) --> (10% + 10%tarjeta)". Como parte de dicha discusión interna, se señala lo siguiente:
- "En pavos tenemos precio mínimo con el proveedor, no podríamos dar algún descuento mas allá de este precio. Quizás si es solo con tarjeta no habría problemas. OJO la idea del precio mínimo o sugerido es no entrar en guerra de precios."*
395. Al respecto, en la medida de que al plantearse la promoción para pavos que se quería implementar para la madrugada del 23 de diciembre se indica "excepto Redondos", se desprende que se trata de pavos de San Fernando y no de Redondos¹⁷⁹.
396. Por otro lado, cabe destacar la afirmación de Supesa contenida en el correo SUP-01 sobre la existencia de un precio mínimo, cuyo fin sería "no entrar en guerra de precios". Para esta Comisión, esta expresión indica que Supesa se encontraba alineada con el cumplimiento de la regla en torno al PVPms a fin de lograr el objetivo que se buscaba con esta: eliminar la competencia entre los autoservicios (lo que habría implicado una "guerra de precios").

¹⁷⁹ En efecto, en su escrito del 31 de agosto de 2021, Supesa confirmó que el correo SUP-01 hace referencia a un descuento con pavo San Fernando, conforme a lo siguiente: "Respecto a esta última expresión, en la medida que en ese momento existían únicamente dos (2) proveedores de pavos, la posibilidad planteada era aplicar un 10% de descuento para la adquisición de pavos de San Fernando, al cual podía sumarse un descuento del 10% adicional si la compra era realizada con Tarjeta Oh!".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

397. Cabe recordar que la expresión “guerra de precios” y el objetivo de evitarla suele ser común en comunicaciones que reflejan acuerdos anticompetitivos. Por ejemplo, en el caso “Farmacias”, la Comisión analizó un correo electrónico en el que el Gerente General de una de las cadenas de farmacias involucradas solicitaba que se le comunicara al resto de cadenas la noticia sobre la cancelación de una promoción, esto, con la finalidad de “congelar cualquier posibilidad de iniciar una guerra de precios”.

398. Al evaluar el contenido de esta comunicación, la Comisión indicó:

“(…) la única explicación razonable para que las cadenas de farmacias suspendieran iniciar conjuntamente una «guerra de precios» contra Mifarma, era porque esta se estaría adhiriendo a las coordinaciones previamente efectuadas entre las cadenas de farmacias sobre los precios de distintos productos, exceptuando de su promoción los productos involucrados en las coordinaciones”¹⁸⁰.

[Énfasis agregado]

399. En línea con lo anterior, el deseo de Supesa expresado en el correo SUP-01 de evitar una guerra de precios es coherente con un escenario colusorio, en el cual esta empresa había decidido cumplir con la regla de aplicación del PVPms.

400. Hasta aquí, tenemos que la evidencia documental permite vincular a Supesa (por el correo SUP-01) y Tottus (por el correo SF-09) con la práctica investigada. No obstante, esta Comisión considera que los correos electrónicos también permiten acreditar la participación de Cencosud y Makro, lo cual, como se verá a continuación, es reforzado con el análisis del comportamiento de los precios de estos autoservicios en la campaña navideña 2011.

401. Específicamente, los correos SF-06, SF-07 y SF-08 muestran la intención de fijar un precio para la venta de pavo entero que tendría que ser aplicado por todo el canal moderno (en referencia a la frase “la estrategia del canal” del correo SF-06) y que, para ello, tenía que ser comunicado “a las cadenas”, según el correo SF-08. Por lo tanto, esta Comisión considera que todos los autoservicios involucrados sabían de la aplicación de un PVPms de S/. 10.50, en base a los correos antes referidos. Luego, al apreciar la queja formulada por Tottus en el correo SF-09 de que no se estaría respetando el PVPms en provincias, puede concluirse que, al igual que en años anteriores, nos encontramos ante un escenario colusorio en el cual los autoservicios habían aceptado el cumplimiento de la regla de fijación de un PVPms.

402. Esta inferencia es reforzada por el papel que San Fernando revela cumplir en el correo SF-09, esto es, el de supervisar el cumplimiento de la regla por parte del conjunto de autoservicios. Ello, ya que, ante el reclamo de Tottus solicitándole “revisar los precios del pavo en provincias”, San Fernando responde que realizará acciones

¹⁸⁰ Ver numerales 497 y 498 de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI.



PERÚ

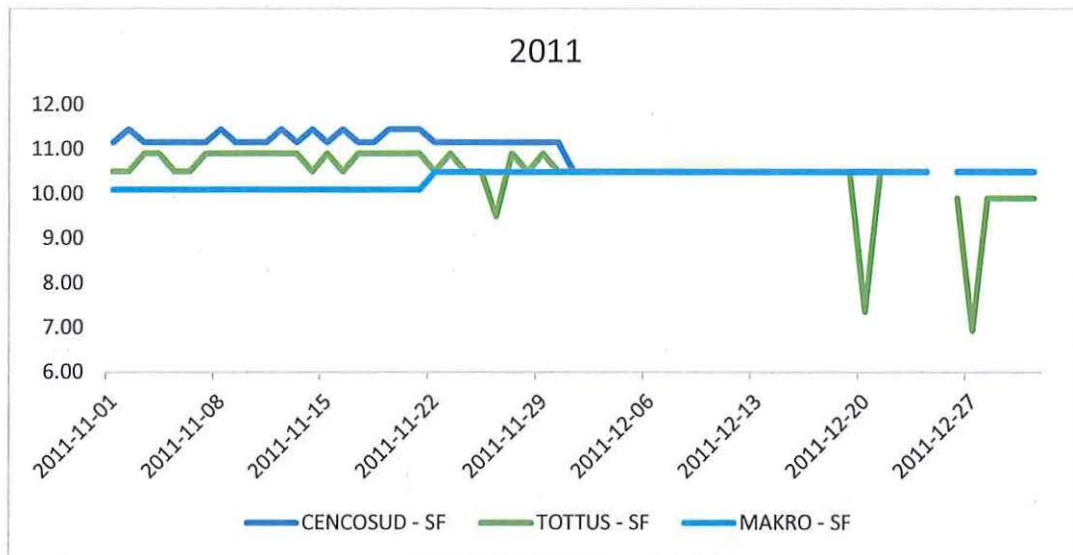
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

("hará la consulta") para que aquel o aquellos autoservicios competidores de Tottus que estuvieran incumpliendo, se alinearan con el PVPms de S/. 10.50.

403. Todo ello, como ya se mencionó, es corroborado en el análisis de la evidencia económica plasmada en el Gráfico 8, el cual presenta la evolución de los precios del pavo entero San Fernando de Cencosud, Tottus y Makro¹⁸¹, entre noviembre y diciembre de 2011.

Gráfico 8
Precios de pavo entero – San Fernando 2011
(soles por kilo a nivel nacional incluido IGV)



Fuente: Cencosud, Makro, Tottus
Elaboración: CLC

404. Del gráfico anterior se desprende que Makro eleva sus precios a S/ 10.49 el 22 de noviembre, Tottus se estabiliza en el nivel del PVPms para este año (S/ 10.50) a partir del 30 de noviembre y Cencosud converge a ese mismo precio el 1 de diciembre. Este patrón de comportamiento de precios es coincidente con el que ya se verificó en las campañas navideñas de los años 2009 y 2010. En efecto, los autoservicios aplican precios disímiles en noviembre; sin embargo, hacia finales de este mes o inicios de diciembre se alinean en torno al PVPms establecido por el proveedor para diciembre, lo que demuestra su reconocimiento implícito de cumplimiento con la regla y, además, guarda correspondencia con lo manifestado por San Fernando en el correo SF-09 en donde, en respuesta a una solicitud de Tottus, manifiesta que el precio de campaña rige desde diciembre.

¹⁸¹ Como fue mencionado en la Resolución de Inicio, Supesa no proporcionó información al no estar en capacidad de recuperarla.



405. Por otro lado, si bien no ha sido posible contar con la información de precios de Supesa, se desprende de la evidencia documental que esta empresa también estuvo alineada con el PVPms de S/ 10.50 previsto para el cártel, puesto que como se analizó, el correo SUP-01 demuestra que Supesa tuvo en consideración el cumplimiento de la regla y el objetivo de evitar la "guerra de precios" entre los autoservicios.
406. En cuanto a San Fernando, resulta clara su participación como facilitador de la práctica investigada por los siguientes motivos:
- En los correos SF-06 y SF-07, San Fernando afirma que la estrategia es tener el mismo precio de venta por kilo de pavo San Fernando en todos los autoservicios.
 - En el correo SF-08, San Fernando establece el PVPms en S/ 10.50, se dispone comunicarlo a las cadenas y que se les indique que aprovechen para tener un mayor margen y que muy probablemente se subiría el PVPms. Lo anterior refleja la función de coordinación de San Fernando respecto del cumplimiento de la regla, puesto que se aprecia que establece que el respeto a la misma redundará en mayores ganancias para el conjunto de autoservicios. Asimismo, la referencia a la posibilidad de incrementar el PVPms indica que estaba a cargo de San Fernando coordinar el sostenimiento (e incluso el incremento) del PVP que regiría en el mercado por parte del conjunto de autoservicios.
 - En el correo SF-09, es San Fernando el que, ante la solicitud de Tottus de revisar los precios del pavo en provincias, señala que, si bien el precio de campaña regiría recién en diciembre, haría la consulta para la "alineación respectiva". En otra sección del mismo correo se ve a San Fernando detectando un precio de Supesa en Huancayo que no era acorde con el PVPms y disponiendo coordinar su corrección. Estas acciones demuestran la labor de supervisión y coordinación para el mantenimiento del PVPms en el mercado de parte de San Fernando.
407. Por lo expuesto, esta Comisión concluye que Cencosud, Makro, Supesa y Tottus realizaron una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional en la campaña navideña 2011. Esta práctica contó con la participación de San Fernando como facilitador del cártel. El PVPms del pavo entero San Fernando por kilo para la campaña navideña 2011 fue S/ 10.50. Cencosud, Makro, Supesa y Tottus tomaron acciones, bajo la forma de reclamos, la aceptación del cumplimiento de la regla o el alineamiento de sus precios con ese PVPms, para respetar dicho nivel de precios. Por su parte, el proveedor San Fernando ejerció un rol de supervisión para que los precios del conjunto de autoservicios se mantengan respetando el PVPms para dicha campaña de ventas.



6.2.4 Campaña navideña 2012

408. En el correo MAK-03 del 22 de noviembre de 2012, se aprecia que Makro consulta a San Fernando lo siguiente:

"Estamos necesitando precio de venta de pavo san Fernando para el mes de diciembre. Hoy cerramos precios 1er catálogo de navidad que empieza del 4 al 17 de diciembre y tengo que colocar precio de venta de su PAVO el día de hoy pues catálogo se va a la imprenta por la tarde. Nuestro acuerdo comercial es mantener su precio de venta en piso de tienda. Agradeceremos indicarnos como proceder."

409. Como respuesta a este correo electrónico, San Fernando indica:

"El precio del PAVO SF [San Fernando] es de S/.12.50 en todo el canal moderno, por favor publícalo a este precio, hay que hacer mención a NAVILANDIA en tu encarte para dinamizar aún más la venta del Pavo."

410. Resulta claro que el correo MAK-03 indica cuál era el PVPms de San Fernando para el pavo entero por kilo en la campaña navideña 2012, esto es, S/ 12.50, y que tal precio se encontraría vigente para todo el canal moderno.

411. En los correos MAK-04 y MAK-06 se aprecia que, el 30 de noviembre del 2012, habiendo hecho una revisión de los precios en Mayorsa, Makro se dirige a San Fernando señalando lo siguiente:

"Favor apoyo con este tema. Entendíamos que todos los autoservicios estaríamos alineados con precio para su producto durante campaña. A la fecha estamos ofreciendo sus productos de acuerdo a escala enviada por ustedes, pero hemos encontrado precios muy diferentes en MAYORSA, 13% más bajos

MAKRO	
ESCALA	MAYORSA
San Fer	
11.84	10.29

Como referencia, solo hemos logrado colocar el 10% de sus productos, y con estos precios de competencia nos es más difícil. Favor tus comentarios, considerar que a partir del lunes 3 [de diciembre] tendremos una nueva escala de precios, mayor a la actual."

[Énfasis agregado]

412. Como se puede ver, los correos MAK-04 y MAK-06 registran una queja de Makro ante San Fernando por el precio menor que aplicaba Mayorsa, sobre lo cual solicita "apoyo". Aunque esta queja está referida a un competidor que no está relacionado con los agentes económicos imputados en el presente procedimiento, es de destacar la expresión "entendíamos que todos los autoservicios estaríamos alineados con



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

precio para su producto durante campaña" puesto que demuestra el entendimiento de Makro en relación a que el conjunto de autoservicios debía cumplir la regla.

413. En el correo MAK-05 del 3 de diciembre de 2012, se aprecia una comunicación interna de Makro en la que se da cuenta de un catálogo de Metro con vigencia del 30 de noviembre al 16 de diciembre y en el que se indica el precio de venta de pavo San Fernando a S/ 11.99. Luego se agrega lo siguiente:

"En relación al precio de SF [San Fernando]; PV [Plaza Veja] /TOTTUS han colocado precio sugerido por SF [San Fernando] a 12.50. El tema de METRO se ha conversado con SF [San Fernando] y nos indican que lo están revisando. Le hemos indicado que mantendremos precios de escala de NOV durante 1era Q de DIC debido a este impase (...)."

414. Las quejas de Makro hacia San Fernando continúan en el correo MAK-07, el cual contiene varias comunicaciones efectuadas entre el 3 y 5 de diciembre de 2012. En la comunicación del 3 de diciembre de 2012 a las 9:09 horas, se observa que Makro se queja con San Fernando sobre un catálogo de Metro (Cencosud) que indica un precio de S/ 11.99 para la venta de pavo San Fernando y solicita que este catálogo sea revisado ya que tenía una diferencia de S/ 0.50 con el precio que estaban manejando. A las 18:00 horas, un representante de San Fernando responde a Makro indicando *"Estas promociones funcionan en mayor medida como generadores de tráfico o fidelizadores de marca"*.

415. Al día siguiente, Makro responde a las 8:31 horas de la siguiente forma:

"Nos queda más claro el tema de promociones de sus productos con otros autoservicios. Según lo mencionado líneas abajo por ustedes, para nuestro segundo catalogo procederemos a colocar precio 'promoción' para su producto: 'como generadores de tráfico o fidelizadores de marca'. En nuestro primer catálogo no nos fue factible y ello por seguir indicaciones directas de ustedes mantener precio de S/. 12.50. Mañana cerramos productos/precio de nuestro segundo (...)."

416. El mismo día a las 18:58 horas, se aprecia que San Fernando replica a la respuesta de Makro:

"(...) no sé qué tan estratégico sea ofertar el PAVO en la semana pico de campaña donde solo se conseguiría reducir su margen; como recordarás el año pasado les faltó Pavo por lo que no vemos ningún sustento en generar tráfico o fidelizar?? en la semana pico de campaña.

Por otro lado no es exacto hablar de 'nuestro tema de promociones con otros autoservicios' ya que esto no existe, el PVP sugerido en todos los casos es de S/.12.50 y estaremos atentos si hay un claro impacto con nuestra estrategia de precios para tomar decisiones que incluyan incluso programas de despacho.

Como recordarás el año pasado se terminó vendiendo el producto por encima de nuestro PVP sugerido y este año tenemos mejores expectativas por lo que estamos seguros del éxito de la presente campaña sin necesidad de perder margen en



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

promociones que estamos de acuerdo distorsionan de manera negativa el mercado y que sin embargo no podemos controlar.

Terminando te agradezco los constantes informes de precios que nos ayudan a monitorear el mercado a fin de tratar de alguna manera de ordenarlo.

[Énfasis agregado]

417. A lo anterior Makro replicó el 5 de diciembre a las 10:16 horas:

"Nosotros respetamos los precios sugeridos para nuestro encarte como todos los años S/. 12.50. Metro publicó por debajo del precio sugerido a S/. 11.99 y mayorsa está vendiendo a precios menores. Makro ha perdido impacto inicial de campaña y posicionamiento de precios bajos como mayorista por lo que vamos a bajar nuestro precio de piso hasta el 16 de Diciembre. A partir del 17 de diciembre vamos a respetar el precio de sugerido por ustedes siempre y cuando el precio sea respetado en todo el canal. Como tema adicional si la pérdida del impacto inicial de campaña ocasiona pérdida de ventas y por ende no realizamos las ventas planificadas te pido nos confirmes que van a asumir la devolución de pavo y el lucro perdido por la no venta del mismo (...)."

[Énfasis agregado]

418. Finalmente, a las 11:01 horas del mismo día, San Fernando señala:

"Como conversáramos es una preocupación compartida que nuestros socios comerciales no respeten los sugeridos que les damos y que sin embargo como es de tu conocimiento no podemos controlar, entiendo también que desde nuestra jefatura del canal moderno se están haciendo las coordinaciones del caso para tener un mejor ordenamiento de cara a la semana pico de campaña gestiones tras las cuales sabremos si tendremos o no un real compromiso de un PVP de S/.12.50 precio que estamos seguros quedara chico al igual que el año pasado que se terminó vendiendo el producto por arriba de lo sugerido por SF [San Fernando]."

Con referencia al adicional que indicas y entendiendo tu preocupación y molestia por lo que acontece no podemos nosotros cambiar la política de 0 devoluciones ni pactar variables que por un lado tienen una causalidad totalmente ajena a nuestra gestión (guerra de precios AASS), y por otro lado no es posible de medir con absoluta certeza y que finalmente no serán necesarias ya que como te repito estamos seguros que al igual que el año pasado la campaña será totalmente exitosa. (...)

Aprovecho para agradecerte el compromiso y la seriedad en la manera que tú y tu equipo están llevando la campaña, cosa que nos obliga a actuar en consecuencia; como quedamos te informo a la brevedad los niveles de compromiso que lleguemos con los demás clientes y te recalco nuestra seguridad del éxito de la campaña."

419. Los correos MAK-05 y MAK-07 evidencian nuevas quejas realizadas por Makro, esta vez por un catálogo publicado por Metro (Cencosud), con vigencia del 30 de noviembre al 16 de diciembre de 2012, y en el que se ofrecía el pavo San Fernando a S/ 11.99. Asimismo, esta cadena de correos demuestra tanto la adhesión de Makro



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

al respeto de la regla de utilizar el PVPms de San Fernando como el condicionamiento de su cumplimiento de la regla a que el resto de competidores también la cumpla. Al respecto, cabe resaltar algunas afirmaciones contenidas en el correo MAK-05:

- En la primera se señala textualmente: *"PVTOTTUS han colocado precio sugerido por SF [San Fernando] a 12.50. El tema de METRO se ha conversado con SF [San Fernando] y nos indican que lo están revisando"*. De esta cita es posible colegir que Supesa (Plaza Veá) y Tottus (a ellos se referiría la expresión "PVTOTTUS") habían estado cumpliendo el precio sugerido de San Fernando de S/ 12.50.
- En la segunda afirmación, se señala que "el tema de Metro" (lo que hace referencia al catálogo de Metro con el precio de S/ 11.99) se había conversado con San Fernando y que estaba siendo revisado. Ello daría cuenta de que, ante la situación de un precio menor por parte de un competidor (Cencosud), Makro requirió la intervención del proveedor San Fernando, el cual, al momento de realizada la comunicación, ya venía tomando acciones al respecto.
- En este correo se ve también el condicionamiento de Makro para cumplir la regla sujeto al cumplimiento del resto de competidores al indicar que mantendrían los precios debido al impase causado por el precio bajo de Cencosud.

420. En línea con lo anterior, en el correo MAK-07 se aprecia que Makro se quejó ante San Fernando debido al catálogo de Metro que ofertaba un precio de S/ 11.99. En la conversación que se desarrolla posteriormente entre ambas empresas resaltan varios puntos:

- Makro había utilizado el precio de S/ 12.50 en un primer catálogo "por seguir indicaciones directas" de San Fernando. Al respecto insinuó que, a propósito del precio menor de Metro, pondría un precio también bajo en su segundo catálogo. Esta insinuación demuestra también un condicionamiento sobre el cumplimiento de la regla al cumplimiento del resto de competidores.
- San Fernando trata de disuadir a Makro de que mantuviera el precio de S/ 12.50, señalando que ese tipo de promociones no eran necesarias en la "semana pico de campaña".
- San Fernando afirmó que el PVP sugerido para todos los autoservicios era S/ 12.50 y que estaría atento de *"si hay un claro impacto con nuestra estrategia de precios para tomar decisiones que incluyan incluso programas de despacho"*. Aquí se confirma que el nivel de PVPms para la campaña navideña 2012 de pavo San Fernando fue S/ 12.50. Asimismo, la expresión citada implica que San Fernando estaba atento a evaluar si se estaba cumpliendo con dicho precio entre el conjunto de autoservicios y que al respecto podía tomar acciones relativas al despacho, en el supuesto de que existiera algún incumplimiento por parte de algún autoservicio.



- Makro eleva una queja a San Fernando por el precio de S/ 11.99 del catálogo de Metro y por Mayorsa. Luego señaló que bajaría su precio y esperaría al 17 de diciembre para subirlo, siempre y cuando *"el precio sea respetado en todo el canal"*, es decir, que el resto de autoservicios respetara el PVP mínimo de S/ 12.50. Aquí se aprecia otra vez un claro condicionamiento por parte de Makro consistente en supeditar su cumplimiento de la regla al cumplimiento de la misma por parte del resto de autoservicios.
 - San Fernando afirmó *"se están haciendo las coordinaciones del caso para tener un mejor ordenamiento de cara a la semana pico de campaña gestiones tras las cuales sabremos si tendremos o no un real compromiso de un PVP de S/12.50"*. Este extracto de las comunicaciones da cuenta de coordinaciones o gestiones de San Fernando con los autoservicios para mantener un PVP mínimo de S/12.50.
 - En distintos momentos de esta conversación se puede apreciar el rol de facilitador que tuvo San Fernando para el cumplimiento del PVPms de S/ 12.50 en cuanto al flujo de información al respecto entre los autoservicios. Así, San Fernando agradeció los *"constantes informes de precios"* que le hacía Makro y que lo ayudaban a *"monitorear el mercado a fin de tratar de alguna manera de ordenarlo"* (4 de diciembre de 2012, 18:58 horas), en otras palabras, a asegurar el respeto al PVPms de S/. 12.50. En similar línea, San Fernando se comprometió a informarle a Makro a la brevedad sobre *"los niveles de compromiso que lleguemos con los demás clientes"* (5 de diciembre de 2012, 11:01 horas). Los compromisos buscados tenían que ver también con el respeto del PVP mínimo establecido.
 - Finalmente, son de destacar otras expresiones de San Fernando en el correo MAK-07. Por ejemplo, en la comunicación del 4 de diciembre a las 18:58 horas, San Fernando se manifestó en contra de la realización de promociones señalando que estaban de acuerdo con que *"distorsionan de manera negativa el mercado"*, lo que guarda relación con su función de supervisión para mantener los precios artificialmente altos respetando el PVPms. Por otro lado, en la comunicación del 5 de diciembre de 2012 a las 11:01 horas San Fernando expresa su *"preocupación compartida [sobre] que nuestros socios comerciales no respeten los [precios] sugeridos"*, en referencia al mismo interés de que los autoservicios respeten los PVPms.
421. Por lo anterior, se desprende de los correos MAK-05 y MAK-07 una clara disposición de Makro en cuanto a adherirse al cumplimiento de la regla de respeto del PVPms y también de que sujetaba ese cumplimiento al respeto de la misma regla por parte del resto de competidores. También es evidente la participación de San Fernando como supervisor del cumplimiento conjunto de la regla por parte de los autoservicios.
422. En relación con los correos MAK-03 al MAK-07, en su escrito del 6 de diciembre de 2021 Makro señaló que estos tan solo revelan que (i) San Fernando determinaba el



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

PVP del pavo (MAK-03); (ii) San Fernando cuestionaba estrategias competitivas de Makro (descuentos) pues impactaba en la campaña que había instruido unilateralmente (MAK-09); (iii) que Makro hacía sondeos de los precios de sus competidores para determinar sus propios precios (MAK-04 y MAK-05); o (iv) que Makro se comunicaba con San Fernando cuando otras empresas no vendían al PVPms determinado por el proveedor, no para requerir que este trasladara información o impusiera un precio colusorio a un competidor sino para mostrar preocupación de que su adopción del PVPms pudiera generarle una desventaja competitiva frente a otros supermercados en caso recibiera un trato desigual (MAK-04, MAK-06 y MAK-07).

423. Frente a estas alegaciones, la Comisión considera pertinente realizar las siguientes precisiones:

- En las campañas previamente analizadas, ha quedado demostrado, ciertamente, que San Fernando establecía para cada campaña un PVPms. No obstante, también ha quedado demostrado que los autoservicios estaban en libertad de establecer precios por debajo de dicho nivel de forma competitiva frente a precios menores de otros competidores. Incluso, ello se observa en uno de los correos cuestionados por Makro, el correo MAK-07 (5 de diciembre de 2012 a las 11:01 horas), en el que San Fernando reconoce que *"es una preocupación compartida que nuestros socios comerciales no respeten los sugeridos que les damos y que sin embargo como es de tu conocimiento no podemos controlar"* (énfasis agregado).
- Si bien la fijación de un PVPms puede ser entendida como un acto unilateral, en el presente procedimiento diversos medios probatorios indican que en torno a dichos PVPms se gestó un alineamiento de voluntades de los autoservicios para, en conjunto, aplicar ese nivel de precios, de manera condicionada al que el resto de competidores también lo aplicara. Así se señala textualmente, por ejemplo, en el correo MAK-07 (5 de diciembre de 2012 a las 10:16 horas).
- En el presente procedimiento no se ha realizado ningún cuestionamiento sobre los sondeos de precios que podría realizar Makro u otros autoservicios; no obstante, esta Comisión reitera que la evidencia documental en diversas ocasiones demuestra que estos sondeos de precios eran realizados para monitorear el cumplimiento, por parte de otros autoservicios, del PVPms fijado por el proveedor.
- A criterio de esta Comisión, el reconocimiento de Makro sobre la realización de comunicaciones a San Fernando cuando otras empresas no vendían al PVPms a fin de no quedar en desventaja, significa que con ello esperaba lograr que el resto de competidores cumpliera también con el PVPms lo que, precisamente, al ser reproducido por dos o más del conjunto de autoservicios, se traducía en una práctica colusoria horizontal.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

424. Ya avanzada la campaña, en el correo CEN-09 del 18 de diciembre de 2012, San Fernando comunica a Cencosud, a propósito de una nueva promoción ("el carnicero del ahorro") de Cencosud que fijaba su precio del pavo entero San Fernando en S/ 10.99, lo siguiente:

"(...) publicando en el carnicero del ahorro nuestro pavo San Fernando a S/. 10.99 el kilo van a desencadenar una guerra de precios innecesaria lo cual afectara su margen de todas maneras Sinceramente opino no debieron hacerlo porque su competencia Supesa y Tottus ya lo detectaron y reaccionaran."

425. El correo CEN-09 ahonda en la función cumplida por San Fernando respecto de la aplicación de la regla por parte de los autoservicios, pues en esta comunicación se le ve manifestando su disconformidad ante Cencosud por la implementación de una nueva promoción que desencadenaría una "guerra de precios" (lo cual implica el objetivo de que los autoservicios manejen un mismo precio, precisamente para no incurrir en tal "guerra") y anunciando a Cencosud que Supesa y Tottus reaccionarían ante eso.
426. En el correo SUP-03 del 18 de diciembre de 2012, se aprecia que, de manera interna, Supesa reporta que el precio aplicado por la empresa en la venta de pavo San Fernando en La Molina es de S/. 11.89, mientras que el de Tottus es de S/. 11.49. Ante esta constatación, se menciona *"se quedó en la reunión de jefes que el precio del pavo San Fernando se mantendría igual en todos los retail"*. Esta última afirmación, a criterio de esta Comisión, es un indicador de que la campaña navideña 2012 también se llevó a cabo bajo la misma idea de un alineamiento entre competidores.
427. En el Gráfico 9 se presenta la evolución de los precios del pavo entero San Fernando de Cencosud, Tottus y Makro¹⁸², entre noviembre y diciembre de 2012.

[CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA]

¹⁸² Como fue mencionado en la Resolución de Inicio, Supesa no proporcionó información al no estar en capacidad de recuperarla.

Gráfico 9
Precios de pavo entero – San Fernando 2012
(soles por kilo a nivel nacional incluido IGV)



Fuente: Cencosud, Makro, Tottus
 Elaboración: CLC

428. Del gráfico anterior se desprende que Tottus aplicó exactamente el nivel del PVPms de San Fernando (S/ 12.50) entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre. A su vez, se observa que Makro eleva sus precios el 3 de diciembre por encima del PVPms para plegarse exactamente al precio de S/ 12.50 el 4 y 5 de diciembre, lo que ratifica su conformidad para cumplir con la regla como se aprecia, por ejemplo, en los correos MAK-05 y MAK-07.
429. En el caso de Tottus, el análisis conjunto de la evidencia disponible permite llegar a una conclusión sobre su participación en la conducta en la campaña navideña 2012.
430. Así, como se ha analizado, en los correos MAK-03, MAK-04, MAK-06 y MAK-07 se aprecian diversas afirmaciones en relación con la vigencia del alineamiento entre competidores para respetar el PVPms. En el correo MAK-03 San Fernando afirma que el precio del PAVO SF será de S/ 12.50 "en todo el canal moderno". En los correos MAK-04 y MAK-06, Makro afirma que tenía el entendimiento de que todos los autoservicios estarían alineados. Asimismo, en el correo MAK-07, San Fernando señala "*desde nuestra jefatura del canal moderno se están haciendo las coordinaciones del caso para tener un mejor ordenamiento*" en relación con la aplicación del PVPms por parte de los autoservicios.
431. Todas estas afirmaciones, aunque contenidas en correos electrónicos cursados entre agentes económicos distintos a Tottus, tienen referencias transversales sobre el funcionamiento del mercado en la campaña navideña 2012, las mismas que refieren



a una aplicación de la regla por el conjunto de autoservicios, incluyendo a Tottus, bajo la supervisión de San Fernando (como se observa en el correo MAK-07).

432. Adicionalmente, cabe recordar que el cumplimiento del PVPms de S/. 12.50 por parte de Tottus es mencionado directamente por Makro en el correo MAK-05 (*"En relación al precio de SF; PVTOTTUS han colocado precio sugerido por SF a 12.50"*) y se ratifica con la información económica analizada en el Gráfico 8, donde se observa que Tottus estableció el PVPms de S/. 12.50 entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre de 2012. Aunque es evidente la aplicación del PVPms por un número reducido de días, ello no deja de constituir una prueba de la adhesión de Tottus a la regla y, por ende, de su participación en la práctica colusoria horizontal investigada en esta campaña navideña 2012.
433. En relación con esta campaña navideña 2012, Tottus ha afirmado en sus escritos del 26 de enero y 6 de diciembre de 2021 que no hay coincidencia en el tiempo en la aplicación del PVPms entre los competidores, es decir sería un acuerdo sin simultaneidad en la aplicación del precio. Asimismo, que constituirían contraindicios la poca duración del presunto acuerdo y las pocas ventas en ese periodo, rechazando lo manifestado por la Dirección en el Informe Técnico sobre la aplicación de la prohibición absoluta.
434. Como punto de partida, esta Comisión cree pertinente reiterar que el presente caso corresponde a una infracción que debe analizarse bajo la prohibición absoluta, pues es de naturaleza inter marca. En ese sentido, y tal como dispone el artículo 8 del TUO de la LRCA, en el presente procedimiento es suficiente que la autoridad pruebe la existencia de la conducta imputada para confirmar la responsabilidad de aquellos que hayan participado en ella.
435. A mayor abundamiento, debe recordarse que la ejecución parcial, deficiente o incluso la no ejecución de aquello que hubiera sido pactado previamente por los miembros de un cártel no elimina la existencia de una infracción, como ha sucedido en casos anteriores analizados y confirmados por la Comisión¹⁸³. Por ende, los argumentos de Tottus sobre la poca efectividad del cártel en esta campaña navideña no tienen impacto alguno en la determinación de la existencia de la infracción.
436. Respecto de la coincidencia o no del establecimiento de precios en el nivel del PVPms por parte de Makro, Supesa y Tottus en esta campaña, el correo MAK-05 es claro en reportar que Supesa y Tottus venían cumpliendo con el PVPms de S/ 12.50, por lo que sí hubo una coincidencia de los precios de estas dos empresas hacia el 3 de diciembre de 2012¹⁸⁴, que es la fecha del mencionado correo. Por el lado de Makro,

¹⁸³ A manera de ejemplo, ver las Resoluciones 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, 100-2017/CLC-INDECOPI del 18 de diciembre de 2017 y 015-2021/CLC-INDECOPI del 5 de mayo de 2021.

¹⁸⁴ Si bien el 3 de diciembre de 2012 la moda de los precios de Tottus no corresponde al precio de S/ 12.50, los registros de ventas de ese día sí muestran ventas a S/ 12.50, tal como se registra en el correo MAK-05. No obstante, esta Comisión considera que también es posible que la coincidencia establecida entre Supesa y Tottus haya ocurrido los días previos, ya que, como se ha visto, Tottus tuvo el precio de S/ 12.50 entre el 29 de noviembre y 2 de diciembre de 2012.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

si bien esta empresa cumple con el PVPms el 4 y 5 de diciembre, lo que se diferencia de las fechas de cumplimiento de Tottus que son del 29 de noviembre al 2 de diciembre, la adhesión de Makro a la regla se encuentra plenamente acreditada con el análisis de la prueba documental disponible, sin necesidad de recurrir a si coincidió o no con otra empresa en la ejecución del acuerdo.

437. En cuanto a Supesa, si bien no ha sido posible contar con la información de precios de esta empresa, se desprende de la evidencia documental que esta empresa también estuvo alineada con el PVPms de S/ 12.50 previsto para el cártel.
438. Como fue explicado líneas arriba, el correo SUP-03 contiene una afirmación que da cuenta del conocimiento de Supesa de que el precio de pavo San Fernando debía ser el mismo en todos los autoservicios ("*se quedó en la reunión de jefes que el precio del pavo San Fernando se mantendría igual en todos los retail*") lo cual incluso es coherente con lo afirmado por Makro en los correos MAK-04 y MAK-06 ("*Entendíamos que todos los autoservicios estaríamos alineados con precio para su producto durante campaña*"). Además, debe recordarse que en el correo MAK-05, Makro registra que Supesa (además de Tottus) estaba cumpliendo con el PVPms de San Fernando de S/ 12.50.
439. Todo ello encuentra mayor solidez en lo indicado en el correo SUP-02 del 30 de noviembre de 2012, que corresponde a una comunicación entre Supesa y Redondos, y en el que se muestra que Supesa contaba ya hacia esa fecha con el conocimiento de cuál era el PVPms para San Fernando en la campaña navideña 2012. En efecto, en el correo SUP-02 Redondos indica a Supesa "*La información que tuvimos fue que SF [San Fernando] tendría un PVP de S/. 12.50, esto lo corroboramos con ustedes*" (énfasis agregado).
440. Por consiguiente, estos tres elementos de prueba (correos SUP-02, SUP-03 y MAK-05) generan convicción a esta Comisión sobre la adhesión de Supesa al acuerdo anticompetitivo para cumplir con la regla.
441. Finalmente, esta Comisión coincide con la Resolución de Inicio, así como con lo indicado por la Dirección en el numeral 481 del Informe Técnico, en el sentido de que Cencosud mantuvo, durante los meses de noviembre y diciembre de 2012, un precio siempre por debajo del PVPms comunicado por San Fernando, lo que significa que, respecto de esta empresa, no se encontraron indicios razonables de su participación en la práctica colusoria en esta campaña navideña 2012.
442. En conclusión, Makro, Supesa y Tottus realizaron una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional en la campaña navideña 2012, contando con la participación de San Fernando como facilitador del cártel.
443. El PVPms del pavo entero San Fernando por kilo para la campaña navideña 2012 fue S/ 12.50. Makro, Supesa y Tottus tomaron acciones, bajo la forma de reclamos, el



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

condicionamiento del cumplimiento de la regla al cumplimiento de la misma por otros competidores, la aceptación del cumplimiento de la regla o el alineamiento de sus precios con ese PVPms, para respetar dicho nivel de precios. Por su parte, el proveedor San Fernando ejerció un rol de supervisión para que los precios del conjunto de autoservicios se mantengan respetando el PVPms para dicha campaña de ventas.

6.2.5 Campaña navideña 2013

444. En el correo CEN-11 del 18 de noviembre de 2013, Cencosud comunica de manera interna que el PVP del pavo San Fernando será de S/ 12.50 desde el 19 de noviembre de 2013. Ello es reafirmado en el correo CEN-12 del 21 de noviembre de 2013, en el que Cencosud informa que el PVP para el pavo San Fernando será S/ 12.50, según se aprecia en un archivo electrónico en formato Excel adjunto a dicho correo y en el que se describen los precios de diversos productos que serían incluidos en un encarte de Wong con vigencia del 29 de noviembre al 12 de diciembre de 2013.
445. En esa misma línea, el correo CEN-13 muestra que, el 21 de noviembre de 2013, Maribel Pinedo Zagal, del área de Cuentas Claves del Canal Autoservicios de San Fernando, señala a Pilar Córdova, Jefe de Categoría Aves Comercial Perecibles de Cencosud, lo siguiente:

"Tal como lo compartido y conversado en nuestra última reunión, con el objetivo de tener una campaña ordenada y con rentabilidad para el Pavo entero San Fernando en todo el canal AASS, San Fernando desea evitar la generación de una guerra de precios entre cadenas, por lo cual el precio público mínimo a publicar en los encartes o internas debe de ser S/.12.50 (...)"

446. Los correos CEN-11 y CEN-12 establecen cuál fue el PVPms de San Fernando para el pavo entero por kilo en la campaña navideña 2013, esto es, S/ 12.50. Asimismo, como se desprende del correo CEN-13, San Fernando comunicó a Cencosud que el PVP de S/12.50 permitiría tener una campaña ordenada y con rentabilidad "en todo el canal AASS" lo que implica que la regla debía ser cumplida por el conjunto de autoservicios. De este correo se aprecia también la finalidad de restringir la competencia ("*con el objetivo de tener una campaña ordenada*" y "*San Fernando desea evitar la generación de una guerra de precios*").
447. En el correo MAK-08, el 21 de noviembre de 2013 a las 10:07 horas, San Fernando informa a Makro lo siguiente:

"(...) comunicamos que estamos reforzando los precios de PAVO para campaña navideña con todas las cadenas de AASS según lo siguiente:

- Este año San Fernando desea evitar la generación de una guerra de precios entre cadenas en donde nadie gana ya que el precio y el margen bruto estimado entrarían en un espiral de decrecimiento insano para el negocio.*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- *En consecuencia hoy el precio de venta al público x kilo del pavo San Fernando es de S/.12.99 + IGV y el precio máximo de oferta será el S/.12.50 + IGV¹⁸⁵(3.8% de descuento) para cualquier encarte o publicación con y sin tarjeta."*

448. Este correo reafirma que el PVPms en torno al cual se cumple la regla es de S/.12.50, el cual era de aplicación por parte del conjunto de autoservicios (*"todas las cadenas de AASS"*) para la campaña navideña 2013 y, el cual debía ser el "máximo de oferta", con o sin tarjeta, es decir, el PVPms que los autoservicios debían utilizar. Asimismo, se menciona nuevamente la frase *"San Fernando desea evitar una guerra de precios entre cadenas"*, evidenciando que San Fernando buscaba el compromiso del canal moderno con el respeto de la regla durante la campaña navideña 2013.
449. Respecto del cumplimiento del PVPms, los correos MAK-09 a MAK-15, del 9 de noviembre al 3 de diciembre de 2013, dan cuenta de conversaciones entre San Fernando y Makro relacionadas con un presunto incumplimiento por parte de Makro del PVPms a través de una oferta de descuento en el pavo entero con tarjeta Ripley.
450. En el correo MAK-09 se aprecia que el 29 de noviembre de 2013 a las 11:00 horas, San Fernando reitera a Makro que el PVPms del pavo es de S/ 12.50, añadiendo: *"No debe haber ningún tipo de oferta menor a esto, tampoco S/.12.49, el precio mínimo a marcar es S/. 12.50 inc IGV"*. Además, San Fernando señala a Makro que había recibido reclamos *"generalizados"* porque su tienda en Chiclayo se encontraba vendiendo el pavo San Fernando con una escala del mes de setiembre, lo cual debía ser corregido.
451. Como puede apreciarse, San Fernando indica nuevamente a Makro que el PVPms para la campaña navideña del 2013 es de S/. 12.50, por lo que *"no debe haber ningún tipo de oferta menor a esto"*. De ello se desprende que todo precio por debajo de S/.12.50 -así se trate de una promoción- era considerado un incumplimiento de la regla *"(No debe haber ningún tipo de oferta menor a esto, tampoco S/.12.49)"*. Asimismo, se aprecia que San Fernando realiza gestiones de supervisión del cumplimiento de la regla, al trasladar reclamos de autoservicios (*"reclamos generalizados"*) por el precio de Makro en su tienda de Chiclayo. Como se verá más adelante, los precios de Makro en Chiclayo continuaron siendo objeto de reclamo por parte de Supesa (en el correo SUP-10) al encontrarse por debajo del PVPms, solicitando incluso al proveedor la aplicación de sanciones por no cumplir con la regla (*"Makro esta rompiendo el pacto"*).
452. El mismo 29 de noviembre de 2013 a las 11:17 horas, Makro responde a San Fernando *"en referencia a los precios de venta en nuestro piso de venta a la fecha lo tenemos a S/. 12.50 inc IGV"*; sin embargo- al igual que el año 2012 – tenía una oferta de descuento con tarjeta Ripley que incluía el pavo entero San Fernando. Asimismo, señala a San Fernando que revisará el reclamo de Chiclayo.

¹⁸⁵ En el mismo correo MAK-08 se muestra que San Fernando precisó a las 12:14 horas que los precios no eran sin IGV sino con IGV.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

453. Como puede apreciarse, Makro manifiesta su aceptación expresa al cumplimiento de la regla, señalando que su PVP de pavo entero es de S/.12.50, es decir, en línea con el PVPms. Asimismo, si bien Makro también indica que cuenta con una promoción con tarjeta Ripley, a entender de dicha cadena, ello no implica un incumplimiento de la regla en la medida que ya ha realizado ese tipo de promociones en años anteriores.

454. Al respecto, ese mismo día a las 11:45 horas, San Fernando reitera a Makro que no debía sacar ninguna oferta en la que el PVP esté por debajo de S/ 12.50, señalando que "(...) *este ha sido nuestro acuerdo comercial y por ningún motivo deberá romperse*" y resaltando lo siguiente:

"Te comento que las otras cadenas están alineadas con este precio público el cual bajará de S/. 12.99 a S/. 12.50 por kilo como máximo. Cualquier otra decisión necesitamos conocerla para no generar la guerra de precios en donde los perjudicados son los clientes. Gracias por tu comprensión y apoyo. Pueden usar la marca propia Aro como marca con precio oferta pero por ningún motivo la marca San Fernando."

[Énfasis agregado]

455. Resuelta elocuente que San Fernando, con el objetivo de conminar a Makro a respetar el PVPms, le comunique el compromiso del resto de autoservicios para cumplir con la regla y alinearse en torno a dicho PVPms, incluso, con la finalidad de restringir la competencia ("*para no generar guerra de precios*"). En ese sentido, reitera a Makro que no pueden implementarse ("por ningún motivo") precios de oferta con el pavo San Fernando que se desvíen del PVPms.

456. En el correo MAK-10, en el que continúan las discusiones contenidas en el correo MAK-09, se advierte que Makro no acepta las indicaciones de San Fernando sobre no implementar precios de oferta con tarjeta Ripley para la venta de pavo San Fernando, aduciendo que los lineamientos sobre ofertas no le fueron comunicados oportunamente y que, incluso el año anterior todos los autoservicios habían realizado el mismo tipo de promociones:

En negociaciones del presente año, al igual que el año pasado, ustedes nos enviaron sus precios de venta sugeridos para pavos enteros.

En negociaciones de este año (igual 2012), no se trataron lineamientos de precios para promociones. Considero que lo recientemente sugerido (21.11) es una coordinación tardía, pues debió plantearse al inicio de negociaciones de la presente campaña (Mayo 2013).

El año pasado todas las cadenas trabajamos promociones/precios especiales para productos de campaña navideña con diferentes tarjetas de crédito.

457. Ante la negativa de Makro, en el correo MAK-11, San Fernando responde a Makro lo siguiente: "(...) *vamos a tener un gran problema y tenemos que resolverlo para no impactar a los demás clientes. Es lamentable que suceda esto (...)*". Esta última expresión de San Fernando denota que la desviación de Makro de la regla (a través de su oferta con tarjeta Ripley) podría generarle "*un gran problema*" con los otros autoservicios, lo cual también implica que el conjunto de autoservicios ("*los demás*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

clientes) conocían y se habían comprometido a cumplir con el PVPms establecido por San Fernando. Es por este motivo que la oferta de Makro podía generar la disconformidad (*"gran problema"*) de las cadenas competidoras, como efectivamente ocurrió y se describirá luego.

458. En el correo MAK-12, se aprecia que Makro envía a San Fernando la publicidad de la oferta de descuento con tarjeta Ripley, en la que se habría evitado mostrar el PVP del pavo entero. No obstante, a las 17:13 horas, San Fernando solicita a Makro retener dicha oferta, señalando que: *"(...) lo más probable es que esto desate la guerra de precios cosa que queremos evitar a toda costa entre las cadenas (...)"*. De esta última expresión se desprende que San Fernando buscaba que Makro respetara estrictamente el PVPms, incluso pretendiendo detener la promoción que tenía prevista con la tarjeta Ripley. Todo ello, con la finalidad de eliminar (*"evitar a toda costa"*) la competencia (*"guerra de precios"*) entre los autoservicios a través del cumplimiento de la regla de mantener el PVPms en S/.12.50.
459. Poco después, a las 18:11 horas, Makro señala a San Fernando que continuaban revisando cómo proceder con la oferta y que, como primera acción, nivelarían el PVP de S/ 12.50 a S/ 12.99. Al respecto, San Fernando respondió el 2 de diciembre a las 12:28 horas lo siguiente: *"te comento que por nuestra parte que en línea con lo acordado dejaríamos de despachar PAVO SF a fin de evitar la guerra de precio que se ocasionaría con el encarte con el descuento que nos comunicas"*. De la expresión citada, se evidencia el rol de supervisión sobre la regla que cumplió San Fernando al haber estado atento a tomar acciones, las que podrían haber incluido sanciones (*"dejaríamos de despachar"*) en caso Makro continuara incurriendo en el incumplimiento del PVPms con su oferta de descuento con tarjeta Ripley. Todo ello, con la finalidad de restringir la competencia (*"evitar la guerra de precio"*) entre los autoservicios en el mercado de pavo entero marca San Fernando.
460. El mismo 2 de diciembre de 2013 a las 13:59 horas, Makro indica a San Fernando que estaban evaluando una serie de opciones para atenuar los efectos de su promoción con Ripley (colocar la foto de un pavo cocido, colocar aviso de *"agotado"*, orientar la venta a Pavo Aro) y añade: *"Nosotros no hemos publicado precio de pavo con el fin de estar alineados con el precio sugerido y evitar la guerra de precios. Coordinemos una reunión para poder ver el tema y buscar las mejores opciones"*. Ciertamente, la expresión de Makro denota su aceptación expresa de la regla y consecuente compromiso de mantenerse *"alineado"* con el PVPms, para así alcanzar el objetivo común de eliminar la competencia de precios entre las cadenas (*"con el fin de estar alineados y evitar la guerra de precios"*).
461. Poco después, San Fernando pide a Makro confirmar lo siguiente: *"Entiendo que ya no va el descuento de RIPLEY en el PAVO SF el cual tendrá un precio mínimo de oferta de S/.12.50"*. Lo anterior da cuenta de que San Fernando insiste en reprimir la oferta que Makro había previsto con la tarjeta Ripley, cumpliendo así una función de supervisión del cumplimiento del PVPms por parte de los autoservicios.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

462. Sin embargo, en el correo MAK-13 (2 de diciembre de 2013 a las 9:10 horas) se aprecia que Makro responde que no podía evitar el lanzamiento de la promoción pues la publicidad había salido antes de recibir los lineamientos sobre ofertas. Agregó: *"No hubiéramos lanzado una promoción con Ripley si hubiera estado claro para nosotros que no podíamos hacerlo"*, señalando además que no era justo condicionar la atención de los pedidos y solicitando una reunión inmediata.

Para esta Comisión, la frase citada revela la voluntad de Makro de cumplir con la regla. Ciertamente, al afirmar que no hubieran lanzado una promoción con Ripley si hubiese estado claro que no podían hacerlo, se colige que sí hubieran cumplido con el PVPms de haber tenido la seguridad de que eso era lo que se esperaba de ellos. Por ende, considerando que el incumplimiento alegado por San Fernando es producto de la falta de claridad en la comunicación del proveedor, Makro solicita que no se le apliquen sanciones.

463. En el correo MAK-15 del 3 de diciembre de 2013 a las 8:53 horas, San Fernando respondió a Makro que la directiva de *"evitar la guerra de precios"* fue expresada desde las reuniones de negociación de mayo y que *"incluso dijimos que bloquearíamos las de tarjetas de todas las cadenas a menos que se vaya con el precio objetivo"*. De estos correos se desprende que San Fernando cumplió un rol de supervisión del cumplimiento de la regla desde la etapa de negociación al comunicar lineamientos y directivas a los autoservicios para restringir la competencia (*"evitar guerra de precios"*) a través del PVPms, entre los que se incluyeron castigos a los autoservicios (*"bloquearíamos las tarjetas"*) que se desvíen del PVPms.
464. Ese mismo día, como se observa en el correo MAK-14 a las 19:08 horas, Makro resume a San Fernando las acciones a implementar en relación con la oferta con tarjeta Ripley:

"De acuerdo a lo conversado, confirmamos las acciones a implementarse en relación a Franja Ripley:

- *En próxima publicación (17.12), en franja de Ripley se colocará la foto de un pavo cocido (para evitar asociarlo a la marca)*
- *Colocaremos en el material POP, un aviso de agotado sobre la imagen del pavo San Fernando: previo avance de ventas según límite legal (300 UNIDADES de ambas marcas en período de promoción).*
- *Manejar en el piso de ventas, la orientación a pavo ARO.*

Adicionalmente:

- *Confirmamos actualización del precio de piso de venta S/. 12.50 (antes 12.99)*
- *Evaluación de ajuste en requerimiento de PAVO SAN FER, debido a cancelación de promoción Ripley (...)"*

465. En este correo, es de destacar que el requerimiento de San Fernando a Makro para que desista de su oferta y se alinee al respeto estricto del PVPms surtió efectos, incluso a pesar de que dicha oferta constaba en material publicitario impreso. En



efecto, Makro modificó su publicidad de modo tal que, en la práctica, implicó la cancelación de la oferta con tarjeta Ripley y, asimismo, confirmó su compromiso de cumplir con la regla actualizando el precio del pavo marca San Fernando a S/ 12.50¹⁸⁶.

466. Hasta este punto, esta Comisión considera acreditados los siguientes hechos: (i) el claro rol de supervisión que ejercía San Fernando como facilitador del acuerdo, (ii) la aquiescencia del resto de autoservicios de cumplir con un PVPms previamente pactado (lo cual se desprende de varios extractos en donde se reitera que el resto de cadenas están "alineadas") y (iii) la decisión de Makro de cumplir con la regla luego de las acciones ejercidas por San Fernando.
467. En el interín de la conversación entre San Fernando y Makro contenida en los correos MAK-09 al MAK-15, tenemos los correos SUP-04 al SUP-08, los cuales versan sobre un evento similar. En dichos correos se aprecia que, el 2 de diciembre de 2013, San Fernando comunica a Supesa lo siguiente:

*"Acabamos de recibir la llamada de la cadena de la competencia muy contrariada por el incumplimiento de nuestro acuerdo de salvaguardar el precio al público y margen de la campaña de pavo San Fernando al sacar el encarte con un descuento de 20% todos los viernes con tarjeta O [se refiere a la tarjeta Oh!]. Lamentablemente tendrán que dar marcha atrás a esta oferta a través de un fe de erratas de lo contrario nos veremos obligados a conversar de urgencia sobre las Acciones a tomar. Acabamos de desenganchar a Makro que salía con la misma oferta **porque rompía el pacto de caballeros**. Este tema lo conversamos antes de cerrar la venta y **ustedes dieron su palabra (...)**"*

[Énfasis agregado]

468. Ese mismo día, en los correos SUP-05 y SUP-07, se aprecia que Supesa comunicó por interno que San Fernando se encontraba amenazándolos con dejar de despacharles el pavo debido la oferta de 20% de descuento con tarjeta Oh!, por lo que, posteriormente, como se ve en los correos SUP-04 y SUP-08 (2 de diciembre de 2013 a las 18:59 horas), solicitó al proveedor San Fernando una reunión para conversar este tema y "evitar malos entendidos y discusiones", la que San Fernando confirmó para el 3 de diciembre de 2013.
469. Los correos SUP-04 al SUP-08 demuestran que San Fernando cumplió una función de supervisión de la regla al realizar gestiones conducentes a que Supesa se alinee al PVPms, amenazando con "tomar acciones" si la cadena no se desistía de la oferta con la tarjeta Oh! a través de una fe de erratas. De acuerdo con lo manifestado por Supesa en el correo SUP-05 y por el señor Rodrigo Vásquez-Mejía en la entrevista realizada por la Dirección, las "acciones" a tomar por San Fernando frente al

¹⁸⁶ Posteriormente a la modificación de sus precios, Makro buscó que los demás autoservicios también se alinearan con el PVPms. En efecto, en el correo MAK-19, se aprecia que el 7 de diciembre de 2013, Makro detectó por interno un encarte de Maxiahorros donde el pavo San Fernando se oferta a S/ 11.79, por lo que el 9 de diciembre de 2013 se dirigió a San Fernando, señalando "Favor me confirman nuevo precio: 11.79 inc IGV". Al día siguiente, Makro reitera a San Fernando "Favor tus comentarios en relación a precio de Maxiahorro".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

incumplimiento de Supesa hacían referencia a la amenaza de la aplicación de castigos (corte de despacho)¹⁸⁷ para que dicha cadena cumpliera con el PVPms.

470. De la misma manera, San Fernando manifiesta a Supesa que, al igual que la situación de Makro relatada en los párrafos precedentes, su promoción con la tarjeta Oh se desviaba del PVPms (*“rompía el pacto de caballeros”*) pese que Supesa habría “dado su palabra” respecto de su cumplimiento. En efecto, considerando que, de acuerdo con lo informado por el señor Ricardo Solis, las expresiones *“pacto de caballeros”* y *“ustedes dieron su palabra”*¹⁸⁸ hacen referencia al cumplimiento del PVPms, entonces se tiene que San Fernando cumple una función de supervisión del cumplimiento de la regla, en la medida que toma acciones para procurar el cumplimiento del PVPms por parte de los autoservicios.
471. Las acciones de San Fernando lograron que los autoservicios mantuvieran un mismo nivel de precios, como se revela en el correo CEN-14 de Cencosud. En este, del 3 de diciembre de 2013, puede apreciarse que se envía por interno un archivo electrónico en formato Excel denominado *“Precios vs competencia 2013”*, el cual contiene un cuadro comparativo de precios vigentes hasta el 24 de diciembre de los productos de campaña, en los que se muestra el PVP del pavo San Fernando a S/. 12.50 en Tottus, Plaza Veá (Supesa), Metro y Wong (Cencosud). Por ende, este correo demuestra el cumplimiento de la regla por parte de los autoservicios antes mencionados. Cabe indicar que, en este correo, Cencosud destaca que Supesa mantiene una promoción de 20% de descuento en pavos todos los viernes, vigente hasta el 12 de diciembre de 2013.
472. No obstante, en el correo SUP-10 vuelve a apreciarse el monitoreo de precios con fines de evaluar el cumplimiento de la regla por parte de otros competidores. En esa comunicación (9 de diciembre de 2013 a las 13:20 horas), Supesa informa por interno que en Chiclayo perdieron una venta importante porque Makro se encontraba vendiendo el pavo a S/. 12.00, por lo que luego (9 de diciembre de 2013 a las 13:32 horas) dirige una comunicación a San Fernando señalando: *“¿Qué acciones se tomarían? Makro está rompiendo el pacto”*.
473. Al respecto, en los correos MAK-16 y MAK-17, se muestra que el 9 de diciembre a las 18:11, San Fernando, a través del reenvío del correo SUP-10, trasladó el reclamo de Supesa a Makro por la venta de 50 pavos San Fernando a S/.12.00 pese a que el PVPms era S/.12.50. Además, añade: *“Como podemos ver no se respeten los precios y ello generará la guerra de precios entre cadenas lo cual es lamentable”*. Al día

¹⁸⁷ Entrevista al señor Rodrigo Vásquez- Mejía del 20 de julio de 2021 (minuto 51:28): *“(…) ¿qué acciones a tomar? Bueno, te suspendo el despacho, no lo pone ahí, pero ese es el tenor, lo que hay entre líneas”*.

¹⁸⁸ Entrevista al señor Ricardo Solis del 2 de agosto de 2021 (minuto 41:40):

Dirección: Y al final en la última línea dice, este tema lo conversamos antes de cerrar la venta y ustedes dieron su palabra. Ahí también la pregunta era, ¿ustedes dieron su palabra respecto de qué?

Ricardo Solis: Bueno el proveedor nos había ... digamos dado a conocer el precio sugerido ¿no? Y ese precio sugerido se tenía que respetar... a eso era que nosotros hemos dado la palabra de poder respetar ese precio sugerido.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

siguiente, en el correo MAK-18, se observa que Makro respondió a San Fernando que el precio de S/.12.00 se habría debido a que manejaban *“una escala de precios diferente de 12.50 por compras por volumen, en este caso mayores a 20 unidades”*.

474. En estos correos se aprecia que Supesa detecta un incumplimiento al PVPms en la tienda de Makro de Chiclayo, por lo que solicita al proveedor que tome acciones (*“¿Qué acciones se tomarían?”*), dado que Makro no está respetando la regla (*“Makro está rompiendo el pacto”*). Este reclamo de Supesa, en opinión de esta Comisión, es una muestra de su compromiso con el cumplimiento de la regla, lo cual fue confirmado por el señor Ricardo Solís, quien en su declaración expresó que lo que buscaba Supesa con dicho reclamo era condicionar su cumplimiento de la regla a que Makro actuara de la misma forma¹⁸⁹. Nuevamente, San Fernando cumple un rol de supervisión de la regla al atender el pedido de Supesa y trasladar el reclamo a Makro por colocar el pavo entero por debajo del PVPms en su tienda de Chiclayo, agregando que este incumplimiento de la regla (*“no se respeten los precios”*) tendrá como *“lamentable”* consecuencia un aumento de la competencia entre autoservicios (*“generará la guerra precios entre cadenas”*).

475. Supesa no solo identifica una desviación de Makro, sino también de Tottus. Efectivamente, el correo SUP-09 muestra que, el 9 de diciembre de 2013, Supesa identifica una publicidad de Tottus que muestra una promoción de 20% descuento en pavos los jueves. Ese mismo día, Supesa se dirige a San Fernando para comentarle lo siguiente: *“Tottus ha sacado su promoción de 20% dcto en todo pavos los Jueves!!! Como se procederían en este caso?”* Mediante el correo SUP-11, el 11 de diciembre de 2013 Supesa envía a San Fernando una publicación de Tottus en un periódico en la que se aprecia la mencionada promoción y señala: *“Ahora como procedemos?? Nosotros desactivamos la promoción en medios y Tottus Saca una página entera en el Diario el Trome hoy? ¿Que acciones se va a tomar al respecto?”*. Poco después, reiteró a San Fernando:

*“La semana pasada dimos un pie al costado en la comunicación de medios (TV, Periódicos) con el fin de cumplir con el pacto, pero vemos que a Tottus no le interesa el pacto, su comunicación es muy clara **TODOS LOS JUEVES DE DICIEMBRE 20% DCTO EN TODOS LOS PAVOS ENTEROS** (con foto de SF) en un periódico de alcance a nivel nacional... Como nos garantizan que no vuelva a sacar otro comunicado así las próximas semanas? Que acciones se van a tomar? ¿se va a cortar el despacho a Tottus? Nos vemos en la obligación de responder (...).”*

¹⁸⁹ Entrevista al señor Ricardo Solís del 2 de agosto de 2021 (minuto 45:10):

Ricardo Solís: ¿Qué acciones se podrían tomar? Eran dos acciones que podrían pasar, la primera que Makro rectifique su precio o no. Este si se rectificaba el precio okay, se mantenía y, sino se rectificaba, ya con este precedente nosotros podíamos manejar el precio de venta independientemente. ¿Makro está rompiendo el pacto? Ahí hago referencia a que está rompiendo pues el precio sugerido ¿no?

Dirección: ¿Y ese pacto sería?

Ricardo Solís. Respetar el precio sugerido, que Makro no lo está cumpliendo ahí, claramente, sobre el correo que nos envía Plaza Vea Chiclayo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

476. De estos correos se desprende que, como parte de sus monitoreos de los precios de la competencia, Supesa detectó avisos publicitarios en los que Tottus se encontraba incumpliendo la regla con un descuento de 20% en pavos todos los jueves, por lo que dirige un reclamo a San Fernando contra Tottus solicitando que despliegue acciones de supervisión para el cumplimiento de la regla, que incluyan castigos contra Tottus como el corte de despacho (*"Que acciones se van a tomar? ¿se va a cortar el despacho a Tottus?"*).
477. Más aún, Supesa increpa San Fernando sobre cómo va a garantizar que en el futuro no vuelvan a ocurrir este tipo de situaciones (*"[¿]Como nos garantizan que no vuelva a sacar otro comunicado así las próximas semanas?"*) lo que denota una expectativa de que San Fernando cumpla un rol de supervisión sobre el cumplimiento de la regla por parte del conjunto de autoservicios (*"el pacto"*¹⁹⁰).
478. Además, de la expresión de Supesa *"nos vemos en la obligación de responder"*, se desprende que, de no desplegarse una acción por parte de San Fernando, ellos también se desviarían del PVPms, condicionando de este modo el cumplimiento de la regla a que los autoservicios competidores también lo hagan.
479. Finalmente, la expresión de Supesa *"La semana pasada dimos un pie al costado en la comunicación de medios (TV, Periódicos) con el fin de cumplir con el pacto, pero vemos que a Tottus no le interesa el pacto"*, hace referencia a la situación descrita en los correos SUP-04 a SUP-08, en la que San Fernando realizó gestiones frente Supesa por una oferta con tarjeta Oh que no respetaba el PVPms, en la que incluso le solicitó publicar una fe de erratas. En ese sentido, Supesa indica que cancelaron la promoción con la finalidad de cumplir con la regla a la que se habían comprometido los autoservicios (*"con el fin de cumplir con el pacto"*).
480. En el Gráfico 10 se presenta la evolución de los precios del pavo entero San Fernando de Cencosud, Tottus y Makro¹⁹¹, entre noviembre y diciembre de 2013.

[CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA]

¹⁹⁰ Entrevista al señor Ricardo Solís del 2 de agosto de 2021 (minuto 56:03): *"El pacto es, la palabra, la propone o la da Ítalo [se refiere a Ítalo Buttiglione de San Fernando] y yo cuando le contesto le doy esa misma palabra haciendo referencia al pacto de caballeros, pero básicamente hace referencia al precio sugerido"*.

¹⁹¹ Como fue mencionado en la Resolución de Inicio, Supesa no proporcionó información al no estar en capacidad de recuperarla.

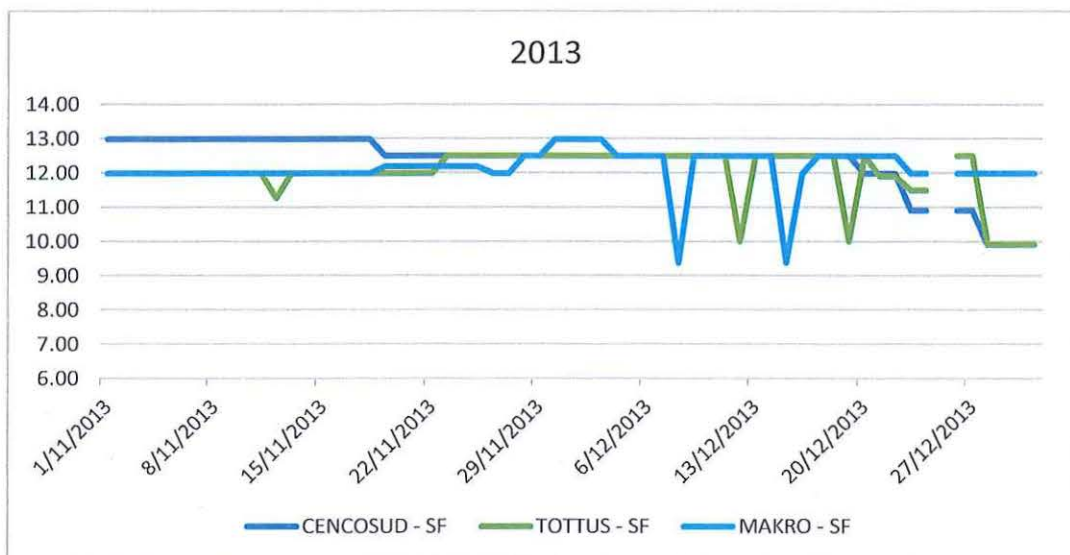


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Gráfico 10
Precios de pavo entero – San Fernando 2013
(soles por kilo a nivel nacional incluido IGV)



Fuente: Cencosud, Makro, Tottus
Elaboración: CLC

481. El gráfico anterior muestra que Cencosud aplica exactamente el nivel de PVPms de San Fernando (S/ 12.50) el 19 de noviembre, lo que da cuenta de su adhesión a la regla de cumplir con el PVPms. Asimismo, en el gráfico se puede ver como Tottus también se pliega exactamente al PVPms de S/ 12.50 a partir del 23 de noviembre, lo que da cuenta de su adhesión a la regla, de forma similar a su comportamiento en años anteriores. En el caso de Makro, esta empresa aplica exactamente el nivel de PVPms establecido por San Fernando a partir del 28 de noviembre.
482. Aunque la evidencia recabada muestra, de manera directa y en distintas oportunidades, el compromiso de Makro, Cencosud y Supesa para cumplir con la regla en torno al PVPms, no sucede así con Tottus, por lo cual se requiere un análisis conjunto de la evidencia disponible para llegar a una conclusión sobre su participación en la conducta en la campaña navideña 2013.
483. Así, como se ha analizado, en los correos CEN-13, MAK-08, MAK-09, MAK-12, MAK-16 y MAK-17, se aprecian diversas afirmaciones en relación con la vigencia del alineamiento entre el conjunto de autoservicios para respetar el PVPms. En el correo CEN-12 San Fernando afirma "con el objetivo de tener una campaña ordenada y con rentabilidad para el Pavo entero San Fernando en todo el canal AASS, San Fernando desea evitar la generación de una guerra de precios entre cadenas, por lo cual el precio público mínimo a publicar en los encartes o internas debe de ser **S/ 12.50 (...)**". En el correo MAK-08, San Fernando comunica a Makro sobre el PVPms señalando que este era de aplicación por parte del conjunto de autoservicios ("todas las cadenas



de AASS") para "evitar la generación de una guerra de precios entre cadenas". Asimismo, en el correo MAK-09, San Fernando comunica a Makro del compromiso del resto de autoservicios con la regla ("las otras cadenas están alineadas") con el objetivo de restringir la competencia ("para no generar la guerra de precios") y, en el correo MAK-12, ante un presunto incumplimiento por parte de Makro, le señala: "(...) lo más probable es que esto desate la guerra de precios cosa que queremos evitar a toda costa entre las cadenas (...)". De igual manera, en los correos MAK-16 y MAK-17, ante un reclamo de Supesa por los precios de Makro, San Fernando le dice a esta última que su incumplimiento del PVPms "generará la guerra de precios entre cadenas lo cual es lamentable".

484. Todas estas afirmaciones, aunque contenidas en correos electrónicos cursados entre agentes económicos distintos a Tottus, tienen referencias transversales sobre el funcionamiento del mercado en la campaña navideña 2013, las mismas que señalan claramente una aplicación de la regla por el conjunto de autoservicios, incluyendo a Tottus. Todo ello, bajo la supervisión de San Fernando, como se evidencia del correo MAK-15, en el cual el proveedor reconoce que brindó lineamientos y directivas para restringir la competencia y "evitar la guerra de precios". Adicionalmente, como ya ha sido analizado en la campaña navideña 2011, la expresión "guerra de precios" y el objetivo de evitarla es coherente con un escenario colusorio.
485. En la misma línea, los correos CEN-14, SUP-09 y SUP-11, muestran indicios de la participación de Tottus del acuerdo investigado. Así, el cuadro adjunto en el correo CEN-14 permite apreciar que el PVP del pavo San Fernando en las cadenas competidoras, incluyendo a Tottus, era de S/. 12.50. Por su parte, en el correo SUP-09 Supesa identifica que Tottus estaba incumpliendo el PVPms con una publicidad que mostraba un 20% de descuento en pavos todos los jueves, reclamándole por ello a San Fernando ("Tottus no está cumpliendo el pacto"), solicitándole tomar acciones ("Que acciones se van a tomar?" "¿se va a cortar el despacho a Tottus?") y condicionando su propio cumplimiento de la regla a que Tottus también lo hiciera ("Nos vemos en la obligación de responder"). En particular, este último correo es indicativo del entendimiento de los autoservicios sobre que Tottus se había comprometido con el cumplimiento de la regla y formaba parte del acuerdo investigado ("el pacto"). En efecto, en la entrevista realizada al señor Rodrigo Vásquez-Mejía, este confirmó que el referido reclamo de Supesa y la referencia al "pacto" significaba que Tottus no estaba respetando el PVPms establecido por el proveedor¹⁹².

¹⁹² Entrevista al señor Rodrigo Vásquez-Mejía del 1 de junio de 2021:

Dirección: "En este en particular, nos llamaba la atención que es un funcionario de Supermercados Peruanos el que afirma 'vemos que a Tottus no le interesa el pacto', ahí parece que el pacto involucra a un competidor que es Tottus".

Rodrigo Vásquez: "El pacto era básicamente una condición, es la condición, y utiliza la palabra pacto porque antes ya el señor Buttiglione la había utilizado, pero ahí lo que está diciendo es a Tottus, Tottus no está respetando o no está siguiendo la condición (...) la condición que tu ejerces sobre todos no es igual para todos, [a Tottus] no le interesa la condición del precio sugerido".



486. Dicha evidencia documental debe ser interpretada en conjunto con la evolución de los precios de Tottus. Como se ha mencionado líneas arriba, Tottus mostraba precios disímiles en noviembre; sin embargo, hacia finales de ese mes (23 de noviembre) se alinea en torno al PVP de S/. 12.50, lo que demuestra su reconocimiento implícito de la regla. Dicho patrón de precios es además concordante con el que ha verificado en las campañas anteriores. Todo ello permite a esta Comisión señalar que Tottus se encontraba comprometida con la aplicación de la regla, por lo que este órgano colegiado concluye que Tottus fue partícipe de la práctica colusoria horizontal en la presente campaña navideña 2013.

487. En conclusión, Cencosud, Makro, Supesa, y Tottus incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional en la campaña navideña 2013, contando con la participación de San Fernando como facilitador del cártel.

488. El PVPms del pavo entero San Fernando por kilo para la campaña navideña 2013 fue S/. 12.50. Cencosud, Makro, Supesa, y Tottus tomaron acciones, bajo la forma de reclamos, el condicionamiento del cumplimiento de la regla al cumplimiento de la misma por otros competidores, la aceptación del cumplimiento de la regla o el alineamiento de sus precios con ese PVPms, para respetar dicho nivel de precios. Por su parte, el proveedor San Fernando ejerció un rol de supervisión para que los precios del conjunto de autoservicios respetaran la regla.

6.2.6 Campaña navideña 2015

489. En el correo CEN-15 del 9 de noviembre de 2015, Pilar Córdova, Jefe de Categoría Aves Comercial Percibiles de Cencosud, consulta a Maribel Pinedo de San Fernando lo siguiente: "*confírmame precio de pavo San Fernando*", obteniendo como respuesta: "*Te confirmo PVP sugerido S/. 11.50 pavo campaña*".

490. Asimismo, en el correo SUP-12, del 23 de noviembre de 2015 a las 10:50 horas, se aprecia que Supesa advierte a San Fernando lo siguiente:

*"Estamos considerando salir con el precio del Pavo San Fernando a S/. 11.50 x Kg. **Esperamos que el resto de cadenas respeten el precio indicado, de lo contrario manejaremos el precio según creamos conveniente.** Es importante indicar que el precio del Pavo Redondos será de S/. 10.35 (S/1.15 menor al de San Fernando), en campañas pasadas la diferencia ha sido de 1 sol ... revisarlo. Favor de validar la información y cualquier observación hacernos llegar a la brevedad ya que estamos cerrando hoy los precios que van a ser publicado en los encartes."*

[Énfasis agregado]

491. Ante esta advertencia, San Fernando respondió el 24 de noviembre a las 17:41 horas:

*"**Efectivamente el precio pactado con todo el canal ha sido de S/. 11.50 x kg.** y estamos gestionando para que éste se respete, por lo que es necesario que su publicación sea considerando éste. Entiendo que el PVP de Redondos sea menor y es*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

parte del posicionamiento que MKTG le está dando a nuestra marca. Estamos en contacto."

[Énfasis agregado]

492. El mismo día a las 19:00 horas Supesa respondió: *"Por nuestra parte estaremos respetando el precio acordado de S/.11.50 x Kg"*.

493. De estos correos se puede apreciar que el PVPms para la campaña navideña 2015 de venta de pavo entero San Fernando fue S/ 11.50. Adicionalmente, el correo SUP-12 revela que Supesa manifestó su expectativa de que el conjunto de autoservicios cumpliera con la regla y respetara el PVPms de S/.11.50 (*"Esperamos que el resto de cadenas respeten el precio indicado"*), condicionando su cumplimiento de la regla a que las cadenas competidoras también lo hicieran, caso contrario se desviaría del PVPms (*"manejaremos el precio según creamos conveniente"*). Asimismo, se observa que San Fernando accede a lo indicado por Supesa manifestando que *"el precio pactado con todo el canal ha sido de S/. 11.50 x kg"*, lo cual da cuenta del compromiso del conjunto de autoservicios con la regla y del rol de supervisión que cumple el proveedor para velar por el respeto del PVPms (*estamos gestionando para que éste se respete*). Finalmente, existe una aceptación expresa de Supesa sobre su cumplimiento de la regla: *"estaremos respetando el precio acordado de S/ 11.50"*.

494. En los correos SUP-13 y SUP-14, se observa que el 20 de diciembre de 2015 a las 12:23 horas, Supesa reclama a San Fernando y adjunta una fotografía de un pavo marca San Fernando en Metro (Cencosud), señalando lo siguiente:

"Hemos observado que Metro no ha cumplido con el precio sugerido, está saliendo a S/.10.99 como precio de Lista. ¿Qué ha pasado? Espero tu comentario a la brevedad."

495. Ese mismo día y a las 13:18 horas, Supesa comunica a San Fernando:

"Esto es inaceptable. Nosotros hemos publicado el precio de lista sugerido por San Fernando, sin embargo ambos supermercados, Metro y Tottus, no lo han respetado. Vamos a igualar los precios de nuestra competencia y el diferencial perdido será cobrado a San Fernando."

496. En los correos SUP-13 y SUP-14, se observa un reclamo de Supesa a San Fernando debido a que Cencosud y Tottus colocaron el precio del pavo entero a uno por debajo del PVPms. Así, el reclamo de Supesa por el precio bajo de Cencosud y el cuestionamiento hacia Tottus por el incumplimiento de la regla, ratifican que Supesa se había comprometido al consenso del conjunto de autoservicios para respetar el PVPms, por lo que expresa su disconformidad con que las mencionadas cadenas competidoras no hicieran lo mismo. Al respecto, Supesa manifiesta a San Fernando que, debido al incumplimiento de la regla por parte de Cencosud y Tottus, igualarán los precios de dichas cadenas por debajo del PVPms, es decir, Supesa condiciona su cumplimiento de la regla a que sus competidores actúen de la misma forma.



PERÚ

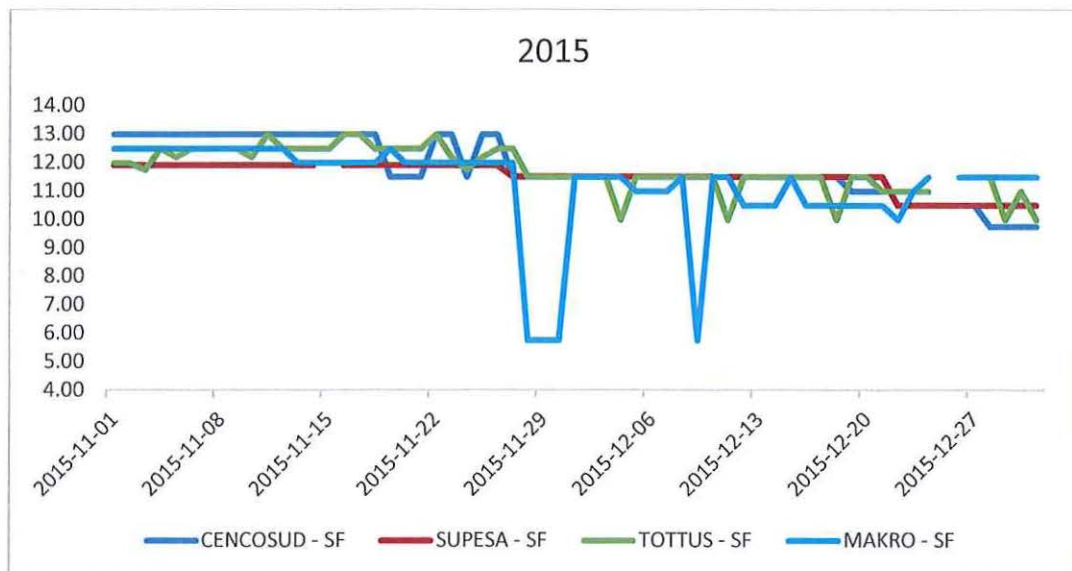
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

497. Aunque la evidencia documental correspondiente a esta campaña no resulta tan diversa como en años anteriores, esta Comisión ha detectado patrones similares a años previos y que indican que nos encontramos nuevamente ante un escenario colusorio. En particular, esta conclusión se desprende de las afirmaciones de San Fernando respecto de la aceptación del canal moderno en participar en la práctica colusoria horizontal investigada.
498. Por ejemplo, en el correo SUP-12, San Fernando afirma enfáticamente que *“el precio pactado con todo el canal ha sido S/ 11.50 x kg [por kilo]”*. La expresión *“con todo el canal”* da cuenta de un alineamiento por parte de los autoservicios investigados para aplicar la regla y respetar el PVPms de S/ 11.50.
499. Este tipo de afirmaciones son similares a las que se han hallado en campañas navideñas anteriores, por ejemplo, en los correos SF-06 y SF-07 de la campaña navideña 2011 (correos internos de San Fernando en donde se afirma la estrategia de tener el mismo precio en los distintos autoservicios), el correo MAK-03 de la campaña navideña 2012 (San Fernando afirma a Makro que el PVPms es para todo el canal moderno) o el correo CEN-13 de la campaña navideña 2013 (San Fernando indica a Cencosud que, para evitar una guerra de precios y tener una campaña ordenada y rentable en todo el canal de autoservicios, se debe aplicar el PVPms).
500. En tal sentido, esta Comisión considera que las expresiones de San Fernando en el correo SUP-12 sobre la aplicación del PVPms en todo el canal y, adicionalmente, a lo que esta empresa añade sobre su propia labor de gestión para que dicho precio se respete (*“estamos gestionando para que éste se respete”*), son evidencia de que el conjunto de autoservicios en esta campaña navideña 2015 (al igual que en campañas anteriores) estaban en pleno conocimiento de la aplicación de la práctica colusoria horizontal que involucraba el respeto del PVPms, teniendo a San Fernando como supervisor del acuerdo.
501. Lo anterior es corroborado además con las declaraciones de ex – funcionarios de Supesa, quienes informaron que los autoservicios poseían el conocimiento brindado por San Fernando de que se habían hecho coordinaciones con el conjunto de supermercados para el respeto del PVPms¹⁹³. Supesa también ha señalado, en su escrito del 31 de agosto de 2021, que era un conocimiento compartido el que San Fernando coordinaba con el conjunto de autoservicios para la aplicación del PVPms *“por lo que se esperaba el respeto por parte del conjunto”*.
502. En el Gráfico 11 se presenta la evolución de los precios del pavo entero San Fernando de Cencosud, Makro, Supesa y Tottus, entre noviembre y diciembre de 2015.

¹⁹³ Entrevista al señor Ricardo Solís del 2 de agosto de 2021 (minuto 42:15).

Gráfico 11
Precios de pavo entero – San Fernando 2015
(soles por kilo a nivel nacional incluido IGV)



Fuente: Cencosud, Makro, Supesa, Tottus
Elaboración: CLC

503. Del gráfico anterior se puede identificar un movimiento de los precios singular puesto que Cencosud y Supesa ubican su PVP en torno al PVPms (Cencosud a S/ 11.49 y Supesa a S/ 11.50) en la misma fecha (27 de noviembre) mientras que Tottus lo hace un día después (S/ 11.49 a partir del 28 de noviembre). Makro se pliega al cumplimiento de la regla el 1 de diciembre.
504. La convergencia de los precios de Cencosud, Makro, Supesa y Tottus en torno al PVP en fechas cercanas es, a criterio de esta Comisión, evidencia de un acuerdo para el cumplimiento de la regla en la campaña navideña 2015. Esta conclusión guarda sintonía con las afirmaciones de San Fernando contenidas en el correo SUP-12 y referidas a que “el precio pactado con todo el canal” había sido S/ 11.50.
505. En su escrito del 2 de diciembre de 2015, Cencosud alegó que el correo SUP-13 acredita que no participó en el acuerdo, puesto que se aprecia el reclamo de Supesa por el precio bajo de Cencosud y la afirmación de que Cencosud (“Metro”) no había respetado el PVPms. Al respecto, esta Comisión considera que una lectura adecuada del correo electrónico en mención requiere la consideración de la fecha en la que fue emitido, puesto que se trata de un correo del 20 de diciembre de 2015. No obstante, como se desprende de la información económica contenida en el Gráfico 10, para esa fecha Cencosud ya se había desviado del cumplimiento del PVPms; sin embargo, sí había cumplido con él desde el 27 de noviembre hasta el 18 de diciembre de 2015.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

506. En relación con el análisis de la evidencia disponible para la presente campaña navideña realizada por la Dirección en su Informe Técnico, Tottus ha cuestionado que la Dirección habría considerado el solo paralelismo de precios como prueba suficiente para acreditar su participación en la práctica colusoria horizontal investigada, lo que sería contrario a pronunciamientos previos sobre la materia tanto de la Comisión como de la Sala.
507. Sobre este alegato, esta Comisión considera que, como se evidencia del análisis realizado, el paralelismo de precios no es el único medio probatorio que sirve para determinar la responsabilidad de Tottus en esta campaña. Por el contrario, son los correos electrónicos que evidencian un conocimiento conjunto de los autoservicios y la voluntad de estos de cumplir con la regla, lo cual se desprende de las afirmaciones de San Fernando antes reseñadas, lo que, junto con la constatación de que ello resulta similar a lo ocurrido en años anteriores y la confirmación, por parte de ex funcionarios de Supesa y la propia Supesa, de que todo ello corresponde a un escenario colusorio, lo que lleva a esta Comisión a concluir que todos los autoservicios investigados estuvieron involucrados en la fijación de precios para la comercialización de pavo entero en el año 2015.
508. Por otro lado, en su escrito del 26 de enero de 2021, Tottus señaló que la Dirección no había tenido en cuenta como conraindicio un correo del año 2015 recabado durante la investigación preliminar, en el cual, ante el pedido de San Fernando para que bajara el precio de su marca propia (Precio Uno) porque estaba perdiendo margen, respondió a dicho proveedor que su empresa mantenía una política de respeto a la libre competencia en virtud de la cual fijaba de manera independiente sus precios y estrategias de márgenes. A su entender, ello desacreditaría la existencia de una práctica colusoria horizontal y demostraría la independencia de la política de Tottus durante el periodo materia de investigación.
509. Al respecto, cabe precisar que dicha comunicación no puede ser considerada como un conraindicio de la existencia del acuerdo para la fijación de precios del pavo entero San Fernando en la medida que se refiere a un producto de una marca distinta (pavo Precio Uno). Además, en el conjunto de correos electrónicos calificados como medios de prueba, esta Comisión no ha hallado ninguna referencia a una declaración similar, por parte de Tottus, respecto de los precios aplicados al pavo entero San Fernando.
510. Por el contrario, lo que sí ha podido constatar es un cambio en el patrón de comportamiento de los precios que Tottus aplicó desde el 28 de noviembre de 2015, pues desde esta fecha hasta el 20 de diciembre (con excepción de los días 4, 11 y 18 de diciembre) y luego desde el 26 al 28 de diciembre, esta empresa fijó sus precios en S/ 11.49, es decir, a solo un céntimo del PVPms comunicado por el proveedor. Ello, a todas luces, que demuestra una manifestación de su aceptación a la regla aplicada por el conjunto de autoservicios de mantener el PVPms establecido por San Fernando.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

511. Respecto del rol que se le imputó como facilitador, en su escrito del 26 de enero de 2021 San Fernando señaló que la evidencia documental del año 2015 no refleja que hubiera tenido conocimiento o realizado acciones para supervisar el cumplimiento del PVPms. Sin embargo, esta afirmación no es coherente con lo que se aprecia no solo de los correos correspondientes a esta campaña, sino también en los correos de las campañas navideñas anteriores, pues en todos ellos se observa cómo San Fernando desempeñó una labor de facilitador del acuerdo colusorio investigado

En la campaña navideña que nos ocupa, el correo SUP-12 revela directamente tal rol de facilitador, pues ante el condicionamiento de Supesa del cumplimiento de PVPms a que el resto de los autoservicios también lo haga, San Fernando señala a dicho autoservicio que *"Efectivamente el precio pactado con todo el canal ha sido de S/. 11.50 x kg. y estamos gestionando para que éste se respete"*. En consecuencia, no es posible que San Fernando alegue un desconocimiento o ausencia de participación en el consenso entre los autoservicios para respetar el PVPms, cuando el correo SUP-12 reconoce expresamente la existencia de un "precio pactado" entre los autoservicios para la campaña navideña de 2015 y señala que realizará acciones o gestiones para que este se cumpla.

512. Además, la existencia de un consenso entre el conjunto de autoservicios en las campañas navideñas anteriormente analizadas fue posible, en todos los casos, gracias a la participación de San Fernando en su rol de supervisión del cumplimiento de la regla, tal como se evidencia en las comunicaciones descritas de las campañas anteriores. En ese sentido, la existencia de un acuerdo entre los autoservicios para el cumplimiento del PVPms durante la campaña navideña del año 2015 fue posible, al igual que en años anteriores, debido al rol que cumplió San Fernando en la supervisión de la regla.
513. En conclusión, Cencosud, Makro, Supesa y Tottus realizaron una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional en la campaña navideña 2015, contando con la participación de San Fernando como facilitador del cártel.
514. El PVPms del pavo entero San Fernando por kilo para la campaña navideña 2015 fue S/ 11.50. Al igual que en las campañas navideñas anteriores, Cencosud, Makro, Supesa y Tottus consensuaron respetar dicho nivel de precios. Por su parte, el proveedor San Fernando ejerció un rol de supervisión para que los precios del conjunto de autoservicios respetaran el PVPms establecido.

6.2.7 Campaña navideña 2016

515. Los medios probatorios documentales que evidencian una práctica colusoria horizontal en la venta de pavo San Fernando en la campaña navideña 2016 son dos: los correos SF-12 y CEN-17.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

516. El correo SF-12 del 18 de agosto de 2016 muestra una coordinación interna de San Fernando acerca de la intención de Ludimarc de iniciar las negociaciones para la campaña navideña de venta de pavo del 2016. En relación con ello, Jessica Fox de San Fernando hace mención a un precio de S/. 11.50, el cual corresponde a una referencia temprana al PVPms para la venta de pavos San Fernando en dicha campaña.

517. Por otro lado, en el correo CEN-17, el 21 de octubre de 2016 a las 19:34 horas, en el contexto de una coordinación sobre pedidos de pechugas de pavos entre Pilar Córdova, Jefe de Categoría Comercial Perecibles de Cencosud y Maribel Pinedo Zagal, Supervisor del Canal de Venta Autoservicios de San Fernando, esta última señala:

"con respecto a la propuesta de precios escalonados que se están trabajando para este año, es para incentivar la compra de un mayor volumen, es decir mayor mg para la cadena, se ha revisado en interna y para no crear guerra entre los AASS [autoservicios], se está manejando como todos los años el PVP, vamos a estar monitoreando los PVP igual que como se hace con el pavo, por lo que las condiciones de compra son las mismas: No devolución."

[Énfasis agregado]

518. Si bien esta conversación se dio a propósito de una coordinación sobre la venta de pechugas de pavo y no de pavo entero, en la cita referida se afirma que, para el caso de las pechugas de pavo, *"para no crear guerra entre los AASS, se está manejando como todos los años el PVP"* y agregando *"vamos a estar monitoreando los PVP igual que como se hace con el pavo"*.

519. Tales extractos del correo CEN-17 son reveladores, pues coinciden con dos hechos que ya se han observado al analizar las campañas anteriores. En primer lugar, se menciona que la utilización o manejo de los PVP se hace para no generar "guerras de precios" entre los autoservicios, que como se ha visto en el caso de años anteriores, fue la motivación para establecer y hacer cumplir la regla sobre los PVPms.

520. En segundo lugar, en el correo CEN-17 se reconoce que en el mercado de pavo entero San Fernando cumple una función de supervisor del PVP, aspecto que, junto con el deseo de no generar una "guerra de precios", indica que esta gestión realizada por San Fernando tenía como finalidad el cumplimiento de la regla del PVPms por el conjunto de autoservicios. Es de destacar también la afirmación respecto de que el manejo del PVP se hacía todos los años, lo cual es coherente con la hipótesis anticompetitiva que ha sido explicada en las campañas anteriores.

521. Por lo demás, para esta Comisión el correo CEN-17 contiene un dato relevante que permite sustentar que, al igual que en años anteriores, nos encontramos ante un escenario de colusión entre competidores. En efecto, como ya ha sido indicado, esta comunicación es remitida por Maribel Pinedo Zagal, Supervisor del Canal de Venta



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

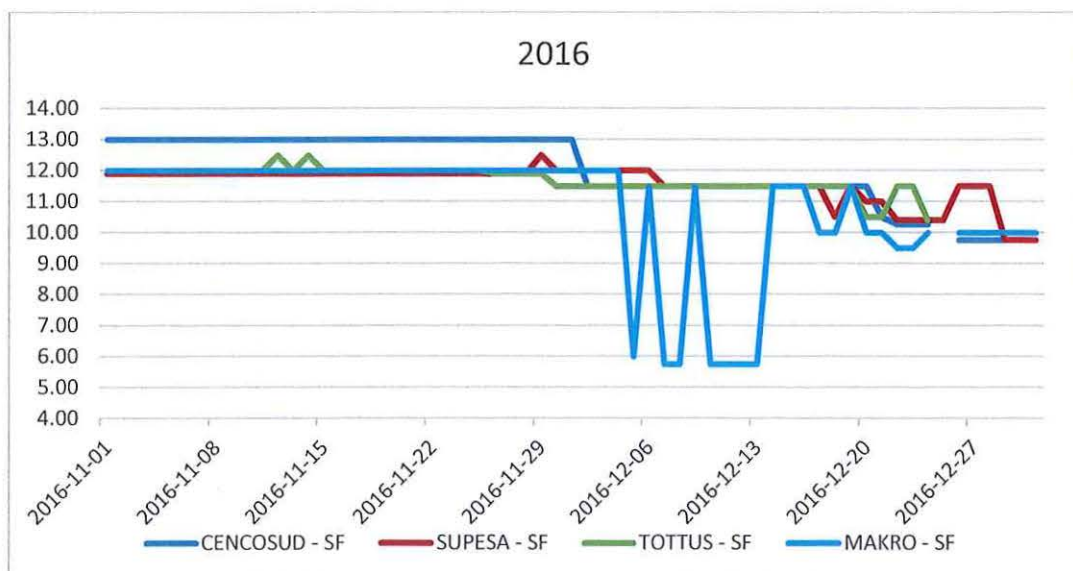
INDECOPI

Autoservicios de San Fernando, quien también aparece como remitente en el correo CEN-13, correspondiente a la campaña navideña 2013. En ambos correos, se hace referencia a la necesidad de evitar una “guerra de precios” y, por ello, que los autoservicios cumplieran con respetar un PVPms determinado.

522. Entonces, para esta Comisión, el pedido de Maribel Pinedo Zagal en el correo CEN-17 no es más que una continuación de una práctica colusoria horizontal que ha sido acreditada no solo en el año 2013 (en relación con el correo CEN-13), si no en todo el período imputado. En otras palabras, el correo CEN-17 revela que, para el año 2016, continuaba en práctica el respeto a una PVPms por parte de los autoservicios para la comercialización de pavo entero San Fernando, pues, como se aprecia, los términos utilizados en los correos CEN-13 y CEN-17 para las campañas navideñas 2013 y 2016 son similares y tuvieron como objetivo el evitar una “guerra de precios” entre el conjunto de autoservicios a través del respeto al PVPms comunicado por San Fernando. Como consecuencia, esta Comisión también estima que el monitoreo al cual hace referencia San Fernando en el correo CEN-17 es el mismo que ha sido realizado en las campañas navideñas anteriores para el respeto del PVPms del pavo entero San Fernando.

523. Todo ello guarda relación con lo que se puede observar en la evolución de los precios de venta de pavo entero San Fernando aplicados por Cencosud, Makro, Supesa y Tottus, entre noviembre y diciembre de 2016, tal como presenta en el Gráfico 12:

Gráfico 12
Precios de pavo entero – San Fernando 2016
(soles por kilo a nivel nacional incluido IGV)



Fuente: Cencosud, Makro, Supesa, Tottus
Elaboración: CLC



524. En el Gráfico 11 se puede verificar una convergencia de los precios aplicados por Cencosud, Supesa y Tottus alrededor del PVPms de S/ 11.50, mas ello no sucede con Makro, empresa que exhibe un comportamiento de precios atípico respecto de los años anteriores, en los que se verificó su participación en la conducta anticompetitiva investigada.
525. Efectivamente, el primero en ubicarse en torno al PVPms de S/ 11.50 es Tottus, que se establece en 11.49 el 30 de noviembre. Dos días después hace lo propio Cencosud y finalmente, el 7 de diciembre, se acopla Supesa. Este comportamiento convergente en torno al PVPms de San Fernando es el mismo que se aprecia en años anteriores.
526. En el caso de Makro, la data económica muestra que, después de varios días aplicando descuentos significativos en el precio del pavo entero, sí se estabiliza en el nivel de S/ 11.49. Sin embargo, ello sucede en un momento que resulta tardío para asociarlo con la práctica anticompetitiva detectada, pues ocurre a partir del 14 de diciembre, a diferencia de años anteriores en los que el alineamiento se produce en los últimos días de noviembre o primeros de diciembre. Por ende, este alineamiento de precios resulta atípico en relación con lo que se ha evidenciado en las campañas previas y en las que la hipótesis anticompetitiva ha sido demostrada. Es por este motivo que esta Comisión considera que no es posible acreditar la participación de Makro en el acuerdo para la campaña navideña 2016.
527. En su escrito del 2 de diciembre de 2021, Cencosud cuestionó la validez del correo CEN-17 por referirse a otro producto distinto al analizado en el presente procedimiento (pechuga de pavo). No obstante, como se aprecia de una lectura adecuada del correo CEN-17, este sí se refiere al producto investigado (pavo entero), puesto que en él existe una referencia expresa a que aquellas condiciones bajo las cuáles se llevaba a cabo la venta de pechugas de pavo son las mismas que las que se aplican para el pavo entero ("vamos a estar monitoreando los PVP igual que como se hace con el pavo"). En consecuencia, esta Comisión discrepa de lo alegado por Cencosud.
528. Por su parte, en su escrito del 26 de enero de 2021, Tottus señaló que la Dirección no había tenido en cuenta como un contraindicio un correo del año 2016 recabado durante la investigación preliminar, en donde Redondos indica a Tottus que tenía muy bajo el precio del pavo Redondos y de su marca propia (Precio Uno) pese a que en dicho "momento no era necesario hacerlo", a lo cual Tottus responde rechazando el intento de Redondos de que suba sus precios. A su entender, ello desacreditaría la existencia de una práctica colusoria horizontal y demostraría la independencia de la política de Tottus durante el periodo materia de investigación.
529. Sobre este alegato, cabe reiterar lo que ha sido comentado respecto de un alegato similar de Tottus en la campaña navideña 2015: (i) dicha comunicación no puede ser considerada como un contraindicio de la existencia del acuerdo pues se refiere a un producto de una marca distinta (pavo Precio Uno), (ii) en el conjunto de correos electrónicos calificados como medios de prueba, esta Comisión no ha hallado



referencia de una declaración equivalente, por parte de Tottus, respecto de los precios aplicados al pavo entero San Fernando y (iii) se ha constatado que Tottus modificó el comportamiento de sus precios en torno al PVPms de San Fernando, pues desde el 30 de noviembre de 2016 hasta el 23 de diciembre de 2016 (con excepción de los días 20 y 21 de diciembre) aplicó un precio de S/ 11.49. Por ende, esta Comisión no acepta el alegato presentado por Tottus.

530. En conclusión, Cencosud, Supesa y Tottus realizaron una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero a nivel nacional en la campaña navideña 2016, contando con la participación de San Fernando como facilitador del cártel. Esta labor de coordinación se aprecia en el correo CEN-17, en el que dicho proveedor señala que *"para no crear guerra entre los AASS, se está manejando como todos los años el PVP, vamos a estar monitoreando los PVP igual que como se hace con el pavo"*.

531. El PVPms del pavo entero San Fernando por kilo para la campaña navideña 2016 fue S/ 11.50. Al igual que en las campañas navideñas anteriores y como parte de una infracción continuada que data desde el 2009, Cencosud, Supesa y Tottus consensuaron respetar dicho nivel de precios, como se colige del análisis de la evidencia económica. Por su parte, el proveedor San Fernando ejerció un rol de supervisión para que los precios del conjunto de autoservicios se mantengan respetando el PVPms para dicha campaña navideña, tal como lo hizo para las campañas navideñas anteriores.

6.3 Carácter continuado de la infracción vinculada con la comercialización de pavo entero San Fernando y análisis de los argumentos sobre prescripción

532. En la presente sección, la Comisión analizará los argumentos de las empresas investigadas dirigidos a cuestionar la naturaleza continuada de la infracción investigada en el presente caso y, por extensión, aquellos vinculados con el inicio del cómputo del plazo de prescripción aplicable a dicha infracción.

6.3.1 Inicio del cómputo del plazo de prescripción de las conductas materia de imputación

533. En sus alegatos al Informe Técnico, Cencosud¹⁹⁴ argumentó que la conducta consistente en un acuerdo en la modalidad de fijación concertada de precios constituye una infracción instantánea con efectos permanentes en el tiempo, por lo que el cómputo del plazo de prescripción debería de iniciarse en el momento inicial en que se realizó la conducta anticompetitiva. Además, señaló que esta calificación no fue desvirtuada por la Dirección en el Informe Técnico, limitándose a explicar los motivos por los que la conducta imputada sí se configuraba como una infracción continuada, sin tener en cuenta que este tipo de infracciones se encuentran compuestas también por infracciones individuales.

¹⁹⁴ En su escrito del 2 de diciembre de 2021.



534. A criterio de la Comisión, dicho argumento carece de asidero fáctico y jurídico, toda vez que, en los términos en que fue formulada la imputación en contra de las investigadas –un conjunto de coordinaciones enmarcadas en un acuerdo para fijar precios–, la conducta imputada no se trataría de una infracción instantánea, sino de una infracción continuada.
535. Al respecto, conforme al TUO de la LPAG¹⁹⁵, las infracciones instantáneas con efectos permanentes –también conocidas como infracciones de estado– si bien se consuman en un momento determinado, producen un efecto antijurídico que perdura en el tiempo. Por ello, el plazo de prescripción se cuenta desde su consumación, pese a que los efectos antijurídicos perduren en el tiempo¹⁹⁶. Así, según lo señalado por Baca Oneto, “*aunque los efectos de la conducta infractora sean duraderos y permanezcan en el tiempo, la consumación de ésta es instantánea, por lo que es a partir de este momento en que debe contarse el plazo de prescripción*”¹⁹⁷.
536. En contraste, las infracciones continuadas¹⁹⁸ se definen como aquellas en las que un conjunto de conductas –cada una de las cuales puede constituir por sí misma una infracción a la misma norma– se encuentran vinculadas entre sí por responder a una

¹⁹⁵ TUO de la LPAG

Artículo 252.- Prescripción

252.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes (...)

¹⁹⁶ Como señala De Palma del Teso, se trata de una infracción que crea un estado antijurídico duradero, pero que se consume en el mismo momento que se produce aquella situación antijurídica. DE PALMA DEL TESO, Ángeles. “Las Infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Año 2001, Número 112, p. 558.

Disponible en:
https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_palma_del_teso_clases_de_infracciones.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹⁹⁷ BACA ONETO, Víctor Sebastián. “*La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General* (En especial, Análisis de los Supuestos de Infracciones Permanentes y Continuadas)”. En: *Derecho & Sociedad*. Año 2011, Número 37, p. 268. Disponible en:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13178/13791> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

¹⁹⁸ “**Infracciones continuadas.** – Son aquellas infracciones en las que se realizan varias acciones u omisiones -cada una de las cuales constituye por separado una infracción (...)– que infringen el mismo precepto o preceptos de similar naturaleza (homogeneidad de la norma violada o del bien jurídico lesionado), dentro de un proceso unitario, actuando el autor de forma perdurable y constante (con voluntad duradera), en el marco de un plan preconcebido, debiendo presentar una conexión espacio-temporal. (...) [L]o determinante es determinar la unidad de hecho, a través de la repetición de una misma acción típica guiada por un propósito único, la cual debe repetirse en un breve periodo de tiempo y de forma sucesiva. En esta clase de infracciones, la prescripción se cuenta desde la última acción u omisión constitutiva de infracción, mediante la cual se consumaría el proceso unitario”. CORTEZ JARA, Luis, *La diferencia entre infracciones instantáneas y permanentes: A propósito de la infracción tipificada en el numeral 66) del artículo 134 del Reglamento de la Ley General de Pesca*, Vox Juris (2019). Disponible en: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2019.v37n2.03> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

"idéntica resolución criminal"¹⁹⁹, esto es, a un plan preconcebido o al aprovechamiento de la misma oportunidad²⁰⁰.

537. Sobre la figura de la infracción continuada, De Palma del Teso sostiene que tiene por objeto superar el mero reconocimiento de la concurrencia de múltiples infracciones, cuando en realidad se evidencia un conjunto de actos, por sí solos ilícitos, que lesionan un mismo bien jurídico y que conforman un proceso continuado unitario²⁰¹. A efectos de configurar dicho carácter unitario, Gallardo Castillo sostiene que es necesario que se reitere de forma sucesiva la misma acción ilícita regida por un propósito único en un determinado periodo de tiempo²⁰².
538. De esta manera, como se explica en la siguiente sección, en el presente caso no se investiga una conducta realizada en un momento inicial cuyos efectos perduraron durante el período investigado, sino un conjunto de instancias de coordinación (cada una de las cuales por sí misma podría haber constituido una infracción a la ley) que se encuentran vinculadas entre sí por responder al mismo plan preconcebido o al aprovechamiento de la misma oportunidad, correspondiendo por lo tanto a una conducta continuada²⁰³. En efecto, esta infracción se ha conformado por un conjunto

¹⁹⁹ Pleno Jurisdiccional Penal Nacional (Ica - 1998)

Acuerdos plenarios

Tema 2: Delitos continuados, delitos permanentes y delitos instantáneos. Modificación de la ley penal en el tiempo y prescripción de la acción.

El Pleno acuerda:

PRIMERO.- Por unanimidad, declarar que los hechos consumados en un solo acto debe reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución.

²⁰⁰ Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI, considerando 152 y ss.: "La Sala también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter continuado de las infracciones en materia de libre competencia. En reiterados pronunciamientos se ha establecido que los requisitos para la configuración de una infracción continuada son los siguientes: (i) pluralidad de realización de conductas, (ii) pluralidad de violaciones a la misma ley o una de similar naturaleza, (iii) proximidad espacial y temporal de los hechos imputados, e (iv) identidad de resolución criminal. (...) Con relación a este último requisito, la Sala ha indicado que la identidad de resolución criminal consiste en que la actuación de los sujetos infractores responda a un mismo plan preconcebido o al aprovechamiento de una idéntica oportunidad, mas no que deba verificarse una plena identidad de sujetos activos durante el periodo de ejecución del cártel".

²⁰¹ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. "Las Infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción". En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Año 20021, Número 112, p. 558. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_palma_del_teso_clases_de_infracciones.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁰² GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica. Madrid: Ed. IUSTEL, 2008, p. 241, citado en la "Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador - Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General" del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobada mediante Resolución Directoral 002-2017-JUS/DGDOJ, de fecha 7 de junio de 2017. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁰³ Ver caso C-441/11 P - *Commission/ Verhuizingen Coppens*, sentencia del 6 de diciembre de 2012, párrafo 41. Este criterio fue establecido previamente en el caso *Anic* (párrafo 81) y reiterado en los casos acumulados C-204/00 P y otros, *Aalborg Portland A/S and Others v. Commission*, (sentencia del 7 de enero de 2004, párrafo 258): "Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE [actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea], apartado 1, puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

de actuaciones que se han repetido de manera continua en cada campaña navideña del periodo investigado, bajo un mismo patrón de características homogéneas y siguiendo un mismo objetivo en común entre 2009 y 2016.

539. Por ello, tratándose de una conducta continuada, conforme al artículo 252.2 del TUO de la LPAG, el plazo de prescripción de la conducta investigada empezará a computarse a partir de la última acción constitutiva de la infracción:

"Artículo 252.- Prescripción

252.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará (...) desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes (...).

[Énfasis agregado]

En estos casos, mientras los presuntos infractores continúen realizando acciones constitutivas de la infracción continuada –es decir, en el marco del mismo plan preconcebido o el aprovechamiento de la misma ocasión–, se considerará que dicha infracción aún no ha cesado.

540. En esa misma línea, debido a que los acuerdos anticompetitivos pueden involucrar múltiples actos en su ejecución²⁰⁴, el artículo 45 del TUO de la LRCA ha previsto que el plazo de prescripción de cinco (5) años aplicable al presente procedimiento inicie recién con la culminación del último acto de ejecución de la conducta infractora²⁰⁵:

"Artículo 45.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa.-

Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado".

[Énfasis agregado]

también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto". [Énfasis agregado]

²⁰⁴ Precisamente, Martínez Sánchez señala que, cuando se cometa una infracción de modo continuado, como el caso de los carteles horizontales que dan lugar a infracciones que se repiten en el tiempo, el cómputo del plazo de prescripción tendrá lugar únicamente en el momento en el que la infracción ha dejado de cometerse. MARTINEZ SÁNCHEZ, Antonio. "Título V: Del Régimen Sancionador". En: "Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia", primera edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2008, página 711.

²⁰⁵ BAÑO LEÓN, José María. Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España S.A., 1996, página 261: "La mayoría de infracciones a la competencia tendrán carácter continuado (...). En este caso, la fecha de comisión de la infracción no puede ser el día inicial, lo que representaría una prima a la prolongación de la conducta ilícita. El cómputo comienza cuando se consuma el último hecho (...)."



541. Por las razones expuestas, esta Comisión concluye que el cómputo del plazo de prescripción aplicable a supuestos de infracciones continuadas como la que es objeto del presente procedimiento, conforme al TUO de la LPAG y en línea con el TUO de la LRCA, deben computarse desde la conclusión del último acto de ejecución de la conducta infractora. En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos formulados sobre el particular por Cencosud.

6.3.2 Carácter continuado de la infracción imputada

542. Las partes imputadas han cuestionado la calificación de conducta continuada de la práctica materia de análisis en el presente caso. Así, Cencosud, mediante escrito del 2 de diciembre de 2021 y del 31 de enero de 2022; y Makro y Tottus, mediante escritos del 6 de diciembre de 2021, negaron que la conducta imputada por la Dirección pueda ser considerada como una de carácter continuado, pues no se verifica el cumplimiento de los criterios de "proximidad temporal y espacial" e "identidad de resolución criminal" establecidos por la Sala para determinar cuándo una conducta es continuada.

543. Como se ha desarrollado en la presente Resolución, esta Comisión ha podido dilucidar que el acuerdo de fijación de precios que implementaron los autoservicios imputados en las campañas navideñas del 2009 al 2016 con la intermediación de San Fernando como facilitador, se caracteriza por la obediencia a un mismo patrón de comportamiento homogéneo en el tiempo, consistente en mecanismos de intercambio de información sobre los PVPms, monitoreos y amenazas, además de un alineamiento de precios uniforme por parte de los autoservicios.

Por ello, como se explica a continuación, esta pluralidad de acciones antijurídicas que presentan una serie de características homogéneas en el tiempo, las cuales obedecen a un mismo objetivo en común –esto es, la restricción a la competencia mediante la fijación concertada de precios del pavo entero– mediante el aprovechamiento de una idéntica oportunidad entre los episodios identificados permite a esta Comisión calificar la infracción investigada como una de naturaleza claramente continuada.

a. Elementos de una infracción continuada sancionable bajo el TUO de la LRCA

544. Considerando los elementos reconocidos por el Derecho Penal para la calificación de delitos continuados²⁰⁶, para el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales²⁰⁷ señalan que deben concurrir

²⁰⁶ El artículo 49 del Código Penal establece que, cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Al respecto, véase HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Grijley. Lima 2000. Asimismo, VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *El Delito Continuo en el Código Penal Peruano*. En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_16.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁰⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General. Navarra: Editorial Arazandi S.A. Segunda Edición. 2010, página 633.



ciertos requisitos objetivos y subjetivos a fin de calificar un ilícito como una infracción continuada. A decir de los citados autores, los requisitos objetivos serían los siguientes: (i) pluralidad de acciones u omisiones; (ii) las diversas infracciones deben contravenir el mismo precepto normativo o uno de similar naturaleza; y, (iii) cierta proximidad espacial y temporal de los hechos imputados.

545. En la misma línea, sobre el carácter continuado de las infracciones en materia de libre competencia, en reiterados pronunciamientos²⁰⁸ la Sala ha establecido que para la configuración de una infracción continuada deben observarse los siguientes requisitos:

- i. **Pluralidad de conductas realizadas.** Debe verificarse la existencia de varias acciones materiales que puedan ser entendidas como una única acción en sentido jurídico.
- ii. **Pluralidad de violaciones a la misma ley o una de similar naturaleza.** Ello presupone que se deben tratar de acciones similares que contravengan la misma o una similar ley. Ello, sin perjuicio de las particularidades que pueda presentar cada una de aquellas acciones y que sean pasibles de ser individualizadas o individualmente consideradas.
- iii. **Proximidad espacial y temporal de los hechos imputados.** Las diversas acciones deben ser realizadas en momentos diferentes pero vinculados en un contexto espacio temporal.
- iv. **Identidad de resolución criminal.** Este requisito hace referencia a la existencia de una determinación del sujeto activo que se propone la ejecución de los diversos actos que conforman la infracción continuada, lo cual responde a la realización de un plan preconcebido o al aprovechamiento de una idéntica oportunidad.

546. En consecuencia, para calificar a una conducta anticompetitiva como una infracción continuada, la Comisión observará que concurren los siguientes requisitos: (i) una pluralidad de conductas; (ii) que estas conductas constituyen violaciones de la misma naturaleza al TUO de la LRCA; (iii) la proximidad espacial y temporal entre estas conductas; y, (iv) que estas responden a una misma identidad de resolución criminal o infractora, esto es, a un mismo plan preconcebido o al aprovechamiento de la misma oportunidad.

Asimismo, los citados autores identifican el criterio de identidad de resolución criminal como el elemento subjetivo de los delitos continuados. Al respecto, ver: GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Navarra: Editorial Arazandi S.A. Tercera Edición. 2013, página 629.

²⁰⁸ Ver Resoluciones 1351-2011/SDC-INDECOPI del 27 de julio de 2011, 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013, 2424-2013/SDC-INDECOPI del 23 de diciembre de 2013, 0460-2016/SDC-INDECOPI del 8 de septiembre de 2016, 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019, 0225-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019, 0171-2020/SDC-INDECOPI del 30 de diciembre de 2020 y Resolución 183-2021/SDC-INDECOPI del 21 de diciembre de 2021.

**b. Verificación del carácter continuado en el presente caso**

547. El presente caso versa sobre un acuerdo de fijación de precios del pavo entero en torno a un PVPms, que se realizaba cada año entre mediados de noviembre e inicios de diciembre durante el periodo comprendido entre los años 2009 y 2016, exceptuando el año 2014.

548. A partir del análisis realizado por esta Comisión, el siguiente cuadro resume los episodios colusorios identificados:

Cuadro 1
Resumen de episodios colusorios

N° de episodio	Campaña navideña	Alcance geográfico	Empresas participantes	Periodo		Proveedor
				Inicio	Fin	
1	2009	Nacional	Cencosud, Makro	16/11/2009	31/12/2009	San Fernando
2	2010	Nacional	Cencosud, Makro, Supesa, Tottus	16/11/2010	31/12/2010	San Fernando
3	2011	Nacional	Cencosud, Makro, Supesa, Tottus	16/11/2011	31/12/2011	San Fernando
4	2012	Nacional	Makro, Supesa, Tottus	16/11/2012	31/12/2012	San Fernando
5	2013	Nacional	Cencosud, Makro, Supesa, Tottus	16/11/2013	31/12/2013	San Fernando
6	2015	Nacional	Cencosud, Makro, Supesa, Tottus	16/11/2015	31/12/2015	San Fernando
7	2016	Nacional	Cencosud, Supesa, Tottus	16/11/2016	31/12/2016	San Fernando

Elaboración: CLC

549. En este cuadro, como periodo para cada campaña navideña, se ha considerado el periodo de afectación potencial de la práctica correspondiente a cada campaña navideña, contando a partir del 16 de noviembre (primer día de la segunda quincena del mes), fecha aproximada en la que los autoservicios comenzaban a ubicarse en torno al PVPms y el 31 de diciembre, fecha de fin de campaña, cuando los autoservicios realizaban sus ventas finales de pavo entero, hasta la campaña del siguiente año. No se ha consignado la campaña navideña correspondiente al año 2014, puesto que dicha campaña no fue materia de la imputación de la Resolución de Inicio para el caso de San Fernando.

▪ **Requisito 1: Pluralidad de conductas realizadas**

550. Respecto del requisito consistente en la pluralidad de acciones, se han identificado y probado una serie de acciones realizadas por las investigadas durante las campañas navideñas del 2009 a 2016 (con excepción de la campaña navideña del 2014), con la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

finalidad de concertar el precio del pavo entero, acciones que han sido presentadas y analizadas en las secciones previas.

551. Cabe señalar que las imputadas no han cuestionado en sus escritos que los citados episodios constituyan una pluralidad de conductas realizadas.

▪ **Requisito 2: Pluralidad de violaciones a la misma Ley**

552. Con relación a la pluralidad de violaciones a la misma ley, se aprecia que los siete episodios identificados representan vulneraciones del mismo tipo al TUO de la LRCA. Como ya se ha analizado, estas violaciones consisten en acuerdos para la fijación de precios en el mercado de comercialización de pavo entero, cada una de las cuales podría ser individualmente calificada como una infracción a los artículos 1 y 11.1 literal a) del TUO de la LRCA, sujeta a una prohibición absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 literal a) de dicha Ley.

553. Por lo tanto, se encuentra acreditado también el cumplimiento de este requisito, que ciertamente tampoco ha sido objeto de cuestionamientos por parte de las imputadas.

▪ **Requisito 3: Identidad de resolución criminal**

554. Cencosud²⁰⁹ ha señalado que no se podría sostener la existencia de una identidad de resolución criminal, en tanto la empresa no habría participado en todos los episodios de coordinación, lo que evidencia que no participó en un plan preconcebido, y tampoco aprovechó idénticas ocasiones. Además, en la medida que los sujetos activos no son siempre los mismos, la empresa señala que no es posible alegar la existencia de identidad de resolución criminal.

555. Sobre este punto, cabe recordar que la Sala ha enfatizado que *“la identidad de resolución criminal consiste en que la actuación de los sujetos infractores responda a un mismo plan preconcebido o al aprovechamiento de una idéntica oportunidad, mas no que deba verificarse una plena identidad de sujetos activos durante el periodo de ejecución del cártel”*²¹⁰. Es decir, para la Sala no corresponde exigir la “identidad de sujetos infractores” en todos los episodios de un cártel como un requisito para verificar el carácter continuado de esta práctica colusoria.

556. Al respecto, particularmente en infracciones complejas que se caracterizan por presentar elementos que no resultan uniformes de manera permanente o que cuentan con una diversidad de variables en su ejecución a lo largo del tiempo, no podría exigirse la participación de todos los agentes en todos los episodios de coordinación, sino que bastará que se acredite que existe conexidad entre tales episodios para verificar la misma resolución criminal.

²⁰⁹ En su escrito del 25 de enero de 2021.

²¹⁰ Véase Resolución 171-2020/SDC-INDECOPI, fundamentos 168 al 175.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Por ello, la no participación de determinada empresa en cada uno de los episodios de un cártel no descarta la existencia de una identidad de resolución criminal. Ciertamente, es común que, durante la vigencia de un cártel, existan desvíos temporales por parte de alguna o varias de las partes. Lo relevante, para efectos de esta determinación, es que los distintos actos cuestionados respondan al mismo plan ilícito preconcebido o el aprovechamiento de una idéntica oportunidad de infringir la norma.

557. Por otro lado, Cencosud²¹¹ ha señalado que el cumplimiento del criterio de la identidad de resolución criminal requiere la invocación de un plan preconcebido, el cual debe apreciarse de forma concreta. Según Cencosud, la Dirección no ha aportado evidencia documental y/o económica que acredite un acuerdo entre autoservicios que tenga por objeto evitar la afectación de sus márgenes de comercialización. Por ello, no existiría una identidad de resolución criminal entre los hechos imputados.
558. Al respecto, esta Comisión considera conveniente señalar que, con independencia del volumen de la evidencia analizada, el análisis holístico de estos medios de prueba da cuenta de que el objeto común que vincularía las actuaciones de Cencosud con el cártel fue adoptar una coordinación de precios del pavo para evitar que la competencia entre autoservicios afecte sus márgenes.
559. En efecto, como se observa en los correos MAK-08, MAK-12, MAK-13, MAK-15, SUP-01, CEN-09 y CEN-13, el objetivo compartido en las actuaciones de los autoservicios fue la coordinación de precios del pavo entero a fin de evitar una “guerra de precios” que afecte sus márgenes de comercialización. Este objetivo común da cuenta del aprovechamiento de una idéntica oportunidad entre los siete episodios identificados. Esta idéntica oportunidad estaba conformada por las características de la conducta y del mercado que ya han sido referidas previamente: el establecimiento de un PVPms por parte del proveedor, la disposición de este para encargarse de las funciones de supervisión de la aplicación de la regla y la demanda estacional de pavo entero en la campaña navideña de cada año, entre otros.
560. En ese sentido, la Comisión considera que el argumento planteado por Cencosud en este extremo carece de asidero.
561. Por otro lado, Tottus²¹² ha señalado que el cumplimiento del criterio de la identidad de la resolución criminal implica la existencia de una serie de hechos que presentan características similares y relacionados entre sí. Sin embargo, a criterio de la empresa, la imputación de la Dirección se sustenta en eventos de características distintas, en donde incluso los periodos en los cuales los supermercados habrían convergido en un precio son distintos cada año. Por ello, no se comprobaría la identidad de resolución criminal entre los hechos imputados.

²¹¹ En sus escritos del 2 de diciembre de 2021 y del 31 de enero de 2022.

²¹² En su escrito del 6 de diciembre de 2021.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

562. Al respecto, habiéndose acreditado la existencia de la práctica investigada durante las campañas navideñas que fueron materia de imputación, el hecho de que los días de convergencia difieran entre campañas o que haya existido un menor o mayor grado de convergencia entre los supermercados, no desacredita la existencia de una identidad de resolución criminal.

563. En efecto, en cada una de dichas campañas se ha evidenciado la existencia del acuerdo entre dos o más autoservicios e, incluso que estos convergieron al PVPms, y que ello sucedió dentro del mismo horizonte temporal comprendido entre el 16 de noviembre y 31 de diciembre de cada año, teniendo en todos los casos el objetivo de evitar una guerra de precios. Por ello, esta Comisión considera acreditado el aprovechamiento de una identidad oportuna, razón por la cual corresponde desestimar las alegaciones planteadas por Tottus en este extremo.

▪ **Requisito 4: proximidad temporal y espacial**

564. Con relación a la proximidad temporal y espacial, Makro²¹³ argumentó que la campaña del 2014 representa un punto de quiebre en la proximidad temporal de los hechos imputados. En particular, sostiene que en atención a que la presunta práctica colusoria imputada por la Dirección se realizaba de manera anual y en las mismas fechas, existía una expectativa razonable que luego de ejecutarla por cinco (5) años –desde el 2009 al 2013–, esta se siga realizando de manera automática en el 2014. Además, Makro resalta que incluso en el 2015 no existen comunicaciones que lo involucren en la conducta y la evidencia documental es cuestionable, mientras que en el 2016 la Dirección determinó su falta de responsabilidad. Acompañan su análisis con un test estadístico que revelaría diferencias en los patrones de precios entre el periodo 2009-2013 y el 2015.

565. No obstante, esta Comisión concuerda con la Dirección en que la ausencia de indicios de la infracción para la campaña navideña 2014 no resulta suficiente para quebrar la proximidad temporal entre las demás campañas navideñas que fueron afectadas por la infracción, en tanto dicha dimensión temporal debe ser evaluada atendiendo a las características del cártel investigado. Así, es importante señalar que ni el ordenamiento jurídico ni la doctrina sobre la materia han establecido, en abstracto, la periodicidad máxima que debe haber entre una y otra actuación para constatar su continuidad²¹⁴.

566. En primer lugar, a fin de evaluar la proximidad temporal y en atención al criterio establecido por la Sala²¹⁵, siendo el investigado un mercado estacional no resulta

²¹³ En sus escritos del 6 de diciembre de 2021 y del 4 de febrero de 2022.

²¹⁴ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen. 5 años en revisión: La Infracción Única y Continuada en el Derecho Español de la Competencia. Disponible en: Anuario de la Competencia 2018, Fundación Ico, páginas 204 y 205, citado en el numeral 113 de Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI

²¹⁵ En las Resoluciones 157-2019/SDC-INDECOPI y 0225-2019/SDC-INDECOPI, la Sala ha referido criterios basados en la jurisprudencia comparada, concretamente, en la sentencia del Tribunal General de Justicia de la Unión Europea del 19



razonable incluir periodos en los que no se presentaban las condiciones especiales que sí existieron en las campañas navideñas. Por ello, el análisis de la proximidad temporal debe realizarse teniendo en cuenta que dicha concertación solo era posible durante la campaña navideña, que para efectos del presente caso ha sido considerada como el periodo comprendido entre el 16 de noviembre y 31 de diciembre de cada año.

- 567. Al respecto, los periodos intermedios entre campaña y campaña, a saber desde el 1 de enero hasta el 15 de noviembre de cada año, son periodos en donde las características del mercado, principalmente referida a una demanda y consumo muy reducidos del pavo entero, determinan que sean periodos poco relevantes para los agentes económicos dedicados a la producción y comercialización del producto pavo entero, puesto que el gran volumen de consumo de pavo entero se ubica hacia finales de año en el marco de las campañas navideñas (demanda estacional), en donde a lo largo del periodo investigado los imputados repitieron un mismo *modus operandi* respecto de la determinación de los precios.
- 568. En tal sentido, el conjunto de campañas navideñas dentro del periodo de investigación (campañas desde el 2009 hasta el 2016) conforman en estricto el ámbito temporal relevante para el presente caso.
- 569. De acuerdo con lo enunciado, en el siguiente gráfico se presentan los periodos en que se ha identificado la existencia de concertación, respecto de los periodos en que se realizaron campañas navideñas entre 2009 y 2016:

Gráfico 13
Periodos navideños con episodios de concertación



Elaboración: CLC

- 570. La totalidad de periodos que han sido considerados como campaña navideña comprenden un total de 368 días, de los cuales un total de 46 días carecen de evidencia de la realización del acuerdo (la campaña navideña correspondiente al año 2014), lo que representa solo un 12.5% de todo el periodo investigado. Así, dicho

de mayo de 2010, en el asunto T-18/05 IMI y otros/Comisión, en donde se señaló que la proximidad temporal no debe ser examinada en abstracto, sino que debe apreciarse en el contexto del funcionamiento de cada práctica colusoria.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

periodo no representaría un quiebre en la continuidad de la práctica colusoria identificada, que de hecho volvió a presentarse en los dos periodos navideños siguientes.

571. En efecto, el espacio que representa el desvío del cumplimiento del acuerdo en la campaña de 2014, dentro del conjunto de campañas navideñas desde 2009 a 2016 representa un desvío menor que es inmediatamente corregido otra vez con el alineamiento de los cuatro autoservicios para la campaña navideña 2015, siendo también que los mismos cuatro agentes habían incurrido en coordinaciones de precios en la campaña navideña 2013. Por ello, la separación entre las campañas navideñas, así como la ausencia de evidencia durante el año 2014 no resultan elementos suficientes para desacreditar la proximidad temporal entre las diversas instancias de coordinación acreditadas.
572. Al respecto, Cencosud²¹⁶ ha indicado que el cumplimiento de este requisito no sería posible en la medida que no se le ha imputado responsabilidad durante dos (2) años de la totalidad de conducta. Así, sostiene que la inexistencia de una práctica anticompetitiva en el 2014, aunada con el hecho de que a Cencosud no se le haya atribuido responsabilidad por el episodio de 2012, permiten descartar la participación de dicha empresa en un 25% de los hechos investigados, motivo suficiente para descartar la proximidad temporal de las conductas cuestionadas.
573. Asimismo, Tottus²¹⁷ ha señalado que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se debe entender que una empresa participó y puede ser hallada responsable en los episodios donde contribuyó con su comportamiento a los objetivos de la práctica o tuvo conocimiento de esta y aceptó los riesgos. Sin embargo, en el presente caso, la participación de Tottus en los correos electrónicos en los cuales remitió o envió alguna comunicación a sus competidores o al proveedor es anterior al 2012. Ello, a criterio de Tottus, desvirtúa la existencia de una proximidad temporal en la infracción que le fue imputada.
574. A su vez, Makro²¹⁸ alega que la Dirección ha optado por presumir la continuidad de una infracción a partir de elementos pasados y descontextualizados. Así, haciendo referencia a una serie de jurisprudencia internacional y nacional, Makro sostiene que no podría considerarse su participación en la campaña navideña del 2015, al no encontrarse evidencia que acredite la continuidad de su participación anterior y posterior al año imputado. Por lo tanto, la empresa concluye que la ausencia de evidencia de su participación en el 2009 al 2013 y su falta de responsabilidad en el acuerdo durante el 2016 son razones suficientes para descartar su participación en la infracción durante los periodos intermedios.

²¹⁶ En sus escritos del 2 de diciembre de 2021 y del 31 de enero de 2022.

²¹⁷ En sus escritos del 6 de diciembre de 2021.

²¹⁸ En su escrito del 6 de diciembre de 2021.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

575. Al respecto, se observa que los alegatos presentados por Cencosud, Tottus y Makro en este extremo se encuentran dirigidos a sostener que no existirían medios de prueba suficientes para acreditar su participación en determinadas campañas navideñas, lo cual a su vez quebraría la proximidad temporal entre los hechos que configuran la infracción continuada imputada.
576. En relación con ello, la Comisión estima pertinente reiterar que la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado sobre la exigencia de acreditar la participación de todos los sujetos activos en cada uno de los acuerdos de una infracción continuada, señalando que esta debe ser entendida de manera dinámica, pues se trataría de una pluralidad de acciones (no siempre uniformes) desarrolladas por diversos sujetos a lo largo del tiempo²¹⁹ y que no requiere probarse la participación de todos los agentes económicos en cada una de las actuaciones que conformaría una práctica colusoria²²⁰.
577. De la misma manera, la Sala ha sostenido en anteriores pronunciamientos²²¹ que la identidad de resolución criminal consiste en que los hechos investigados respondan a la realización de un plan preconcebido o al aprovechamiento de una idéntica oportunidad, y no que los presuntos sujetos infractores sean los mismos durante toda la ejecución de la infracción.
578. En atención a lo expuesto, esta Comisión considera que el hecho de que no se acredite la participación o no se halle responsable a un agente económico en la ejecución de la conducta en campañas navideñas puntuales, no es un motivo suficiente para desvirtuar la cohesión de las actuaciones de Cencosud, Makro, Supesa y Tottus para lograr ejecutar el objetivo común del plan colusorio que se habían trazado cumplir a lo largo del período investigado.
579. De hecho, la jurisprudencia de la Comisión permite observar que la ausencia de un agente económico en determinados episodios de una práctica colusoria sostenida en períodos prolongados no es un escenario atípico²²². En efecto, las partes involucradas pueden desviarse ocasionalmente del cumplimiento del acuerdo anticompetitivo; y continuar con su ejecución una vez superado el desvío, reafirmando con su conducta su adhesión al cártel.

²¹⁹ ABRIL FERNÁNDEZ, Eduardo, RUBIO HERNÁNDEZ-SAMPELAYO, Gonzalo y SÁEZ BASCUÑANA, Mario. *Flexibilización del concepto de infracción única y continuada*, en: *Problemas Prácticos y Actualidad del Derecho de la Competencia*, Madrid: Civitas, 2015, página 53, citada en el numeral 63 de la Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI.

²²⁰ LAMADRID DE PABLO, Alfonso y BALCELLS CARTAGENA, Ana, *La Prueba de los Cártels en Derecho Español*, página 42. Consultado en: https://antitrustlair.files.wordpress.com/2015/02/la-prueba-de-los-cc3a1rteles-en-espac3b1a-lamadrid_balcells.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022). LABRADA, María Luz y DE GUINDOS TALAVERA, Beatriz, *La Infracción Única y Continuada*, en: *Anuario de la Competencia*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2009, página 206., citada en el numeral 63 de la Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI.

²²¹ Al respecto, ver Resoluciones 1167-2013/SDC-INDECOPI, 171-2019/SDC-INDECOPI, 225-2019/SDC-INDECOPI, 171-2020/SDC-INDECOPI y la Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI.

²²² Al respecto, ver Resoluciones 100-2017/CLC-INDECOPI, 030-2018/CLC-INDECOPI, 104-2018/CLC-INDECOPI y 080-2021/CLC-INDECOPI.



580. De esta manera, un análisis holístico de los medios de prueba permite observar la conexión entre los alineamientos de precios en el mercado con las diversas comunicaciones que han sido descritas al analizar cada campaña navideña y que reflejan cómo las empresas imputadas contribuyeron a ejecutar el plan de precios coordinado para evitar una "guerra de precios" en la venta de pavo entero durante el periodo investigado.
581. Finalmente, esta Comisión considera pertinente abordar en particular el argumento de Makro, según el cual la jurisprudencia nacional e internacional habrían establecido la regla consistente en que, para determinar la participación de un sujeto en una infracción continuada, debe acreditarse a través de evidencia su participación en los años anteriores y posteriores al intervalo de tiempo en el que habría participado.
582. Al respecto, de la revisión de la jurisprudencia citada por la imputada, no se ha verificado la existencia de la regla mencionada por Makro. Así, por ejemplo, en la Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019, la Sala analizó si una imputada tuvo una participación en el anterior episodio colusorio, solo si este último y el episodio que le sigue tienen fechas continuas o cercanas. Así, ante la presencia de episodios cercanos en el tiempo, la Sala tomó como indicio que ciertas empresas hayan participado en un episodio anterior, pues ello hacía más factible que también hayan participado en el siguiente episodio.
583. Sin embargo, este análisis no constituye una regla de estándar probatorio en el referido caso. Por el contrario, la Sala establece como estándar de prueba encontrar coherencia entre la evidencia documental y la evidencia económica de precios durante las fechas de los precios coludidos. De hecho, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en la jurisprudencia citada por Makro, sostiene en esta misma línea que *"el hecho de que no todas las empresas estén presentes en todas las conductas concertadas acreditadas no priva de unidad a la infracción"*²²³.
584. Además, es importante señalar que los pronunciamientos invocados por Makro corresponden a conductas con particularidades distintas a las investigadas en el presente caso y en mercados ciertamente diferentes (por ejemplo, comercialización de gas natural vehicular). Por ende, no resulta válido extrapolar la periodicidad de las conductas que se habrían constatado en los casos citados para determinar si en el presente caso existe una proximidad temporal entre los hechos investigados, razón por la cual corresponde desestimar este argumento.
585. De esta manera, las variaciones esporádicas en la identidad de las empresas que habrían participado en los acuerdos para concertar el PVPms del producto de pavo entero en el mercado de venta de pavo entero San Fernando durante las campañas navideñas del 2009 al 2016 no desvirtúa la coherencia de todos estos episodios con un mismo patrón y aprovechamiento de igual oportunidad, hasta la campaña navideña del 2016.

²²³ Expte. S/0316/10 Sobres de Papel, p. 299.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

586. Como se ha señalado, la venta de pavo entero por parte de los autoservicios en el mercado adquiere relevancia en la época de fiestas navideñas, pues es en este contexto de tiempo en particular que los autoservicios esperan un crecimiento estacional de la demanda de pavo entero, lo cual no se repite en otros periodos del año. De esta manera, esta Comisión aprecia que los hechos que comprenden la práctica imputada se desarrollan en un mercado altamente estacional, en el cual la planificación y ejecución de un acuerdo colusorio únicamente adquiriría sentido en los días de las campañas navideñas de cada año.
587. Es por ello que de la evidencia documental y económica se desprende que el *modus operandi* bajo el cual actuaban los agentes imputados consistía en interacciones precisamente comprendidas entre el 16 de noviembre y 31 de diciembre de cada campaña navideña, a efectos de alinear sus precios conforme al acuerdo de fijación del PVPms que entre ellos habían pactado y de monitorear que el resto de sus competidores cumpliera con dichos términos, contando además con la participación de San Fernando como facilitador de la práctica.
588. En suma, esta Comisión ha demostrado bajo un análisis e interpretación holística de los medios de prueba disponibles en el presente caso, que los alineamientos de precios por parte de las empresas imputadas en el mercado y la existencia de comunicaciones de ellas con evidencias de intercambios de información de precios, monitoreos y amenazas durante las campañas navideñas del 2009 al 2016, permiten concluir que las empresas imputadas ajustaron su conducta de manera coordinada con la finalidad de lograr el objetivo común de su plan colusorio; esto es, fijar precios a efectos de evitar una "guerra de precios" que afecte sus márgenes de comercialización.
589. Dicho *modus operandi* se mantuvo tanto para los episodios previos al año 2014 como para aquellos posteriores a dicho año y hasta el año 2016, por lo que el hecho de que el grado de seguimiento al PVPms pueda haber presentado variaciones entre un año u otro, no desacredita que las acciones adoptadas para el cumplimiento del acuerdo fueron las mismas.
590. En ese sentido, la falta de evidencia sobre la infracción en la campaña navideña 2014, así como las presuntas diferencias entre los periodos anterior y posterior a dicho año, no desvirtúa que los hechos investigados formen parte de una infracción continuada, en tanto dichas conductas continuaron persiguiendo el objetivo común identificado en el presente caso y empleando el respectivo mecanismo de coordinación que caracterizó el *modus operandi* de la práctica, tal como ha sido adecuadamente evidenciado en el análisis de las campañas navideñas.
591. Por lo expuesto, esta Comisión considera que los episodios de concertación acreditados cumplen con guardar proximidad temporal, por lo que corresponde desestimar los argumentos de las investigadas en este extremo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

592. Finalmente, con relación a la proximidad espacial, Cencosud²²⁴ ha señalado que este criterio no se habría cumplido, toda vez que los presuntos acuerdos de precios no se habrían implementado de manera uniforme a nivel nacional. Así, de la evidencia económica aportada por la empresa, se desprende que las diversas tiendas de Cencosud a nivel nacional presentaron distintos precios dispersos durante el periodo investigado.
593. Al respecto, esta Comisión observa en primer lugar que los elementos de prueba analizados no dan cuenta de algún grado de diferenciación a nivel territorial en torno al compromiso de alineación al PVPms, por lo que, al tratarse de cadenas con presencia nacional, los acuerdos en el marco del cártel habrían tenido igualmente alcance nacional durante su vigencia. Ello, no obstante, no exige un grado rígido de uniformidad en todos los establecimientos de cada autoservicio, más aún si se considera que la alineación no fue perfecta en tanto los autoservicios incurrieran en desvíos debido al contexto de presión por colocar su stock disponible.
594. Por el contrario, la evidencia documental reafirma el alcance nacional de la práctica colusoria, al existir, por ejemplo, reclamos o quejas sobre determinados precios en tiendas situadas en Chiclayo (MAK-09 y MAK-17) y Huancayo (SF-09) que no cumplían con el PVPms.
595. Ahora bien, esta Comisión aprecia que las variaciones en el espacio de ejecución de la práctica han estado estrechamente ligadas con los cambios en el alcance geográfico de las empresas participantes. Así, para la campaña navideña del año 2009 se ha acreditado la participación en la práctica colusoria de Makro y Cencosud, empresas que concentraron el 100% y 94.62% de sus ventas de pavo en Lima, respectivamente. Con dichas participaciones, como se señaló en la sección 6.2.1, puede aseverarse que el mercado de ventas de pavo entero a nivel nacional era equivalente al mercado de venta de dicho producto en Lima, motivo por el cual la campaña de dicho año mantiene su carácter nacional.
596. Posteriormente, en la campaña navideña del año 2010, se adhirieron Tottus y Supesa, siendo que la primera de estas tuvo un 23.15% de sus ventas en provincias, y en el caso de la segunda, si bien no se cuenta con información de sus transacciones para dicho año, se tiene información de que la empresa contaba con una importante presencia en provincias²²⁵, motivo por el cual el acuerdo se ejecutó en Lima y provincias, teniendo, nuevamente, un carácter nacional. Seguidamente, conviene señalar que con el paso de los años las empresas incrementaron sus locales y diversificaron geográficamente sus operaciones, destacándose el caso de Makro, que llegó a tener una participación del 26.80% en provincias hacia el año 2016, cuando la misma era del 0% en el año 2009.

²²⁴ En su escrito del 2 de diciembre de 2021.

²²⁵ Fuente: <https://www.plazavea.com.pe/nosotros>. (última consulta: 21 de marzo de 2022).



597. De esta manera, resulta evidente que las campañas navideñas que conformaron la práctica colusoria se encuentran vinculadas a un mismo contexto espacial, el mismo que se encuentra delimitado por el propio alcance geográfico de operaciones de las empresas participantes y que, naturalmente, no es estático, sino que tiende a variar conforme a la dinámica empresarial de las investigadas, pero que siempre mantuvo un carácter nacional.

598. En consecuencia, esta Comisión considera que se ha cumplido la proximidad espacial, por lo que corresponde desestimar el alegato de Cencosud en este extremo.

6.3.3 Conclusión sobre el análisis de la naturaleza continuada de la conducta imputada

599. En suma, esta Comisión ha demostrado en la presente sección que el conjunto de episodios en que las cadenas de autoservicios Makro, Cencosud, Tottus y Supesa fijaron los precios del producto pavo entero con la participación del proveedor San Fernando durante las campañas navideñas del 2009 al 2016, cumplen con corresponder a (i) una pluralidad de conductas; las cuales (ii) constituyen violaciones de la misma naturaleza al TUO de la LRCA; que guardan (iii) proximidad espacial y temporal entre sí; y que (iv) que responden a una misma identidad de resolución criminal o infractora, esto es, a un mismo plan preconcebido o al aprovechamiento de la misma oportunidad. Por lo tanto, estos episodios configuran una única infracción de carácter continuado para efectos del TUO de la LRCA, en los términos explicados en la presente sección.

600. Por la misma razón, en virtud de la naturaleza continuada que posee la referida conducta, llevada a cabo durante las campañas navideñas del 2009 al 2016 y cuyo último acto de ejecución ocurrió en diciembre de 2016, esta Comisión concluye que la infracción imputada en el presente caso no se encuentra prescrita, al no haber transcurrido el plazo de cinco (5) años entre dicho acto y las actuaciones de investigación realizadas por la Dirección. En consecuencia, corresponde desestimar los alegatos formulados por Makro, Cencosud y Tottus sobre este extremo.

Cuadro 2
Interrupción del plazo de prescripción para los agentes económicos imputados

Agente económico	Visita de inspección	Carta que delimita el mercado	Notificación de Resolución de Inicio
Supesa	27 de abril de 2017	1 de agosto de 2018	10 de diciembre de 2020
Tottus	27 de abril de 2017	1 de agosto de 2018	10 de diciembre de 2020



Agente económico	Visita de inspección	Carta que delimita el mercado	Notificación de Resolución de Inicio
Cencosud	27 de abril de 2017	1 de agosto de 2018	10 de diciembre de 2020
Makro	22 de agosto de 2019	-	10 de diciembre de 2020
San Fernando	22 de agosto de 2019	-	10 de diciembre de 2020

6.4 Argumentos generales sobre la conducta imputada vinculada con la comercialización de pavo entero San Fernando

6.4.1 Sobre la razonabilidad de la práctica y las condiciones del mercado que dificultarían su existencia

601. En el Informe Técnico, la Dirección absolvió diferentes cuestionamientos de los investigados ligados a las condiciones del mercado que dificultarían la existencia y sostenibilidad de una práctica colusoria, argumentando que dichas condiciones, si bien podían dificultar la ejecución de la práctica, no resultaban suficientes para desacreditar la existencia de la misma, en tanto se cuenta con evidencia documental y económica que demuestra que dicha práctica sí existió, bastando ello para sancionar la misma debido a que se trata de una prohibición absoluta. Asimismo, la Dirección citó jurisprudencia nacional e internacional que respalda el hecho de que los cárteles pueden existir incluso bajo las condiciones advertidas por las partes.
602. Como parte de sus alegatos, las empresas investigadas han reiterado sus argumentos en torno a dichas condiciones, sosteniendo que la hipótesis colusoria no resulta coherente con las características del mercado, y que tanto los autoservicios como el facilitador no habrían tenido incentivos para realizarla²²⁶. Así, sobre este extremo las investigadas han alegado lo siguiente:

- (i) La práctica se habría realizado en el canal moderno; sin embargo, el mismo representa una proporción reducida respecto del canal tradicional (venta a través de mercados, bodegas y quioscos) o el canal institucional (ventas mediante vales o a través de canales propios, como las paviferías de San Fernando), lo que hace inviable su realización. Asimismo, las ventas de pavo

²²⁶ Estos alegatos fueron presentados por Cencosud en sus escritos del 2 de diciembre de 2021 y 4 de febrero de 2022; Makro, en sus escritos del 6 de diciembre de 2021 y 4 de febrero de 2022; Toltus, en su escrito del 6 de diciembre de 2021; y San Fernando, en sus escritos del 6 de diciembre de 2021 y 4 de febrero de 2022. Esta última empresa solicitó considerar lo argumentado en su escrito del 21 de mayo de 2021.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

en navidad representan un pequeño porcentaje de las ventas de los supermercados.

- (ii) La demanda estacional de pavo desvirtúa la hipótesis de concertación de la Dirección, toda vez que cuando la misma es alta y se concentra en un periodo específico, las empresas tienen incentivos a desviarse de cualquier acuerdo colusorio.
- (iii) Existió una gran inestabilidad en torno a la aplicación del PVPms, debido a que los precios cobrados cayeron por debajo de aquel durante los días de mayor demanda, y una parte importante de las ventas se realizó por debajo del PVPms. En esa línea, existieron constantes promociones y descuentos, lo que no resulta coherente con la existencia de la conducta.
- (iv) El acuerdo no resulta sostenible en tanto el pavo de marca San Fernando competía con los productos de marcas propias desarrolladas por los supermercados, así como marcas de otros proveedores, siendo que la sustituibilidad entre estos productos es un factor por analizar, tal como se realizó en el caso Farmacias. Asimismo, no tendría sentido que los supermercados concierten el precio de una marca que no es propia y compitan agresivamente con marcas propias. Los autoservicios tampoco tenían incentivos a no incluir a Redondos, principal competidor de San Fernando, dentro del cártel. Complementariamente, en un caso previo²²⁷, la Dirección indicó que carecía de razonabilidad una práctica que no incluya al producto con mayor importancia del mercado, por lo que la presencia de marcas propias motivaría descartar la racionalidad de la práctica.

603. San Fernando, por su parte, ha esgrimido argumentos que inciden en la falta de razonabilidad de su participación, señalando que:

- (i) No existe incentivos para que San Fernando participe en la práctica debido a que sus precios de lista de los años 2015 y 2016, sobre los cuales se ha realizado la imputación en su contra, fueron inferiores a aquellos del año 2014, por lo que no se habría beneficiado de sobreprecios competitivos.
- (ii) No existen incentivos para que San Fernando participe del esquema colusorio en tanto los incrementos en los precios implicarían una migración de los consumidores hacia otras marcas, sea marcas blancas o de otros proveedores. Más aún, se debe considerar que incluso cuando los pavos vendidos bajo marcas blancas son provistos por San Fernando, estos presentan márgenes inferiores que aquellos correspondientes a la marca San Fernando. Así, la participación de la empresa solo sería razonable si su estrategia hubiese abarcado también los precios de las marcas blancas. Complementariamente, la empresa señala que el volumen vendido de su marca en autoservicios es residual.

²²⁷ El caso citado corresponde a la Resolución N° 013-2009/ST-CLC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- (iii) No existían incentivos para que San Fernando castigue a los autoservicios que se desviaban de los PVPms, debido a que la mayor parte del stock ya había sido despachado. Asimismo, la empresa señala que sus presuntas amenazas habrían sido percibidas como inocuas por parte de los supermercados dado su conocimiento del mercado, por lo que no tendrían incentivos a cambiar su comportamiento con base en estas amenazas.

604. Al respecto, esta Comisión coincide en líneas generales con lo expuesto por la Dirección en el Informe Técnico acerca de que los diferentes elementos identificados por las partes no desacreditan la existencia de la práctica anticompetitiva, la que ha sido confirmada en base a la evidencia documental y económica analizada.

605. Sin embargo, a partir del análisis holístico de la evidencia documental y económica, así como examinado los descargos y alegatos de las partes, la Comisión estima tener suficientes elementos para formarse una opinión en torno a las motivaciones que podrían haber llevado a las empresas a participar del esquema colusorio investigado.

606. Al respecto, conviene señalar que esta explicación no contradice el análisis de la práctica realizado previamente, sino que busca complementarlo absolviendo los diferentes elementos que han causado controversia entre las partes.

607. En principio, esta Comisión considera como aspecto central que el propósito del cártel fue evitar una guerra de precios en cada campaña navideña investigada, lo cual toma una especial relevancia en la comprensión de las motivaciones de la presente práctica colusoria horizontal. Como bien han referido las empresas investigadas, y tal como se desarrolla en la sección 6.3.2 de la presente Resolución, los autoservicios, luego de haber adquirido considerables cantidades de stock de pavo marca San Fernando a fin de comercializarlo durante la campaña navideña, se veían en la necesidad de venderlo antes del término del mes de diciembre dada la estacionalidad de la demanda, considerando además que no contaban con la capacidad suficiente para mantener dicho stock dentro de sus tiendas.

608. Dicha situación resultaba perjudicial para los autoservicios, puesto que las disminuciones de precios, como ha sido señalado por Cencosud²²⁸, llevaban a que los márgenes disminuyan significativamente, e incluso podían llegar a ser negativos.

609. Al respecto, si bien es cierto que los autoservicios ofrecen una amplia variedad de productos, comercializando miles de productos diferenciados, no es menos cierto que, siguiendo una lógica empresarial, también habrían buscado que cada una de sus líneas de productos obtenga adecuados resultados comerciales, motivo por el cual es una práctica común y no ajena al presente mercado conformar áreas que se especialicen en una o más líneas de productos, a fin de aplicar las mejores estrategias comerciales según cada gama de los mismos. En otras palabras, el hecho de que un

²²⁸ En su escrito de descargos del 11 de agosto de 2021.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

autoservicio posea una amplia variedad de productos, no implica que le resulte irrelevante lo que suceda con uno o más productos, sino que, por el contrario, se buscará brindar una atención diferenciada a fin de obtener los mejores resultados en términos de rentabilidad, objetivo final de toda empresa.

610. Como muestra de ello, dentro de la evidencia documental recabada, se aprecia la existencia de cargos tales como "Jefe de Producto Aves, Porcino y Otras Especies Cárnicas"²²⁹ y "Jefe de categoría Aves Comercial Percibles"²³⁰, lo que refleja la atención pormenorizada de cada gama de productos.
611. Por ello, para esta Comisión, carecería de lógica económica considerar que una empresa estime aceptable que determinado producto obtenga márgenes bajos o incluso negativos durante su mayor periodo de ventas cada año. Incluso, bajo un escenario en que las empresas apliquen una estrategia de descuentos a fin de atraer más clientes o de reducir pérdidas por acumulación de stock, resulta innegable que ello constituirá una problemática que requiere, cuanto menos, ser tomada en cuenta por la empresa, lo que se convierte en una primera motivación para la existencia de una práctica horizontal.
612. Ahora bien, resulta importante tener presente que los autoservicios comercializaban principalmente, además del pavo marca San Fernando, el pavo marca Redondos y los pavos de marcas propias. Sin embargo, y como ha sido indicado por San Fernando en sus descargos del 21 de mayo de 2021, estos productos son percibidos con calidades distintas por parte de los consumidores, por lo que son productos diferenciados. Este hecho resulta de especial relevancia puesto que permite entender la forma en que el pavo marca San Fernando se encontraba posicionado.
613. En efecto, San Fernando ha señalado haber desarrollado grandes inversiones para garantizar que la calidad de su producto y su estrategia de marketing permitan diferenciar y valorizar su marca, siendo reconocida como una marca premium nacional. Por dicho motivo, la propia empresa ha mencionado que su estrategia de precios busca reflejar el valor de su marca y la calidad de su producto, más aun considerando que su principal competidor, Redondos, se posiciona como un producto económico, respecto del cual busca marcar distancia en términos de precios. Con base en dichas razones, la empresa justifica el establecimiento de un PVPms como parte de su estrategia de posicionamiento de marca²³¹.
614. Lo afirmado por San Fernando es coherente con diversos estudios que desarrollan el papel del precio como una señal de la calidad del producto. En efecto, el precio puede constituir un indicador de calidad, siendo que un mayor valor del mismo puede atraer

²²⁹ Como puede apreciarse del correo SUP-14, Ricardo Solís Quiroz ostentaba el cargo de Jefe de Producto Aves, Porcino y Otras Especies Carnicas de Supesa.

²³⁰ Como puede apreciarse del Correo CEN-09, Pilar Córdova ostentaba el cargo de Jefe de Categoría Aves Comercial Percibles de Cencosud.

²³¹ Según sus descargos del 26 de enero de 2021.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

a consumidores dispuestos a pagar una cantidad mayor a cambio de recibir un producto de calidad superior²³².

615. El objetivo de San Fernando, no obstante, colisionaba con la política marcaria de los autoservicios, los cuales, como se ha desarrollado en la sección 4.4.3, poseen políticas de precios bajos, bajo una competencia intermarcaria, siendo el precio una de las principales variables -en caso no la mayor- a través de la cual estos compiten. En efecto, lo que primaba era el posicionamiento de las propias políticas marcarias de los autoservicios y no la de los proveedores, lo que finalmente contribuyó a que se generen guerras de precios, reduciendo significativamente el precio de venta.
616. Dichas reducciones, afectaban el posicionamiento de la marca San Fernando como marca premium, lo que, a su vez, pondría en riesgo la calidad percibida de su producto, afectando las inversiones que pudiese haber dispuesto la empresa a fin de lograr dicho posicionamiento. Ello, en última instancia afectaría las ventas de su producto.
617. Sumado a ello, esta Comisión también considera razonable que las reducciones en los precios de venta de los autoservicios en determinado año afecten los precios de lista a ser negociados durante los años subsiguientes. En otras palabras, los resultados comerciales de los autoservicios en determinada campaña navideña podrían influir en su disposición a pagar al proveedor en la (o las) campaña(s) siguiente(s).
618. Sin embargo, la pérdida de posicionamiento como producto de calidad y las posibles presiones sobre los precios de lista no serían los únicos efectos negativos para San Fernando de ser el caso que se desarrolle una guerra de precios entre los autoservicios, sino que también existiría un efecto negativo sobre las ventas del canal más importante para San Fernando en cuanto a la venta de pavo entero: el canal corporativo.
619. Para entender dicha afectación, es pertinente remitirnos a las declaraciones brindadas por Ricardo Solís, ex funcionario de Supesa,²³³ quien explicó la lógica por la cual San Fernando buscaba que el precio del pavo de la marca homónima se mantenga elevado en los autoservicios. Al respecto, el ex funcionario señaló que el grueso de las ventas de San Fernando se realizaba en sus "paviferias", locales implementados para efectos de concretar las ventas corporativas, a través de los vales que eran previamente adquiridos por empresas o instituciones. Sin embargo, el

²³² Esta consideración sobre el precio inició con el desarrollo pionero de Scitovsky (1944), y ha sido profundizada por autores tales como Dodds y Monroe (1985), Monroe y Chapman (1987) y Zeithaml (1988). Al respecto ver: Scitovszky, T. (1944). Some consequences of the habit of judging quality by price. *The Review of Economic Studies*, 12(2), 100-105 (1944); Dodds, W. B., & Monroe, B. K. (1985). The Effect of Brand and Price Information on Subjective Product Evaluations. *Association for Consumer Research*, 12, 85-90; Monroe, K. B., & Chapman, J. D. (1987). Framing Effects on Buyers' Subjective Product Evaluations. *Advances in Consumer Research*, 14, 193-197; y, Zeithaml, V. A. (1988). Consumer Perceptions of Price, Quality, and Value: A Means-End Model and Synthesis of Evidence. *Journal of Marketing*, 52 (3), 2-22.

²³³ Entrevista al señor Ricardo Solís del 02 de agosto de 2021 (minutos 12:14 y 14:20).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

hecho de que los autoservicios terminasen vendiendo el pavo a precios inferiores que a los precios pactados con los clientes del segmento corporativo generaba que estos clientes, en campañas posteriores, prefieran comprar el pavo directamente en los autoservicios. Por dicho motivo, San Fernando habría buscado que el precio aplicado por los supermercados no se encuentre por debajo del utilizado por San Fernando en el segmento corporativo.

620. De la misma forma, Cencosud, en su escrito del 25 de enero de 2021, señaló que el PVPms, además de ser utilizado para garantizar una retribución por las inversiones realizadas, también servía para asegurar que las ventas corporativas no se vean afectadas por la existencia de precios más competitivos en los autoservicios.
621. A criterio de esta Comisión, lo informado por el ex funcionario de Supesa y Cencosud guarda consistencia con las características del mercado, pues si bien el canal moderno representa un porcentaje menor de las ventas de pavo entero para San Fernando, y las guerras de precios entre autoservicios podría no afectar directamente los beneficios de la empresa,²³⁴ los clientes corporativos de San Fernando, esperarían que al realizar compras directamente al productor, por volúmenes superiores que los realizados por personas naturales en los autoservicios, y con anticipación, deberían obtener condiciones comerciales más beneficiosas que comprando a los autoservicios, en menor cantidad o de manera individual, y con poca anticipación. Por ende, desde el punto de vista de San Fernando, las guerras de precios entre autoservicios y los precios bajos que estas podrían ocasionar distorsionarían sus estrategias de precios frente a sus clientes corporativos.
622. Cabe señalar que el hecho de que las ventas corporativas se pacten con anticipación a la campaña navideña no implica que San Fernando no se pueda ver afectado, pues como bien ha sido señalado por Supesa, dicha afectación se apreciaría en campañas posteriores.
623. Habiéndose analizado estos aspectos, es posible concluir que la guerra de precios respecto del pavo entero marca San Fernando por parte de los autoservicios sí resultaba negativa para San Fernando, en tanto afectaba el posicionamiento de su marca, podía generar presiones a la baja sobre el precio de lista y, principalmente, colocaba en desventaja competitiva sus precios del segmento corporativo, el cual representaba el canal de ventas de pavo entero más importante para la empresa.
624. En efecto, la guerra de precios afectaba negativamente tanto a los autoservicios como al proveedor, lo que compatibilizó sus incentivos a fin de adoptar una estrategia conjunta para impedir que aquella suceda.
625. Resulta importante apreciar que debido a que el riesgo de la guerra de precios habría motivado la conformación del cártel, es posible inferir que aquellas condiciones que presionaban el precio a la baja durante la campaña navideña fueron también

²³⁴ Ello podría darse en tanto generen presiones a la baja sobre los precios de lista de las posteriores campañas navideñas.



motivantes de la existencia del cártel. En otras palabras, el hecho de que la venta de pavo entero sea marcadamente estacional y se realice durante un periodo acotado del tiempo, en lugar de dificultar la conformación del cártel, favoreció su existencia.

626. Esta conclusión resulta clara al notar que la estacionalidad de la demanda no era una condición que en un escenario de competencia no afectara el precio y únicamente se manifestara en caso de colusión, sino que, más bien, su efecto sobre el precio se daba incluso en un escenario competitivo. Por dicha razón, la existencia del esquema colusorio puede considerarse como una estrategia dirigida a mitigar el efecto pernicioso de la estacionalidad de la demanda, entendido como la presión por vender rápidamente el stock ante la falta de capacidad para almacenar los productos no vendidos una vez terminada la campaña navideña, y que se materializaba en significativas reducciones de precios, motivo por el cual se puede afirmar también que esta condición de habría incentivado la conformación del cártel²³⁵.
627. Esta Comisión también observa que existen condiciones adicionales que facilitaron la conformación del cártel. Al respecto, puede citarse el hecho de que el acuerdo tuvo pocos participantes, al ser conformado por solo cuatro autoservicios y un facilitador, lo que hace viable la existencia del mismo. Más aún, el papel del facilitador fue clave al permitir el intercambio de información sobre los PVPms, así como la realización de acciones de monitoreo y amenazas. Seguidamente, es importante notar que los comercializadores son, precisamente, las mayores cadenas de autoservicios a nivel nacional, lo que incrementa su efectividad dentro del canal moderno. Complementariamente, el hecho de que el acuerdo se haya dado respecto de una única marca también habría permitido que las coordinaciones sean más efectivas, en contraste con un acuerdo que abarcase una multiplicidad de marcas.
628. Sin embargo, esta Comisión aprecia una característica especialmente relevante que habría facilitado el cártel con relación al pavo entero marca San Fernando, en lugar del pavo de entero de otras marcas: San Fernando no tiene como política mantener su precio por debajo de otra marca.
629. A mayor abundamiento, es necesario recordar que las marcas de pavo se encuentran diferenciadas por su calidad percibida. En ese sentido, al ser San Fernando la marca que ostenta la mayor percepción de calidad en el mercado, busca que sus precios finales se encuentren por encima del resto de sus competidores.
630. En efecto, esta marca se caracteriza por su posicionamiento como marca premium, motivo por el cual la principal estrategia competitiva utilizada por San Fernando respecto de otras marcas no era sobre el precio, sino sobre la calidad. Sin embargo, eran los autoservicios quienes, priorizando sus propias políticas comerciales,

²³⁵ Asimismo, la literatura económica reconoce la existencia de incentivos para coludirse en el momento previo o inicial de un incremento predecible de la demanda por estacionalidad. Luego en el pico de la demanda, cuando se espera su disminución, aparecen beneficios de desviarse.

Ver: Haltiwanger, J., and J. E. Harrington, Jr. 1991. *The impact of cyclical demand movements on collusive behavior*. RAND Journal of Economics 22.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- aplicaban una política de competencia en precios en torno a este producto, de manera en parte incompatible a la política marcaría de su proveedor. Esto quedó evidenciado en la recurrente existencia de desvíos por parte de los autoservicios, quienes han mencionado que ello se debió a sus propias políticas de descuentos.
631. Dicho esto, se puede apreciar que existieron dos principales motivos por los cuales los autoservicios disminuían los precios del pavo San Fernando: i) la necesidad de colocar el stock antes del término de la campaña navideña, hecho que habría favorecido el cártel, y ii) la disminución del precio del pavo San Fernando por parte de un autoservicio competidor.
632. En efecto, la evidencia documental muestra que las preocupaciones de los autoservicios en torno al precio del pavo entero provenían de la posible no colocación del producto, así como la existencia de precios con descuento en las cadenas competidoras, lo que afectaba su posicionamiento como autoservicios con precios bajos.
633. Así, por ejemplo, Makro, en el correo MAK-07, ante la fijación de precios por debajo del PVPms por parte de Cencosud, le señala a San Fernando que había "(...) perdido impacto inicial de campaña y posicionamiento de precios bajos como mayorista (...)". De la misma forma, funcionarios de Supesa, en una comunicación interna (correo SUP-03), ante la identificación de precios más bajos por parte de Tottus, mencionaron "favor de revisarlo y generar una oferta que pueda diferenciarnos con la competencia teniendo precios más bajos".
634. Resulta importante notar que las presiones para disminuir el precio del pavo San Fernando provenían principalmente de la existencia en el mercado de precios inferiores de la propia marca San Fernando en cadenas competidoras, no necesariamente de la existencia de precios inferiores de la marca Redondos o de las marcas propias.
635. De esta forma, lo que se aprecia es que no resultaba especialmente problemático para los autoservicios que el precio de San Fernando sea elevado, en tanto esta marca se diferencia precisamente por su calidad, siendo el precio una señal de esta. Lo que resultaba problemático era que alguno de los autoservicios competidores fije un precio menor, pues esto afectaba el posicionamiento marcarío de los autoservicios.
636. Este contexto explica el motivo por el cual resultaba beneficioso para los supermercados coludirse en torno a San Fernando y no respecto de marcas propias. La colusión en torno a un precio elevado para una marca que no era suya, en tanto los precios sean los mismos para todas las cadenas, no afectaba la política marcaría de los autoservicios. Por el contrario, elevar el precio de las marcas blancas, las cuales precisamente compiten en precios, y que reflejan en sí mismas la identidad marcaría de las empresas, llevando incluso nombres homónimos como Tottus y Metro, sí habría afectado sus políticas marcarias como cadenas de precios bajos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

637. De esta manera, la hipótesis colusoria es consistente con lo observado en el mercado, en tanto resultaba beneficioso para los autoservicios que ninguno de sus competidores disminuya los precios de la marca San Fernando, a fin de evitar disminuciones en sus márgenes, y permitiendo a su vez que su posicionamiento como cadenas de precios bajos no se vea afectado. Así, el acuerdo habría permitido que los autoservicios superen las dificultades en torno a la rentabilidad del producto pavo entero, sin colisionar con sus políticas de precios bajos. En tanto que, por parte de San Fernando, el acuerdo permitió evitar pérdidas en el posicionamiento de su producto, posibles reducciones en sus precios de lista y, principalmente, una desventaja competitiva en precios en el canal corporativo respecto del canal moderno.
638. Resulta importante también notar que, si bien San Fernando también proveía pavos para ser comercializados como marcas blancas, la empresa no tuvo incentivos para facilitar una colusión en torno a marcas propias de los autoservicios, pues este rubro no afectaba la política de su marca "San Fernando". Así, no habría tenido motivación para evitar reducciones en los precios finales de las marcas propias puesto que ello no le generaría pérdida de valor alguno en su marca, y tampoco tendría incidencia alguna sobre el segmento corporativo.
639. Asimismo, dada la contraposición entre las identidades comerciales de los autoservicios, y la presión por la estacionalidad de la demanda, resulta coherente que haya sido necesaria la participación de un facilitador en la práctica.
640. De esta forma, contrariamente a las investigadas, la Comisión considera que la práctica anticompetitiva acreditada sí tuvo razonabilidad en el contexto particular en que se presentó, y que tanto los autoservicios como el facilitador tuvieron incentivos para realizarla. Por lo expuesto y con base al desarrollo previo, en relación con los argumentos presentados por las partes y listados en los numerales 602 y 603 de la presente Resolución, esta Comisión ha arribado a las conclusiones que procederá a explicar en los párrafos siguientes.
641. Con relación al alegato del punto (i) descrito en el numeral 602 de la presente Resolución, el hecho de que la práctica se realice únicamente en el canal moderno, y que se haya circunscrito a un único producto que puede representar un pequeño porcentaje de las ventas de los supermercados, no hace inviable su realización. Por el contrario, mediante la explicación realizada se ha demostrado el interés de San Fernando por evitar caídas en sus precios incluso si los mismos corresponden únicamente al canal moderno, más aun considerando su efecto sobre el canal corporativo. Asimismo, la problemática desarrollada en torno a los márgenes reducidos del producto pavo entero explica la motivación que tuvieron los autoservicios para buscar una alineación en torno a este producto.
642. Adicionalmente, como bien ha señalado la Dirección en su Informe Técnico, la jurisprudencia nacional e internacional ha demostrado la posibilidad de la existencia de prácticas anticompetitivas en segmentos reducidos del mercado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

643. Así, por ejemplo, en el año 2016 la Comisión halló responsables a cinco cadenas farmacéuticas por haber participado en un acuerdo de fijación de precios de un grupo acotado de medicamentos que se comercializan en el mercado²³⁶ -en particular, treinta y seis productos farmacéuticos y complementos nutricionales- y en un canal específico del mercado, en comparación con otros segmentos como el de los establecimientos públicos, hospitales públicos y clínicas privadas.
644. De igual modo, en la jurisprudencia comparada, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile determinó la existencia de un acuerdo de fijación de precios de venta de la carne de pollo fresco en supermercados, al menos entre los años 2008 y 2011, por parte de tres cadenas de supermercados²³⁷, a pesar de que las ventas afectadas por el cártel representaban solo un 6,5% y 7,5% de las ventas de pollo fresco de los supermercados (ventas con descuentos)²³⁸. Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por las partes en el punto (i) del numeral 602 de la presente Resolución.
645. Con relación al alegato descrito en el punto (ii) del numeral 602 de la presente Resolución, como ha sido explicado, la estacionalidad de la demanda favoreció que la práctica anticompetitiva se planifique y exista, en tanto contribuía a mitigar la reducción de precios durante la campaña navideña.
646. Complementariamente, a nivel de jurisprudencia internacional, se ha demostrado la existencia de prácticas anticompetitivas en mercados con demandas estacionales como sucede en el presente caso. Por ejemplo, en el 2012 la Comisión Europea determinó la existencia de un acuerdo de fijación del precio del "Peak Season Surcharge" (PSS) o "recargo por temporada alta", la cual ocurría en la temporada previa a navidad, en el mercado de los servicios de transporte aéreo internacional durante el periodo del 2005 al 2007²³⁹.
647. Asimismo, la literatura económica también ha descrito que un acuerdo de fijación de precios es sostenible incluso en situaciones de incrementos de demanda si es que ello resulta previsible, como ocurre en patrones estacionales debido a festividades.²⁴⁰

²³⁶ Ver Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, confirmada mediante Resolución 0738-2017/SDC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2017.

²³⁷ Ver Sentencia N° 167/2019 del 28 de febrero de 2009 emitida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile y confirmada por la Corte Suprema mediante su Sentencia del 8 de abril de 2009. Disponible, respectivamente, en los siguientes enlaces:
https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_167_2019.pdf; y,
http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/secs_27_181-14.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²³⁸ Ver el Ducentésimo decimosexto párrafo de la Sentencia N° 167/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile.

²³⁹ Ver la Decisión de la Comisión Europea del 28 de marzo de 2012 (Caso AT.39462), disponible en el siguiente enlace:
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39462/39462_6408_3.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁴⁰ Ver: Haltiwanger, J., and J. E. Harrington, Jr. 1991. *The impact of cyclical demand movements on collusive behavior*. RAND Journal of Economics 22: 89-106.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Por estas razones, corresponde rechazar lo alegado por las partes en el punto (ii) del numeral 602 de la presente Resolución.

648. Respecto del alegato descrito en el punto (iii) del numeral 602 de la presente Resolución, las reducciones en los precios mediante promociones y descuentos respondieron a la estacionalidad de la demanda y a la búsqueda de posicionamiento marcario por parte de los autoservicios, siendo que ambas razones habrían motivado la existencia de la práctica con la finalidad de evitar pérdidas en márgenes sin afectar el posicionamiento marcario de las empresas.
649. Cabe agregar que en la sección 6.2 de análisis de las campañas navideñas ha quedado acreditado, incluso considerando los desvíos observados, que las empresas sí se alinearon en diversos momentos al PVPms como parte de un esquema coordinado para restringir la competencia en precios entre sí, y que en tanto la práctica se encuentra bajo una prohibición absoluta, al haberse acreditado el acuerdo, ello resulta suficiente para sancionarlo. Por dichos motivos, corresponde desestimar el referido cuestionamiento descrito en el punto (iii) del numeral 602 de la presente Resolución.
650. Con relación al alegato contenido en el punto (iv) del numeral 602 de la presente Resolución, sobre el papel de las marcas propias, mediante la explicación desarrollada en la presente sección ha quedado acreditado que ciertamente resulta sostenible que la práctica haya incluido solo a la marca San Fernando y no al resto de marcas, en tanto estas se encontraban diferenciadas por calidad. En ese sentido, la principal fuente de presión y sustitución provenía de la propia marca San Fernando, pero comercializada en las cadenas competidoras.
651. Asimismo, con relación al caso previo citado por las partes²⁴¹, el presente desarrollo no solo había permitido evidenciar la razonabilidad de no incluir el resto de productos, sino que también ha abarcado la consistencia de la hipótesis respecto de las distintas condiciones del mercado de manera integral. Por ello, corresponde desestimar el argumento indicado en el punto (iv) del numeral 602 de la presente Resolución.
652. Respecto del alegato descrito en el punto (i) del numeral 603 de la presente Resolución, se ha explicado que los incentivos de San Fernando no solo se originan en los cambios que pudiesen tener los precios de lista, sino que se basaban principalmente en evitar la pérdida de posicionamiento de su marca como un producto de calidad, así como también evitar una situación de desventaja competitiva en precios en el segmento corporativo. Por estos motivos, corresponde desestimar lo alegado por la empresa.
653. Sobre el alegato descrito en el punto (ii) del numeral 603 de la presente Resolución, como se ha mencionado, los incentivos de San Fernando provenían de evitar la pérdida del posicionamiento de su marca y la afectación al segmento corporativo, no

²⁴¹ Ver la Resolución N° 013-2009/ST-CLC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

siendo necesario que extienda su participación a una eventual fijación de precios de las marcas blancas.

654. Asimismo, conviene señalar que San Fernando, en su escrito de descargos del 21 de mayo de 2021, realizó un análisis esquemático sobre los incentivos que tendría para participar en la práctica, lo que demostraría que, en realidad, la empresa no tendría incentivos para participar. Sin embargo, esta Comisión aprecia que a pesar de que San Fernando manifestó que las marcas se encuentran diferenciadas por calidad, no incluyó en su análisis la calidad percibida como variable competitiva, y menos aún consideró los efectos positivos del posicionamiento de la marca producto de mantener sus precios elevados en un escenario colusorio, en contraste con el escenario competitivo, que generaba una pérdida de valor de la misma. Además, la empresa tampoco consideró los efectos sobre el segmento corporativo, y que habrían tenido un papel fundamental como motivante de la colusión. Por dicho motivo, corresponde desestimar lo alegado por la empresa en el punto (ii) del numeral 603 de la presente Resolución.
655. Respecto del alegato descrito en el punto (iii) del numeral 603 de la presente Resolución, al haberse evidenciado la razonabilidad de la participación de San Fernando en la práctica, también queda evidenciado que la empresa sí tenía incentivos a amenazar y castigar a los autoservicios que se desvíen. Cabe señalar que la efectividad de las amenazas será desarrollada en la sección 6.4.4. En ese sentido, corresponde desestimar también dicho argumento.
656. Finalmente, conviene reiterar que, de conformidad con el inciso a) del artículo 11.2 del TUO de la LRCA, una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios, como la imputada en el presente caso, se encuentra sujeta a la regla de la prohibición absoluta prevista en el artículo 8 del TUO de la LRCA. Ello, como se ha indicado en el marco teórico, implica que para acreditar su antijuridicidad y poder ser sancionada, será suficiente para la autoridad de competencia demostrar la existencia de la conducta investigada, con independencia de las condiciones concretas del mercado y de los perjuicios efectivamente generados sobre este.

6.4.2 Sobre determinados parámetros utilizados en el estándar probatorio

657. En relación con el estándar probatorio que la Dirección propuso en el Informe Técnico para la evaluación de la práctica colusoria horizontal investigada y que esta Comisión ha acogido para tomar su decisión final sobre el presente caso, las investigadas han criticado determinados parámetros utilizados²⁴². En particular:
- (i) La razón por la que el periodo para analizar un alineamiento de precios se extiende desde el 16 de noviembre hasta el 10 de diciembre, puesto que al ser tan amplio no permite diferenciar una estrategia de seguimiento de precios e implica analizar precios en días de poca demanda, lo cual puede responder a evitar confrontaciones con el proveedor en días no trascendentales.

²⁴² Sobre la identificación de estos parámetros por parte de la Comisión ver numeral 312 de la presente Resolución.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- (ii) No se define un número mínimo de días en el cual el precio moda del autoservicio debe ubicarse dentro del intervalo de precios preestablecido para acreditar la práctica.
658. En relación con el argumento (i), la definición del horizonte temporal entre el 16 de noviembre y el 10 de diciembre proviene de la propia constatación de la evidencia tanto documental como económica que indica que para las campañas navideñas hacia las fechas señaladas ocurre normalmente un cambio de patrón de comportamiento que representa la adhesión de los autoservicios a la aplicación de la regla, puesto que de establecer precios disímiles hacia la primera quincena de noviembre, en la segunda quincena y, a medida que se va acercando el mes de diciembre o transcurren los primeros días de este nuevo mes, las empresas van adoptando el PVPms establecido por San Fernando.
659. Dicho patrón de comportamiento en cuanto a la determinación de los precios representa una preparación de las empresas para llegado el mes de diciembre mantener el respeto de la aplicación del PVPms de forma conjunta.
660. A criterio de la Comisión, y a la luz de la propia evidencia, el periodo comprendido entre el 16 de noviembre y el 10 de diciembre resulta adecuado para verificar el cambio de patrón identificado e incorporar este hecho a la evaluación conjunta de la evidencia disponible para obtener una conclusión sobre la participación de los autoservicios en el acuerdo.
661. En similar sentido cabe señalar que además de la identificación de un periodo de tiempo relevante donde ocurre este cambio de patrón de comportamiento de precios, también se ha identificado que los movimientos de precios pueden ubicarse en un nivel igual o mayor que el PVPms, y en ocasiones las empresas se ubican en un nivel cercano (inferior) del PVPms. Al verificarse el cambio en el patrón de comportamiento y dicha cercanía respecto al PVPms, se concluye que tales movimientos de precios también forman parte de la ejecución del acuerdo. Ese parámetro, a la luz de la evidencia, se ha definido en un movimiento de precios que se ubica a una distancia máxima de S/ 0.02 por debajo del PVPms establecido para cada campaña navideña.
662. En relación con el argumento (ii) cabe señalar que, como se ha establecido, los movimientos de precios que representan un cambio de patrón de comportamiento en el periodo relevante (16 de noviembre al 10 de diciembre), convergiendo al rango de precios relevante (mayor o igual al PVPms o con una diferencia de máximo S/ 0.02 soles por kilo por debajo del PVPms), son un elemento más de evidencia para la probanza de la existencia de la práctica colusoria horizontal investigada.
663. Como se ha podido apreciar en las secciones 6.1 y 6.2 de la presente resolución, el análisis de los precios es uno de los análisis realizados sobre la evidencia disponible acerca de la práctica investigada que, conjuntamente con la evaluación de la prueba documental disponible para todo el periodo de investigación, permite a esta Comisión llegar a una convicción acerca de la existencia o no de la práctica.



664. Por ende, los movimientos de precios convergentes al PVPms conforman una prueba más, que analizada en conjunto con otras, sirve para determinar la existencia de la conducta. A este nivel por lo tanto la Comisión no está evaluando los movimientos de precios para verificar la efectividad de la conducta o medir su impacto real sobre los consumidores, para lo cual serviría conocer el número de días exacto en que se aplicó un precio concertado, sino que se considera la aplicación de un precio concertado, aunque sea por un número reducido de días, como evidencia del compromiso del autoservicio con la práctica colusoria.
665. Así, en función de la evidencia específica encontrada para cada campaña navideña entre 2009 y 2016, se aprecia, ciertamente, distintos niveles de ejecución del acuerdo a través de la aplicación de un precio en torno al PVPms. Para algunas campañas navideñas se tiene una aplicación de estos precios concertados más sostenida a lo largo del mes de diciembre, mientras que en otros casos los concertadores experimentaron mayores dificultades para implementar en el mercado los precios concertados y sostenerlos en el tiempo, siendo que se aprecia la ejecución por periodos más cortos de tiempo. En cualquiera de estos dos escenarios la aplicación de dichos precios concertados es un elemento más de prueba.
666. Sin perjuicio de lo anterior, cabe reiterar aquí que, al corresponder a una práctica colusoria sujeta a la prohibición absoluta, para su acreditación no resulta necesario identificar los efectos concretos de su ejecución, siendo sancionable a partir de la configuración del acuerdo anticompetitivo.
667. Por lo tanto, no es relevante establecer un número mínimo de días de ejecución de la práctica para que la convergencia al PVPms sea considerada un elemento de prueba, sino que, para cada campaña navideña, la Comisión ha evaluado dichos movimientos de precios bajo los parámetros establecidos y en consideración del resto de pruebas, para formar su conclusión sobre la existencia de la práctica anticompetitiva.

6.4.3 Sobre la supuesta naturaleza vertical de la práctica investigada

668. En sus descargos y alegatos al Informe Técnico, Tottus alegó que la evidencia aportada acreditaba únicamente la existencia de una fijación de precios de reventa (RPM) propia de una relación de naturaleza vertical. Sobre el particular, señaló que el hecho de que exista una política de precios sugeridos no descarta la dinámica vertical de esta práctica, sino que, por el contrario, la doctrina y jurisprudencia internacional coincide en que una política de precios sugeridos puede constituir un RPM si el proveedor es capaz de ejercer coerción o presión para que los distribuidores respeten los precios de reventa. En ese sentido, según dicha investigada, las características del caso imputado reflejarían una dinámica vertical de RPM, debido al poder coercitivo que imponía San Fernando a los supermercados para que estos comercialicen sus pavos respetando los precios mínimos de reventa sugeridos.
669. En primer lugar, esta Comisión reitera que el presente caso no implica la existencia de una política RPM, pues esta requiere la existencia de una práctica vertical en la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

cual los proveedores tengan la capacidad de exigir a los distribuidores que fijen un precio de reventa obligatorio. Sin embargo, el PVPms del presente caso fue un precio sugerido, respecto del cual no se ha identificado una política comercial que acredite su obligatoriedad. En efecto, las políticas de precios sugeridos de los proveedores se caracterizan por ser, precisamente, no obligatorias. En esencia, se trata de recomendaciones unilaterales del proveedor, y cuya aplicación efectiva dependerá de cada uno de estos distribuidores, como producto de una decisión también individual.

670. Con ello, el hecho de que un proveedor sugiera precios de determinados productos, no justifica ni constituye una razón válida para que los distribuidores utilicen esta plataforma para coordinar dichos precios entre sí, condicionar su cumplimiento al de los otros distribuidores o de otra manera, subordinar las decisiones sobre sus precios a las decisiones de sus competidores sobre los suyos. Bajo la misma lógica, un aparente escenario de precios sugeridos no será considerado como tal si únicamente constituye una fachada o es indebidamente utilizado para encubrir lo que no es otra cosa que un cártel de precios. Incluso, de acuerdo con la teoría económica, los precios sugeridos emitidos por empresas proveedoras, incluidos los precios tope y los precios piso²⁴³, pueden servir como un factor que permite o facilita una práctica colusoria entre las empresas comercializadoras minoristas, debido a que pueden ser utilizados como punto focal²⁴⁴ para la coordinación entre ellas, práctica que se dificultaría en otro escenario²⁴⁵.
671. En el caso bajo análisis, la evidencia documental y económica que obra en el expediente demuestra la existencia de una plena autonomía por parte de los autoservicios para mantener su independencia en la fijación de precios, a través de descuentos o promociones acordes a sus propias políticas comerciales. Así, en aquellos casos en los que pudieron haberse presentado alineamientos en torno al PVPms, ello se debió a la propia libertad de los autoservicios y no a la imposición de una política marcaria derivada de la relación vertical entre proveedor y distribuidor como pretenden sostener las empresas imputadas.
672. En efecto, esta Comisión ha podido acreditar fuera de una duda razonable que, Cencosud, Makro, Supesa y Tottus adoptaron conscientemente una relación coordinada para el cumplimiento de la regla en torno al PVPms, supeditando o

²⁴³ Los precios tope pueden facilitar la realización de un acuerdo al permitir la coordinación entre distintos agentes económicos. Véase KNITTEL, C. R. y V. STANGO, *Price Ceilings as Focal Points for Tacit Collusion: Evidence from Credit Cards*, *The American Economic Review* 93(5), 2003, páginas 1703 a 1729.

Asimismo, los precios piso pueden constituir un importante elemento en el diseño de acuerdos colusorios. Véase CLARK, R. y J. F. HOUDE, *Collusion with Asymmetric Retailers: Evidence from a Gasoline Price-Fixing Case*, *American Economic Journal: Microeconomics*, 5(3), 2013, páginas 97 a 123.

²⁴⁴ Schelling (1987) introduce el concepto de los puntos focales o convenciones indicando que pueden ser mecanismos que faciliten la coordinación de agentes económicos. SCHELLING, Thomas. *The Strategy of Conflict*. Harvard University Cambridge, Massachusetts London. En ese sentido, los puntos focales pueden ser usados por las empresas como referencia o umbral para poder concertar. Ver: MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004. Capítulo 4.

²⁴⁵ Si los precios no fueran observables la colusión sería difícil de sostener. Ver: Edward GREEN y Robert PORTER, *Loc. Cit.*



condicionando sus incrementos de precios a los incrementos de precios de las demás cadenas. De esta manera, las comunicaciones demuestran que las cadenas investigadas exigían al proveedor San Fernando que asegure que sus competidores cumplan con la regla de respetar el PVPms (incluso mediante la amenaza de imposición de castigos) y condicionaban su propio cumplimiento del PVPm a que el resto de cadenas también lo hagan.

673. Así, por ejemplo, en el correo MAK-07, Makro condiciona su cumplimiento del PVPms a que también lo haga el resto del canal: "(...) vamos a respetar el precio sugerido por ustedes siempre y cuando sea respetado por todo el canal". De la misma manera, el correo SUP-12 evidencia como Supesa supedita el cumplimiento del PVPms a que las cadenas competidoras también lo hagan: "Esperamos que el resto de cadenas respeten el precio indicado". Asimismo, correos internos del proveedor demuestran exigencias por parte de las cadenas para que San Fernando garantice el cumplimiento del PVPms, considerando incluso castigos para aquellos autoservicios que incumplan. Así, Cencosud "requiere sanciones concretas en caso alguna cadena no respete el precio mínimo establecido" (SF-02) y Tottus requiere a San Fernando "la garantía de mantener el precio público de S/. 9.10 para pavo San Fernando en todas las cadenas".
674. Por ello, esta Comisión considera que la hipótesis esbozada por Tottus sobre la interpretación de que las comunicaciones evidenciarían un esquema RPM no resulta atendible, en la medida que la presión ejercida por el proveedor contra los autoservicios se realizaba con la finalidad atender las exigencias de los propios autoservicios para asegurarse que el resto del canal alineara también sus precios al PVPms acordado.
675. Ahora bien, las investigadas en sus descargos y sus alegatos al Informe Técnico han señalado que la evidencia documental ha sido cursada en el marco de relaciones verticales típicas entre proveedor y cliente, y no acreditarían un supuesto acuerdo para fijar precios. Así, en algunos casos, las comunicaciones reflejarían la interacción normal entre las cadenas de autoservicios y San Fernando en la medida que estos últimos tienen mayor conocimiento sobre su producto y la evolución del mercado y, en otros casos, se trataría de negociaciones bilaterales entre las cadenas y el proveedor con la finalidad de obtener mejores condiciones comerciales.
676. A diferencia de lo argumentado por las cadenas investigadas respecto a que las comunicaciones únicamente evidencian la interacción regular entre ellas y el proveedor para conocer mejor el mercado o para que este último mejorara sus condiciones comerciales, esta Comisión considera que las comunicaciones tenían como finalidad que el proveedor asegurase que todas las cadenas de autoservicios respetaran el PVPms o se comprometieran a nivelarse bajo el entendido que otras cadenas cumplirían con dichos precios, lo cual resulta compatible con la existencia de una práctica colusoria bajo el esquema *Hub and Spoke*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

677. En un escenario normal de competencia, si un autoservicio decidiera cumplir de forma independiente con los precios sugeridos para determinados productos de su proveedor, y luego verificase que sus competidores están ofertando dichos productos a precios menores, puede resultar razonable que esta empresa opte por reducir sus precios u ofrecer otras condiciones más competitivas. Por el contrario, no resulta legítimo exigir al proveedor que se asegure de que todas las cadenas de autoservicios respeten los precios para evitar una guerra de precios, como se ha podido verificar de las comunicaciones analizadas.
678. En efecto, las comunicaciones analizadas en el presente caso no muestran que el proveedor haya decidido reducir sus precios u ofrecer mejores condiciones competitivas. Por el contrario, se observa que ante la exigencia de los autoservicios para que se asegure que las demás competidoras cumplan con su compromiso de observar la regla, el proveedor solicitaba el respeto del PVPms establecido. Esta dinámica no guarda relación con la supuesta finalidad de conseguir mejores condiciones comerciales que alegan las empresas en sus alegatos, ya que no resulta coherente que la búsqueda de tal objetivo dependa de una actuación conjunta de las cadenas para nivelarse en torno a un PVPms.
679. Así, por ejemplo, en el correo SUP-04, ante el incumplimiento del PVP por parte de Tottus, Supesa señala al proveedor: *"¿qué acciones se van a tomar? ¿se va a cortar el despacho a Tottus? Nos vemos en la obligación de responder"*. Del mismo modo, en el correo SF-09, ante el reclamo de Tottus por un presunto incumplimiento del PVPms por parte de una cadena competidora, San Fernando responde *"el precio de campaña rige desde diciembre, en todo caso estamos haciendo la consulta con el jefe de ventas provincia para la alineación respectiva"*. Asimismo, en el correo SUP-04 San Fernando traslada a Supesa el reclamo de una cadena competidora por un encarte que estaría incumpliendo con el PVPms y le señala *"Lamentablemente tendrán que dar marcha atrás a estar oferta a través de un fe de erratas de lo contrario nos veremos obligados a conversar de urgencia las acciones a tomar"*.
680. Por lo expuesto, esta Comisión considera que las hipótesis esbozadas por los investigados sobre la interpretación de las comunicaciones analizadas no resulta atendible en la medida que las quejas no se realizaban con el propósito de lograr que San Fernando mejorara sus precios u otras condiciones comerciales, sino de que el proveedor garantizara que todas las cadenas de autoservicios respeten su compromiso de cumplir con el PVPms establecido, lo cual no resulta compatible con una práctica vertical, sino con un acuerdo colusorio bajo el esquema *Hub and Spoke*.

6.4.4 Sobre el rol de supervisión de San Fernando

681. En sus alegatos al Informe Técnico, San Fernando señaló que no le hubiera sido posible cumplir un rol de supervisión de la conducta investigada, como sostuvo la Dirección, pues su empresa no tenía la capacidad de ejecutar sus amenazas de castigo (cortes de despacho) en caso alguna cadena se desviara del PVPms. En específico, San Fernando indicó que las amenazas de castigo no resultaban creíbles



para los supermercados, pues estos conocían que a su empresa no le era factible colocar su stock en otros canales y que, además, dichas amenazas habrían ocurrido cuando los supermercados ya tenían la mayor parte del volumen despachado.

682. Al respecto, contrariamente a lo manifestado por San Fernando, esta Comisión considera que la evidencia documental demuestra que los autoservicios sí entendían que las amenazas de corte de despacho eran creíbles y podían ser ejecutadas por San Fernando en caso persistieran en su desviación del PVPms y no volvieran a alinearse en torno a la regla. Así, por ejemplo, en la campaña navideña del 2013, Makro desistió de su promoción con tarjeta Ripley (correos MAK- 09 al MAK-13) ante la amenaza del corte de despacho por parte de San Fernando y volvió a alinearse con el PVPms. Asimismo, en la misma campaña navideña Supesa se desistió de su descuento de 20% con tarjeta "Oh" todos los viernes ante la amenaza realizada por San Fernando de aplicar castigos ("acciones a tomar") si no se rectificaba (SUP-04 al SUP09 y SUP-11).
683. Lo anterior evidencia que las cadenas entendían como ciertas las amenazas de San Fernando, las que tenían como objetivo que los autoservicios se mantuvieran alineados con el PVPms. Dado dicho entendimiento, los autoservicios exigían también al proveedor que aplicara castigos (cortes de despacho) a las cadenas que no cumplieran con la regla (SF-02 de la campaña 2010 y SUP-11 de la campaña 2013). En efecto, Rodrigo Vásquez-Mejía, ex funcionario de Supesa, comentó que las amenazas de corte de despacho funcionaban como un método de presión para que los supermercados cumplieran con la regla de respetar el PVPms²⁴⁶:

"(...) ahí claramente está ejerciendo justamente su amenaza de oye, no lo dice explícitamente, pero si no haces si no sacas un fe de erratas, vamos a tener que hablar, como diciendo voy a tener que tomar otras medidas...o sobre las acciones a tomar ¿qué acciones a tomar? Bueno, te suspendo el despacho, no lo pone ahí, pero ese es el tenor, lo que hay entre líneas. Entonces ahí un poco nos están obligando, es decir, nos están tratando de desengancharnos como lo hizo con Makro, y ese es otro claro ejemplo de que ellos ejercían presión sobre todas las cadenas respecto de este tema".

684. Asimismo, en relación con lo mencionado por San Fernando sobre las supuestas dificultades para colocar su stock en otros canales en caso de haber optado por los castigos de corte de despacho, cabe precisar que ello no representaba un impedimento para realizar la interrupción del despacho, en tanto aún quedara algún volumen de pavo por despachar – así este fuera mínimo- a la cadena que recibía la amenaza.
685. Al respecto, como la propia San Fernando ha referido, el porcentaje de sus ventas a través de los autoservicios es un monto menor, a su vez, si el impase entre San Fernando y determinado autoservicio se presentaba, como también ha dicho San Fernando, cuando algunos despachos ya habían ocurrido, el nivel de ventas sobre el cuál se aplicaría el castigo podría terminar siendo un nivel muy pequeño de las ventas

²⁴⁶ Entrevista al señor Rodrigo Vásquez, sobre los correos SUP-04 a SUP-08, minuto 52:01.



de San Fernando en la campaña navideña, por lo que este proveedor podría asumir los costos que representaría tener que recolocar ese volumen de pavos enteros en otros canales y, por otro lado, tener un beneficio mayor derivado de sostener los PVP en niveles acordes con los PVPms.

686. Incluso, en una comunicación interna (SF-02), en San Fernando se propuso que en caso una de las cadenas incumpliera con el PVPms y ya se le hubiera despachado todo el pedido, el corte de despacho aplicaría para la campaña navideña siguiente: *"La sanción concreta que se toma es la de no abastecer a la cadena si incumple con el precio mínimo establecido (...) y si ya le abastecemos todo, la penalidad será para el próximo año"*.
687. Por lo tanto, conforme a lo explicado, esta Comisión considera que el argumento presentado por San Fernando sobre la imposibilidad de ejercer un rol de supervisión de la regla carece de asidero, en la medida que las amenazas de castigo que realizaba dicho proveedor para que los autoservicios volvieran a alinearse eran entendidas como ciertas o creíbles por los autoservicios y, atendiendo a que dichas amenazas podían ejecutarse de acuerdo con el volumen de pavo pendiente de despachar por parte de San Fernando o, incluso, se podría presentar la situación de un castigo aplicado para la siguiente campaña navideña.

6.5 Análisis de la evidencia en las campañas navideñas para la venta de pavo entero Redondos

688. En la Resolución de Inicio, se imputó a Cencosud, Supesa y Tottus la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero Redondos a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre los años 2010 a 2015, con el concurso del proveedor Redondos como facilitador para viabilizar dicho acuerdo.
689. Sin embargo, en el Informe Técnico, la Dirección consideró que, aunque los medios probatorios correspondientes al año 2010 demostrarían un actuar coordinado entre Cencosud, Supesa y Tottus, con la colaboración de Redondos como facilitador, tal situación no ocurría con los medios probatorios correspondientes a los años siguientes, por lo que la evidencia disponible no resultaba suficiente para demostrar que las empresas investigadas incurrieron, durante todo el período imputado, en la práctica colusoria horizontal imputada en la Resolución de Inicio sobre la comercialización de pavo entero Redondos.
690. Al respecto, en virtud del artículo 6.2 del TUO de la LPAG²⁴⁷, la Comisión coincide con la posición expuesta por la Dirección en el Informe Técnico respecto de este

²⁴⁷ TUO de la LPAG

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.



extremo de la imputación realizada en la Resolución de Inicio y hace suya la motivación desarrollada por la Dirección para sustentar dicha posición en la sección 6.2 del Informe Técnico.

691. Por consiguiente, esta Comisión concluye que no se encuentra acreditada la realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero Redondos a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre los años 2010 a 2015, con el concurso del proveedor Redondos como facilitador.

VII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

692. Luego de haber demostrado la existencia de la práctica colusoria horizontal investigada en la comercialización de pavo entero San Fernando, corresponde determinar la sanción adecuada que debe imponerse a cada uno de los infractores.

7.1 Reglas para la determinación de la sanción

693. El numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG consagra el principio de razonabilidad como uno de los principios especiales de la potestad sancionadora administrativa, en los siguientes términos:

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora

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

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

695. Al respecto, el artículo 47 del TUO de la LRCA establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción en los procedimientos sobre conductas anticompetitivas:
- (i) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
 - (ii) La probabilidad de detección de la infracción;
 - (iii) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
 - (iv) La dimensión del mercado afectado;
 - (v) La cuota de mercado del infractor;
 - (vi) 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;
 - (vii) La duración de la restricción de la competencia;
 - (viii) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
 - (ix) La actuación procesal de la parte.
696. Los dos primeros criterios, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción, están directamente vinculados con el principio de razonabilidad. En efecto, considerando que la sanción debe cumplir una función disuasiva, debe procurarse que sea mayor que los beneficios que el infractor obtendría como consecuencia de su conducta ilícita.
697. El beneficio ilícito esperado es el beneficio extraordinario real o potencial que obtuvo o pudo haber obtenido el infractor a la norma y que motivó su decisión de participar en una conducta anticompetitiva. 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.
698. La probabilidad de detección consiste en la probabilidad de que la autoridad de competencia descubra la realización de una conducta anticompetitiva. Este elemento es importante debido a que el infractor podría considerar que, aun cuando pierda el beneficio extraordinario como consecuencia de la imposición de una sanción, le conviene realizar la infracción si no existe mayor riesgo de ser detectado.
699. 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.
700. Estos dos criterios permitirán determinar un monto base de la multa que, en atención al principio de razonabilidad, garantice el cumplimiento de la función disuasiva de la sanción.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

701. No obstante, también debe considerarse otras circunstancias vinculadas con la conducta infractora, que permitirán apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivarán el incremento o la disminución de la multa base, en virtud del principio de proporcionalidad²⁴⁸.
702. Así, criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales generados sobre otros competidores y los consumidores, la participación de mercado del infractor y la duración de la conducta ilícita, son factores que permiten apreciar las repercusiones de la conducta infractora y, de esta manera, ayudan a establecer la gravedad de la infracción.
703. Del mismo modo, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala, criterios como la indebida actuación procesal y la reincidencia pueden ser considerados como agravantes de la sanción y, por lo tanto, pueden incrementar la multa base determinada a partir del principio de razonabilidad²⁴⁹.

7.2 Descripción del cálculo de la multa base para los agentes infractores

704. De acuerdo con las reglas para la determinación de la sanción, esta se calcula con base en el beneficio extraordinario obtenido y la probabilidad de detección, de modo que el monto resultante cumpla con la función de disuadir la infracción. Debe considerarse que, a mayor beneficio extraordinario, mayor deberá ser la multa. De forma similar, a menor probabilidad de detección, mayor deberá ser la multa.
705. Como primer paso, se calcula una Multa Base que proviene de dividir el beneficio ilícito esperado entre la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva, según la siguiente fórmula:

$$\frac{B^e}{p_{det}} \leq Multa$$

706. En el presente caso, al haberse evidenciado que el acuerdo horizontal se planificaba para la campaña navideña de cada año, esta Comisión considera que el beneficio ilícito esperado deberá incluir el beneficio potencial que se habría obtenido de mantener los precios colusorios durante la totalidad del periodo abarcado por cada campaña navideña.

²⁴⁸ "En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas (...)". Ver fundamento jurídico 17 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 2192-2004-AA ITC.

²⁴⁹ Sobre la obligación de las partes de observar una adecuada conducta procesal y la consideración del incumplimiento de este deber como factor agravante, ver Resolución 0352-2008/TDC-INDECOPI del 26 de febrero de 2008. Respecto de la reincidencia como factor agravante para la imposición de una multa, ver Resolución 0839-2009/TDC-INDECOPI del 29 de abril de 2008.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

707. Ahora bien, en la medida que la presente investigación incluye agentes económicos de eslabones distintos del mercado de pavo entero, el cálculo aplicable se desarrollará de manera diferenciada en las siguientes subsecciones.

7.3 Cálculo de la multa correspondiente a los autoservicios

708. En la presente investigación, un elemento fundamental identificado es la existencia de un PVPms, a partir del cual se efectuaba la alineación de precios, y que adoptó un valor distinto para cada uno de las campañas navideñas involucradas.

709. En efecto, se ha identificado que los autoservicios buscaron fijar precios equivalentes o similares a dicho PVPms, por lo que el cálculo del beneficio potencial será realizado considerando que las empresas habrían mantenido sus precios finales al nivel del PVPms durante cada campaña navideña.

710. Además, en la medida que se ha observado que la alineación se realizaba preponderando su cumplimiento para el mes de diciembre, siendo el mes de noviembre utilizado principalmente para coordinaciones, el beneficio potencial se calculará considerando únicamente el mes de diciembre de cada año.

711. De esta manera, el precio anticompetitivo que potencialmente se habría aplicado en cada campaña será equivalente al respectivo valor del PVPms, y será denotado como P_j^A , donde j identificará el año considerado, y se considerará que el mismo habría sido aplicado durante todos los días de diciembre de su respectivo año. Cabe resaltar que dicho precio será el mismo para las 4 empresas involucradas considerando que este era el precio respecto del cual se habrían buscado alinear.

712. Seguidamente, resulta necesario determinar cuáles habrían sido los precios que se habrían aplicado en un escenario competitivo durante las campañas navideñas en las que se mantuvo el acuerdo. Para ello, se construirán series de precios competitivos; es decir, los precios que se habrían determinado si las empresas hubiesen competido (escenario contrafactual), a partir de la información disponible referida a los precios registrados en las diferentes fechas de diciembre, y que han sido previamente tratados conforme al Anexo II para efectos de obtener un precio moda que resuma las observaciones de cada día.

713. Al respecto, conviene señalar que el motivo por el cual las referencias competitivas han sido extraídas de la información de transacciones de los meses de diciembre, y no los periodos previos o posteriores, como noviembre y enero, obedece a la marcada estacionalidad del presente mercado, siendo que el 91.09% de las ventas se realizó en diciembre,²⁵⁰ al ser un producto que se consume principalmente en navidad. Además, es en este mes en donde ocurre la situación descrita en la sección 6.4.1, referida a la necesidad de colocar rápidamente el stock que ha sido adquirido, debido a la falta de capacidad para almacenar el producto en enero, hecho que presiona a

²⁵⁰ Cálculo realizado considerando el número de kilos vendidos de pavo San Fernando por los 4 autoservicios durante los meses de diciembre del periodo 2009-2016.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

una disminución de precios durante el citado mes. En ese sentido, las condiciones tanto de la oferta como de la demanda son notoriamente diferentes en el mes de diciembre en comparación con el resto de meses, por lo que no sería posible utilizar información de precios de otros meses para recrear escenarios propios del mes de diciembre, sino que se requiere utilizar información de los propios meses de diciembre de los años del periodo de investigación.

714. En tal sentido, como se desarrollará a continuación, la metodología aplicada por la Comisión en el presente caso, que incluye la obtención de precios contrafactuales con información de desvíos acontecidos dentro del periodo colusorio y la determinación de tales precios contrafactuales diferenciados según día, se corresponde con las características particulares del mismo. Dichas características se diferencian con aquellas que están presentes en otros casos más comunes debido a la marcada estacionalidad de este mercado, así como la creciente presión sobre los autoservicios para agotar stocks a medida que transcurre el mes de diciembre y se acercan las fiestas navideñas.
715. Considerando lo anterior, las series de precios competitivos se calcularán tomando como primer insumo los precios de los periodos donde los autoservicios habrían competido en la comercialización del pavo entero; es decir, en aquellos periodos donde no se acreditó que la determinación de dichos precios fueran producto de un acuerdo colusorio. En ese sentido, se utilizará la información de precios del mes de diciembre (las campañas navideñas) del año 2014 para los 4 autoservicios, del 2012 para el caso de Cencosud, 2016 para el caso de Makro, y 2009 para el caso de Tottus.
716. Adicionalmente, si bien en el resto de campañas navideñas se acreditó la existencia de un acuerdo de precios, dicho alineamiento no siempre abarcó la totalidad de días de su respectiva campaña, sino que se presentaron desvíos en uno o más días, los cuales habrían permitido alcanzar niveles competitivos durante determinados periodos. En efecto, a partir de la evidencia documental²⁵¹, se ha podido apreciar que dichos desvíos obedecían a diferentes políticas de descuentos implementadas por los autoservicios, así como a la necesidad de mantener precios competitivos cuando observaban que un competidor se desviaba del PVPms reduciendo su precio. De esa forma, los desvíos señalados resultan ser adecuadas referencias competitivas, debido a que dichos descuentos, así como las reducciones en precios motivadas por la reducción de otro competidor, son situaciones que también habrían ocurrido de no haber existido el acuerdo, motivo por el cual su inclusión enriquecerá el cálculo del escenario competitivo, siendo este el segundo insumo para efectos de determinar las series competitivas.
717. Sobre este último punto, y conforme al estándar probatorio descrito en la sección 6.1, se considerará que en un determinado día se registró un comportamiento colusorio si

²⁵¹ Así, por ejemplo, se evidencia la aplicación de descuentos con carácter competitivo en correos como el SUP-04. En este se aprecia que, el 2 de diciembre de 2013, San Fernando comunica a Supesa lo siguiente: "Acabamos de recibir la llamada de la cadena de la competencia muy contrariada por el incumplimiento de nuestro acuerdo de salvaguardar el precio al público y margen de la campaña de pavo San Fernando al sacar el encarte con un descuento de 20% todos los viernes con tarjeta O [se refiere a la tarjeta Oh!]."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

su precio (moda) se encuentra en un nivel igual o superior al PVPms o se establece como máximo a S/ 0.02²⁵² por debajo del PVPms, en tanto que aquellos días con precios menores al PVPms en un monto mayor a S/ 0.02 serán considerados como competitivos.

718. Ahora bien, un aspecto relevante en la presente estimación consiste en que los precios competitivos contrafactuales serán diferenciados en función al día del mes de diciembre y la empresa analizada, con la finalidad de poder incrementar la precisión de los sobrepuestos a ser calculados.

Al respecto, la diferenciación por día obedece a los elementos particulares del mercado investigado, el cual, conforme a lo señalado por las propias investigadas, presenta una elevada variabilidad en la demanda incluso a nivel diario, alcanzando picos de ventas en las fechas cercanas a navidad, para luego descender significativamente, situación que presiona a los autoservicios a modificar sus precios a fin de colocar el stock disponible, incluso en periodos muy cortos de tiempo²⁵³. Esta situación dificulta la comparación de precios entre distintas fechas de un mismo mes, debido a los muy variables niveles de ventas y consecuentes modificaciones en los precios, por lo que se ha optado por construir contrafactuales diferenciados según el día de diciembre en que nos encontremos.

Por otra parte, la diferenciación por empresa obedece a las distintas políticas comerciales adoptadas por cada una de ellas, con diferentes esquemas de promociones, descuentos y determinación de precios, elementos característicos de la competencia intermarca ejecutada por los autoservicios y que han sido expuestos por ellos mismos en este procedimiento²⁵⁴, lo que hace necesario que los precios competitivos deban ser diferenciados según cada empresa.

719. Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a expresar cada precio competitivo identificado en términos del PVPms de su respectivo año ($x_{ijk}\%$), a fin de poder realizar comparaciones entre distintos periodos, lo cual permitirá construir los precios contrafactuales por día y empresa²⁵⁵. Así, los porcentajes competitivos serán calculados de la siguiente forma:

²⁵² El parámetro de S/ 0.02 se recoge de la forma bajo la cual las empresas coludidas convergían en torno al PVPms.

²⁵³ Esta información se desprende del escrito del 11 de agosto de 2021 de Cencosud, escrito del 26 de enero de 2021 de Tottus, y escrito del 21 de mayo de 2021 de San Fernando.

²⁵⁴ Así, por ejemplo, Tottus, en su escrito del 26 de enero de 2021, resaltó la existencia de su política independiente de descuentos y promociones.

²⁵⁵ Resulta importante tener en cuenta que el PVPms habría absorbido los cambios interanuales en costos u otros factores del mercado que inciden sobre los niveles de precios, considerando que su valor era determinado anualmente por el proveedor con la finalidad de evitar que los márgenes entren en niveles 'insanos para el negocio'. Dicha expresión fue recogida del correo MAK-10, en donde San Fernando comunicó a Makro:

*"(...) Ante todo saludándolos con toda cordialidad le comunicamos que estamos reforzando los precios de PAVO para campaña navideña con todas las cadenas de AASS según lo siguiente:
Este año San Fernando desea evitar la generación de una guerra de precios entre cadenas en donde nadie gana ya que el precio y el margen bruto estimado entrarían en un espiral de decrecimiento insano para el negocio. En consecuencia*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

$$x_{ijk}\% = \left(\frac{P_{ijk}}{PVPms_j} \right) * 100\%$$

Donde:

$x_{ijk}\%$ = Porcentaje competitivo respecto del PVPms para el día i , año j y empresa k .

P_{ijk} = Precio efectivamente cobrado para el día i , año j y empresa k .

$PVPms_j$ = PVPms para el año j

720. A partir de esto, se procederá a obtener un promedio de los porcentajes competitivos pertenecientes a un mismo día de diciembre²⁵⁶. Así, por ejemplo, se obtendrá el promedio de los porcentajes competitivos del tercer día de diciembre ($i = 3$) para la empresa Tottus promediando los porcentajes competitivos de los días 3 del citado mes en aquellos años donde dicha fecha haya sido considerada como competitiva. Esto se resume en la siguiente expresión:

$$\bar{x}_{ik}\% = \frac{\sum_{j=2009}^{2016} x_{ijk}\%}{n_{ik}}$$

Donde:

$\bar{x}_{ik}\%$ = Porcentaje competitivo promedio respecto del PVPms para el día i y empresa k .

n_{ik} = Número de porcentajes competitivos observados para el día i y empresa k .

721. Cabe destacar que el cálculo previo será realizado únicamente para las observaciones clasificadas como competitivas, con la finalidad de construir un contrafactual para aquellas fechas en que el precio fue colusorio²⁵⁷. Estos promedios porcentuales serán finalmente multiplicados por el PVPms de su respectivo periodo para obtener los precios competitivos contrafactuales. Esto se representa en la siguiente expresión:

$$P_{ijk}^C = \bar{x}_{ik}\% * PVPms_j$$

*hoy el precio de venta al público x kilo del pavo San Fernando es de S/.12.99 + IGV y el precio máximo de oferta será el S/.12.50 + IGV (3.8% de descuento) para cualquier encarte o publicación **con y sin tarjeta**. (...)*".

²⁵⁶ Conviene señalar que los precios competitivos alcanzan un valor mínimo de hasta el 50% del PVPms; sin embargo, esta Comisión ha verificado que solo 22 de 399 (5.5%) observaciones (fechas) clasificadas como competitivas se encuentran en el rango comprendido entre el 50% y 75% del PVPms, lo que podría considerarse como fechas con promociones excepcionales. En efecto, a partir de la propia evidencia documental (por ejemplo, correos SUP-01, SUP-04, CEN-04, CEN-14, MAK-20, SUP-09), se aprecia que los descuentos solían fluctuar en torno al 20 y 25% del precio, por lo que descuentos superiores a ello serían excepcionales. Por ello, para efectos de no construir un escenario con precios incluso inferiores a los que razonablemente podrían haberse encontrado en un mercado competitivo, se ha optado por establecer un límite inferior equivalente al 75% del PVPms. En ese sentido, solo se considerarán observaciones competitivas cuyos valores sean superiores al 75% del PVPms.

²⁵⁷ En el caso del año 2009, el cual contó con 2 PVPms (Lima y Provincias), las observaciones competitivas fueron obtenidas considerando únicamente las transacciones realizadas en Lima y Callao, debido a que allí se produjo la restricción anticompetitiva y se concentró la mayor parte de las ventas de los autoservicios en dicho año.



Donde, además de las variables ya presentadas:

P_{ijk}^C = Precio competitivo contrafactual para el día i , año j y empresa k .

722. De esta manera, se procederá a obtener los precios competitivos en aquellas fechas donde no se contaba con el mismo. El valor de los diferentes $\bar{x}_{ik}\%$ utilizados se presenta en el Anexo III. Asimismo, las series competitivas generadas para cada fecha se presentan en el Anexo IV.
723. Realizados estos pasos, se procederá a obtener el beneficio ilícito por año, para cada empresa, conforme a la siguiente expresión²⁵⁸:

$$B_{jk} = \sum_{i=1}^{31} (P_j^A - P_{ijk}^C) * Q_{ijk}$$

Donde:

B_{jk} = Beneficio ilícito potencial de la empresa k en el año j .

P_j^A = Precio anticompetitivo en el año j .

Q_{ijk} = Cantidad vendida por la empresa k en el día i del año j .

724. De esta manera, la multa base será calculada considerando la siguiente fórmula para cada empresa k :

$$Multa\ base = \frac{\sum_{j=2009}^{2016} B_{jk}}{pdet}$$

725. Ahora bien, con relación la expresión $P_j^A - P_{ijk}^C$, cabe señalar que en aquellos casos en donde la misma tome un valor negativo, se ha considerado un valor de cero. Esta situación es factible de presentarse debido a que, con la finalidad de alinearse al precio, los autoservicios podrían fijar un precio equivalente al PVPms incluso cuando el mismo es menor que aquel que se generaría competitivamente, en tanto el mismo permita obtener beneficios ilícitos en el resto de días.
726. Asimismo, para el caso de Supesa, al no contarse con las cantidades vendidas para los años comprendidos entre el 2010 y 2013, esta Comisión ha procedido a estimarlas a partir de la información disponible. Para ello, se ha calculado las cuotas de mercado para Supesa, respecto de las ventas de los cuatro autoservicios, para los meses de diciembre de los años 2014, 2015 y 2016, obteniéndose luego un promedio simple de dichas cuotas. Esta cuota promedio fue utilizada para estimar las ventas diarias de los meses de diciembre del periodo 2010-2013, teniendo en consideración las

²⁵⁸ Para el año 2009, las cantidades vendidas consideradas corresponden únicamente a aquellas transacciones realizadas en Lima y Callao, debido a que la práctica fue acreditada para dicha circunscripción.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros.

INDECOPI

cantidades vendidas por Cencosud, Makro y Tottus en dichos periodos, obteniéndose así la estimación de ventas realizadas por Supesa durante los años en que no se contaba con información. Los resultados obtenidos se muestran en el Anexo V.

727. Finalmente, en relación con las cantidades a usar para el cálculo de la sanción, Tottus y Supesa han argumentado que una parte de los kilos vendidos considerados para el cálculo de la multa propuesta en el Informe Técnico correspondería a ventas en el segmento corporativo. Asimismo, Tottus ha señalado que el criterio de eliminar ventas con cantidades negativas resulta en una sobreestimación de las cantidades imputadas en el cálculo de multa, debido a que dichos registros son parte de procesos de devolución y permiten un 'neteo' con las operaciones de venta.
728. Respecto del punto anterior, esta Comisión ha verificado lo señalado por las empresas, incluyendo la evidencia presentada por Tottus en su escrito del 14 de enero de 2022, motivo por el cual resulta adecuado excluir del cálculo aquellas cantidades vendidas que corresponden al segmento corporativo²⁵⁹.
729. Sin embargo, respecto de lo señalado por Tottus acerca de que no se debe eliminar las ventas con cantidades negativas debido a que corresponderían a devoluciones, esta Comisión aprecia que su inclusión generaría que se anulen las ventas que terminaron en devoluciones. Sin embargo, si bien la devolución es una posible alternativa con la que cuentan los consumidores una vez realizada la compra, lo cierto es que dichas transacciones sí existieron y resultan válidas para efectos de calcular el beneficio ilícito esperado, motivo por el cual no corresponde excluirlas, puesto que se trata de transacciones que los consumidores en algún momento previeron realizar. En efecto, según los registros de transacciones de Tottus, las ventas a las que hace referencia bajo este argumento se tratan de registros de montos en unidades monetarias y cantidades que corresponderían con transacciones habituales o usuales, tan solo que estarían bajo un registro de cantidades negativas al ser devoluciones. Por dicho motivo, corresponde desestimar lo alegado por la empresa en este extremo.
730. De esta manera, se obtuvo los siguientes beneficios ilícitos por año y empresa:

[CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA]

²⁵⁹ En el caso de Supesa, se identificó aquellas transacciones que contienen un descuento por cupón. Luego, se calculó la proporción que representó el monto descontado respecto del monto total, para cada transacción. Seguidamente, se aplicó dicha proporción a los kilos vendidos para efectos de diferenciar la fracción correspondiente a la venta corporativa de aquella realizada en tienda. Finalmente, se restó la proporción de kilos que correspondería al segmento corporativo. En el caso de Tottus, al no conocerse con exactitud cuáles de las transacciones registradas en su base de datos provinieron de las ventas corporativas, se ha optado por calcular el porcentaje que representaron las ventas corporativas (en kilos) a partir de la información presentada, respecto del total de kilos vendidos durante la campaña navideña correspondiente. Seguidamente, se aplicó dicho descuento porcentual a las cantidades vendidas en todos los días de diciembre.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Cuadro 3
Beneficios ilícitos

Año	Beneficio ilícito (S/)			
	Cencosud	Makro	Supesa	Tottus
2009	341,445.30	18,600.62	0.00	0.00
2010	381,412.00	28,966.32	343,726.14	330,857.81
2011	397,176.00	53,588.15	382,430.06	368,500.15
2012	0.00	44,738.84	357,603.55	478,036.49
2013	328,792.20	50,461.12	293,627.62	281,024.60
2014	0.00	0.00	0.00	0.00
2015	188,839.70	77,857.95	319,584.30	210,442.14
2016	397,114.30	0.00	349,400.90	266,215.97

731. Ahora bien, una vez calculado el beneficio ilícito potencial por año según el detalle explicado anteriormente, se aplicará un factor de actualización que permita preservar el valor en el tiempo de los beneficios ilícitos obtenidos²⁶⁰, con lo cual se estima sus valores actualizados.
732. Posteriormente, el valor resultante será dividido entre la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva.
733. Sobre el valor de la probabilidad de detección aplicable al presente caso, esta Comisión considera adecuado aplicar una probabilidad de detección de 41% debido, principalmente, a las siguientes consideraciones:
- (i) La investigación se inició por iniciativa de la autoridad (de oficio) sin mediar la presentación de una denuncia de parte u otro mecanismo bajo el cual los agentes económicos afectados hayan puesto en conocimiento de la autoridad indicios de una infracción.
 - (ii) El mecanismo de coordinación entre competidores se realizó contando con el proveedor San Fernando como facilitador, bajo un esquema hub & spoke, mediante correos electrónicos y reuniones presenciales entre cada autoservicio y dicho facilitador, no existiendo evidencia de comunicaciones cruzadas o reuniones entre los autoservicios.
 - (iii) La evidencia documental se encuentra dispersa y fragmentada, correspondiendo esta a correos electrónicos internos de las empresas investigadas o entre alguno de los autoservicios y el proveedor San Fernando, los mismos que solo pudieron ser recabados a través de visitas de inspección dispuestas por la autoridad.

²⁶⁰ Para el cálculo del factor de actualización se considera el IPC según el mes y el año en el que se realizó la campaña navideña; luego, esta información es comparada con el IPC del mes de febrero de 2022, equivalente a 100,35 (base 2021). Así, el factor de actualización es calculado como la división entre el IPC de febrero de 2022 y el IPC del mes de la campaña navideña analizada, previa uniformización de los años base.



734. Al respecto, en un caso reciente, la Sala, mediante Resolución 0138–2020/SDC-INDECOPI²⁶¹, estableció una probabilidad de detección de 41% en un caso que tenía características similares al presente²⁶². Ciertamente, en esa decisión de la Sala se consideró factores como: (i) la evaluación requirió información documental que solo estaba en poder de las empresas involucradas, tales como como las comunicaciones internas recabadas por la autoridad; (ii) la conducta anticompetitiva consistió en la fijación de precios de venta mínimos a partir de los cuales los competidores fijaban sus precios de venta, característica que solo pudo ser identificada a partir de la evidencia documental recopilada durante la investigación, (iii) existe evidencia del actuar concertado a partir de la revisión del comportamiento de los precios de venta de las empresas imputadas; y (iv) el acuerdo colusorio sancionado respondió a un comportamiento desplegado de forma encubierta (se procuró no dejar constancia de la actuación en actas o documentos similares) durante distintos periodos.
735. Cabe señalar que, de acuerdo con las consideraciones señaladas en los párrafos previos, esta Comisión discrepa con la probabilidad de detección de 60% propuesta por la Dirección en su Informe Técnico puesto que, como ha señalado la Sala en la propia Resolución 0138–2020/SDC-INDECOPI, el cálculo de la probabilidad de detección debe determinarse en función a las características de cada caso en concreto y es necesario que la autoridad efectúe una evaluación más precisa de la probabilidad de detección que corresponda.
736. Cabe indicar que este porcentaje de probabilidad de detección guarda correspondencia con los valores registrados en diversos estudios econométricos y estadísticos, encuestas y opinión de expertos, donde señalan que la probabilidad de detección para casos de cárteles estaría entre el 10% y 50%.
737. En efecto, los estudios econométricos y estadísticos indican que las probabilidades de detección de los cárteles están entre el 10 y 24%.²⁶³ Por su parte, las encuestas

²⁶¹ En dicho caso se investigó un acuerdo horizontal que tuvo como finalidad fijar el precio de venta del diésel y los gasoholes de 84, 90 y 95 octanos en la ciudad de Chimbote.

²⁶² Véase los párrafos 1858 y 1873 de la citada Resolución.

²⁶³ Al respecto, cuatro documentos determinan lo siguiente:

Considerando los cárteles descubiertos en Estados Unidos entre 1961 y 1988 se estima que la probabilidad de detección estaría en el rango de 13 al 17%. Ver: BRYANT, Peter y ECKARD, Woodrow. *Price Fixing: The Probability of Getting Caught*. The Review of Economics and Statistics, Vol. 3, No. 3 (agosto de 1991), páginas 531 a 536.

Adicionalmente, teniendo en cuenta los cárteles descubiertos en Estados Unidos entre 1960 y 1985, la probabilidad de detección se estima en 17%. Ver: Harrington Jr., Joseph E. y Yanhao Wei. *What Can the Duration of Discovered Cartels Tell Us About the Duration of All Cartels?* PIER Working Paper No. 14-042.

Asimismo, considerando los cárteles descubiertos entre 1969 y 2007 en la Unión Europea, se estima que la probabilidad de detección estaría en el rango de 12,9% a 13,2%. Ver: COMBE, Emmanuel, MONNIER, Constance y LEGAL Renaud. *Cartels: the Probability of getting caught in the European Union*. Bruges European Economic Research papers (marzo de 2008).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

sugieren que esta probabilidad se encuentra por debajo de 50%.²⁶⁴ Por último, los estudios en base a opiniones de expertos en materia de libre competencia señalan que la probabilidad de detección estaría entre 10 y 33%.²⁶⁵

738. A partir de dichas consideraciones, se obtiene la multa base:

[CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA]

En un estudio más reciente, tomando los cárteles descubiertos entre 1984 y 2009 en la Unión Europea, se estima que la probabilidad de detección estaría en el rango de 10% y 20% en la mayoría de veces en el periodo evaluado. Ver: ORMOSI, Peter. *A Tip of the Iceberg? The Probability of Catching Cartels*. Journal of Applied Econometrics. (2014), páginas 549-566.

Finalmente, considerando la información disponible para 20 países en desarrollo desde 1995 hasta 2013, se encuentra que la probabilidad de detección sería de 24%. Ver: IVALDI, Marc, JENNY, Frédéric y KHIMICH, Aleksandra. *Cartel Damages to the economy: An Assessment for developing countries*. Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries. International Law and Economics. Springer, Cham (2016).

²⁶⁴ En detalle, los resultados de las siguientes tres encuestas sugieren lo siguiente:

La probabilidad de detección se ubicó en menos de 50%. Ver Beckenstein, AR y Landis-Gabel H. *Antitrust Compliance: Results of A Survey of Legal Opinion*. Antitrust Law Journal, 51(3), Antitrust Developments (1982). En la misma línea, para el caso europeo, ver: FEINBERG, Robert M. *The Enforcement and Effects of European Competition Policy: Results of a Survey of Legal Opinion*. Journal of Common Market Studies, Vol. 23 No.4 (1985), páginas 373-84.

Por su parte, la probabilidad de detección se ubicó en 21,7% en una encuesta aplicada a abogados, economistas y empresarios de Reino Unido y Bruselas. Dicho valor se obtiene de la relación entre la cantidad de personas detectadas como participantes de un cártel (295) y la cantidad de personas que modificaron sus políticas comerciales debido a que estas podían ser ilegales (1 361). Ver: Deloitte and Touche. *The Deterrent Effect of Competition Enforcement by the OFT*, OFT Reporte 962, Londres: OFT (2007).

²⁶⁵ Al respecto, los siguientes cinco documentos recogen la opinión de expertos en materia de libre competencia y sugieren lo siguiente:

La probabilidad de detección debería ser como máximo 10%, de acuerdo con Douglas Ginsburg, funcionario de la División Antitrust del Departamento de Justicia de los EE.UU. Ver: Douglas H. Ginsburg, *before the united states sentencing commission, hearings concerning alternatives to incarceration* (1986).

Adicionalmente, considerando las características de los cárteles detectados antes de 1987, se recoge que la probabilidad de detección sería menos de 33%, posiblemente hasta 10%. Ver: WERDEN, Gregory y SIMON, Marilyn J. *Why Price Fixer Should Go to Prison*. Antitrust Bulletin 917 (1987).

Por su parte, en relación con los cárteles en Europa, se considera que, a partir de una revisión sobre lo encontrado en otras jurisdicciones, en Europa la probabilidad de detección no sería mayor que 33%; Ver: WILS, Wouter P.J. *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?* World Competition (2005).

A partir de una revisión de los estudios desarrollados para cárteles en EE.UU. y Europa, se considera prudente suponer que la probabilidad de detección de cárteles que perciben las empresas es de 15%. Ver: BUCCIROSSI, Paolo y SPAGNOLO, Giancarlo. *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?*. Contributions to Economic Analysis, Volumen 282 (2007), páginas 81-122.

Finalmente, Gregory Werden actualiza su opinión respecto de la probabilidad de detección y estima que esta sería menos de 25% en relación con los cárteles detectados en Estados Unidos. Ver: WERDEN, Gregory J. *Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime*. (2009).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Calle De la Prosa 104 - San Borja, Lima.Perú/ Central:(511) 224-7800

www.indecopi.gob.pe

178/226

**Cuadro 4**
Multa por empresa²⁶⁶

Empresa	Beneficio ilícito (S/)	Beneficio ilícito actualizado (S/)	Multa base (S/)	Multa en UIT
Cencosud	2,034,779.50	2,669,879.54	6,511,901.32	1,415.63
Makro	274,213.00	355,978.93	868,241.28	188.75
Supesa	2,046,372.57	2,629,489.16	6,413,388.20	1,394.21
Tottus	1,935,077.17	2,509,630.99	6,121,051.21	1,330.66

739. Con relación a la gravedad de la infracción, esta Comisión concuerda con la Dirección en que la misma debe ser calificada como grave, ello considerando que: (i) se trata de un cártel, práctica sujeta a la prohibición absoluta; (ii) la práctica afectó a un producto importante en el consumo en el marco de las fiestas navideñas; (iii) la práctica se realizó únicamente en el canal moderno bajo el que se comercializa un porcentaje menor de las ventas de pavo entero en comparación con el canal tradicional y las ventas corporativas, no obstante, incluyó a los principales proveedores del mismo; y (iv) se trató de una práctica colusoria horizontal que afectó a un mercado estacional, y cuyo consumo anual es significativamente menor, por ejemplo, al correspondiente al producto pollo (aunque cobra relevancia en el mes de diciembre a raíz de la navidad).
740. Así, considerando que se trata de una infracción calificada como grave y que las multas determinadas para Cencosud, Supesa y Tottus superan el tope previsto en el artículo 46.1 del TUO de la LRCA²⁶⁷, corresponde disminuir las multas de estas empresas hasta el límite máximo de 1000 UIT para cada una.
741. Finalmente, con relación a la disposición de que el monto de la multa no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor o su grupo económico durante el ejercicio inmediato anterior, el cual se encuentra establecido en la misma norma, esta Comisión ha tomado conocimiento que las ventas de las cuatro empresas se encuentran en niveles superiores a los mil millones de soles²⁶⁸, motivo por el cual dicho límite no resulta aplicable.

²⁶⁶ El valor de la UIT para el año 2022 es S/ 4,600.

²⁶⁷ TUO de la LRCA

Artículo 46.- El monto de las multas.-

46.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

(...)

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; (...).

²⁶⁸ Información extraída de la base de datos Perú Top 10000 2021, la cual contiene datos de facturación del año 2020.



7.4 Cálculo de la multa correspondiente al facilitador

742. En la presente investigación, se ha evidenciado que San Fernando fungió como facilitador de la práctica anticompetitiva, al recibir y transmitir los reclamos o quejas realizados por los autoservicios y realizar gestiones conducentes al cumplimiento del PVPms de manera conjunta por parte de los autoservicios, lo cual se encuentra tipificado como infracción en el artículo 2.4 del TUO de la LRCA a partir del año 2015.
743. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión considera que la multa del facilitador debe ser calculada considerando que el mismo también se podría haber beneficiado de los incrementos del precio del pavo entero al consumidor final, circunscribiendo dicho cálculo para el periodo 2015-2016. En ese sentido, y al igual que en el caso de los autoservicios, se buscará calcular el beneficio esperado para los meses de diciembre de los citados años.
744. Al respecto, en la sección 6.4.1 se ha analizado los diferentes incentivos que habría tenido San Fernando para efectos de participar en la conducta colusoria, identificándose los siguientes: (i) se evitaba pérdidas en el posicionamiento del pavo marca San Fernando, (ii) se evitaba posibles reducciones en los precios de lista, y (iii) se evitaba incurrir en una desventaja competitiva en precios en el canal corporativo respecto del canal moderno.
745. En su Informe Técnico, la Dirección desarrolló una metodología basada en considerar que los principales beneficios ilícitos de San Fernando provenían del punto (ii), y que el acuerdo habría permitido a San Fernando mantener precios de lista en niveles colusorios, los mismos que resultan superiores a aquellos correspondientes a un escenario competitivo.
746. Sin embargo, esta Comisión considera que no existe suficiente evidencia para afirmar que San Fernando habría obtenido beneficios ilícitos a partir de mantener precios de lista elevados, o bien que, de existir, estos hayan sido lo suficientemente significativos como para considerarlos más relevantes que aquellos obtenidos en los puntos (i) y (iii).
747. Por el contrario, a criterio de esta Comisión, los principales beneficios que habría obtenido San Fernando producto del acuerdo colusorio provienen, precisamente, de evitar una pérdida en el posicionamiento de su marca, así como evitar incurrir en una desventaja competitiva en precios en el canal moderno.
748. Sobre el primer punto, existe evidencia suficiente para dicha consideración en tanto la propia empresa ha mencionado la necesidad de que su precio transmita la calidad de su producto, habiendo desplegado inversiones para ello. No obstante, esta Comisión considera no contar con información suficiente que permita realizar una estimación consistente acerca de los beneficios que ilícitamente habría obtenido San Fernando por evitar que su precio, en el canal moderno, no refleje la calidad de su



producto, sin perjuicio de que ello, a juzgar por la importancia para su marca, sería un aspecto de relevancia para San Fernando.

749. Por dicho motivo, esta Comisión considera necesario centrar el análisis en aquellos beneficios ilícitos que San Fernando habría obtenido a través de evitar que su precio del canal corporativo incurra en una desventaja competitiva respecto del precio en el canal moderno. Se buscará analizar los beneficios obtenidos como contraste entre el escenario observado (colusorio) y uno en el que no se hubiese realizado la práctica (competitivo).
750. Al respecto, en un escenario competitivo, los precios de los autoservicios habrían descendido cada año conforme a los contrafactuales determinados, lo que habría llevado a que San Fernando no pueda mantener su precio en el canal corporativo al mismo nivel que el efectivamente realizado, en tanto sus clientes verían como alternativa comprar directamente a los autoservicios a precios menores, conforme a lo señalado en el numeral 621 de la presente Resolución.
751. Dicha reducción de precios representa la diferencia entre el escenario colusorio y el competitivo, y permitiría calcular los beneficios ilícitamente obtenidos por San Fernando.
752. De esta manera, su beneficio ilícito, para el año j , puede expresarse de la siguiente forma:

$$B_j^{SF} = (P_j^{A-SF} - P_j^{C-SF}) * Q_j$$

Donde:

B_j^{SF} = Beneficio ilícito potencial de San Fernando en el año j .

P_j^{A-SF} = Precio anticompetitivo de San Fernando en el año j en el canal corporativo.

P_j^{C-SF} = Precio competitivo de San Fernando en el año j en el canal corporativo.

Q_j = Cantidad vendida en el año j en el canal corporativo.

753. Así, la multa base puede calcularse bajo la siguiente expresión:

$$Multa\ base = \frac{\sum_{j=2015}^{2016} B_j^{SF}}{p^{det}}$$

754. Sin embargo, resulta importante señalar que no se cuenta con información acerca de los precios en el canal corporativo. No obstante, esta Comisión sí cuenta con información sobre el canal moderno, y también conoce que el canal corporativo es mucho mayor que este primer canal. Por dicho motivo, si se calculan los beneficios ilícitos utilizando información del canal moderno, los resultados serán conservadores, en tanto representa solo una fracción del canal corporativo. Más aún si se considera que no se está incluyendo en el cálculo aquellos beneficios asociados al punto (i) del



numeral 744, correspondientes a evitar la pérdida del posicionamiento de la marca San Fernando.

755. Ahora bien, bajo la lógica señalada, se calculará cuáles habrían sido los beneficios ilícitos de San Fernando considerando como escenario que dicho proveedor buscaba evitar una reducción del precio que cobraba en el canal moderno, escenario que sería una aproximación de lo que dicho proveedor esperaba que suceda en el canal corporativo. Este ejercicio equivale a simular que los precios de San Fernando en el canal moderno tienen niveles superiores en un escenario colusorio, en contraste con un escenario competitivo.
756. Sobre lo señalado, conviene notar que el precio cobrado por San Fernando en el canal moderno corresponde a su precio de lista, por lo que el ejercicio buscado equivale a calcular los beneficios ilícitos obtenidos producto de que los precios de lista se hayan incrementado en el canal moderno debido a la colusión.
757. Esta Comisión considera oportuno reiterar que este cálculo no implica asumir que San Fernando se haya beneficiado de incrementos en los precios de lista en el canal moderno, en la medida que no se cuenta con información en el expediente que así lo acredite, sino que únicamente se busca analizar dicho escenario como una aproximación conservadora de lo que habría sucedido en el canal corporativo.
758. Habiendo realizado esta explicación, esta Comisión aprecia que la metodología desarrollada por la Dirección permite un cálculo adecuado de lo que habría sucedido si San Fernando se hubiese beneficiado de incrementos (o no reducciones) en sus precios de lista en el canal moderno, bajo el supuesto de que estos fluctúan conforme a los incrementos (o no reducciones) logradas en los precios finales de los autoservicios.
759. Este supuesto resulta razonable en la medida que, precisamente, las reducciones en los precios finales de los autoservicios habrían incidido directamente en los precios del canal corporativo. Por dicha razón, el margen de incremento (o no reducción) en los precios finales del canal moderno con relación a un escenario competitivo, equivaldría al margen que habría tenido San Fernando para elevar (o no reducir) sus precios en el canal corporativo.
760. Así, siguiendo el razonamiento de la Dirección, en la medida que el precio de San Fernando en el canal moderno corresponde a una venta intermedia, y el precio de los autoservicios a una venta final, es posible considerar que el precio del proveedor equivaldrá a una proporción α del precio de venta del autoservicio, hecho que razonablemente se presentará tanto en un escenario colusorio como en un escenario competitivo. Con ello, el margen anticompetitivo (diferencia entre el precio colusorio y competitivo) del proveedor será equivalente a una proporción α del margen anticompetitivo de los autoservicios.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

761. De esa manera, al haberse construido una serie de precios contrafactual para los autoservicios, será posible derivar los precios que habría aplicado San Fernando en un escenario competitivo si se logra determinar el parámetro α , para lo cual se procederá a utilizar la información que obra en el expediente del presente caso, y que se encuentra disponible para las empresas investigadas.
762. En principio, es importante considerar que, para el escenario anticompetitivo, el precio de venta que se esperaba apliquen los autoservicios corresponde al PVPms del respectivo año, pues el objeto del acuerdo era precisamente buscar un alineamiento en torno a dicho precio. Por ello, el precio de venta de San Fernando, para efectos del escenario anticompetitivo, se expresará como una proporción o porcentaje α del PVPms.
763. Seguidamente, una particularidad del presente caso que permitirá aproximar la proporción α es la existencia de desvíos, pues en aquellos días en que los autoservicios buscaban colocar su stock en los días cercanos a Navidad, en línea con lo expresado por las propias empresas, podían adoptar una posición más competitiva, reduciendo sus precios incluso si ello implicaba pérdidas de márgenes.
764. En efecto, Cencosud, en su escrito del 11 de agosto de 2021, ha descrito que sus márgenes de ganancia experimentaron reducciones, especialmente en aquellos días de mayor demanda. Esto se logra visualizar en los gráficos presentados por la empresa, en donde se aprecia que los márgenes, para el caso del proveedor San Fernando, caen a cero (campana 2016) e incluso se tornan negativos (campana 2013). Similar escenario ocurre con el precio del producto proveniente de Redondos, lo que refleja que, en ocasiones, es posible que el precio final equivalga al costo de adquisición del producto o incluso alcance niveles inferiores al mismo.
765. A partir de lo anterior, resulta razonable considerar que aquellos precios que reflejan una mayor desviación en torno al PVP, durante el mes de diciembre de los diferentes años investigados, se habrían aproximado al costo de compra del producto, o incluso habrían estado por debajo de este, lo que habría ocasionado márgenes negativos.
766. En ese sentido, se ha explorado los diferentes precios efectivamente aplicados por los autoservicios durante el mes de diciembre del periodo 2009-2016, encontrándose que la mayor diferencia respecto del PVP sucedió el 05 de diciembre de 2015, cuando la empresa Makro fijó su precio final en un valor equivalente al 50% del PVPms de dicho año, lo que representa el valor relativo mínimo en las bases de transacciones analizadas.
767. A partir de este resultado, y bajo un enfoque conservador, es posible afirmar que el precio al que San Fernando vendió el pavo entero a los autoservicios representó al menos el 50% del PVPms de su respectivo año, pues aun considerando la totalidad de años involucrados, y conociendo que se han presentado márgenes de ganancia negativos o iguales a cero, el precio final nunca descendió de ese valor relativo al PVPms.



768. Un elemento adicional que permite considerar que el precio mayorista fue igual o mayor al 50% del PVPms es el Gráfico 1 del escrito del 21 de mayo de 2021 de la propia San Fernando, en donde se aprecia que los precios de lista del pavo de la marca homónima habrían estado siempre por encima de los S/ 7 por kilo durante los años 2015 y 2016, cuando el PVPms fue de S/ 11.50 en ambos años lo que significa un valor superior al 60% de los PVPms.
769. De esta forma, esta Comisión concuerda con la Dirección en considerar que el 50% del PVPms es una aproximación adecuada y conservadora del precio al que San Fernando habría vendido su producto a los autoservicios bajo la marca homónima, por lo que resulta razonable considerar que el parámetro α equivalga a 50%.
770. Así, y considerando lo previamente explicado, es posible aproximar el beneficio ilícito de San Fernando como el 50% (α) de margen anticompetitivo obtenido de las ventas de los autoservicios durante el mes de diciembre de 2015 y 2016. Es decir, será posible expresar los beneficios anticompetitivos que habría obtenido San Fernando de haber logrado incrementos (o no reducciones) en el canal moderno, como una agregación del diferencial anticompetitivo de los 4 autoservicios multiplicado por la proporción α :

$$\sum_{k=1}^4 \sum_{i=1}^{31} \alpha (P_j^A - P_{ijk}^C) * Q_{ijk}$$

Lo que equivale a:

$$B_j^{SF} = \alpha \sum_{k=1}^4 B_{jk}$$

771. De esta forma, el beneficio ilícito aproximado del facilitador corresponderá a una proporción de la sumatoria de beneficios potenciales obtenidos por los autoservicios, obteniéndose lo siguiente:

Cuadro 5
Cálculo del beneficio ilícito

Año	Beneficio ilícito de los autoservicios	Beneficio ilícito de San Fernando
2015	796,724.09	398,362.05
2016	1,012,731.17	506,365.58

772. Este cálculo, como se mencionó, corresponde a una aproximación utilizando información del canal moderno, pero que representa un cálculo conservador de lo que habría sucedido en el canal corporativo, y más aún si se considera que no se está incluyendo aquellos beneficios asociados al punto (i) del numeral 744, correspondientes a evitar la pérdida del posicionamiento de la marca San Fernando.



773. Una vez calculada esta aproximación al beneficio ilícito potencial por año según el detalle explicado anteriormente, se aplicará un factor de actualización que permite preservar el valor en el tiempo de los beneficios ilícitos obtenidos²⁶⁹. Con ello, se estima sus valores actualizados y posteriormente se divide entre la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva, la cual, como se mencionó en la subsección previa (7.3), corresponderá a un valor de 41%, obteniendo así la Multa Base.

Cuadro 6
Multa de San Fernando

Beneficio ilícito	Beneficio ilícito actualizado	Multa base	Multa en UIT
904,727.63	1,054,897.88	2,572,921.66	559.33

774. Asimismo, al haberse calificado la infracción como grave, corresponde observar los límites establecidos en el artículo 46.1 del TUO de la LRCA²⁷⁰.

775. Al respecto, la multa calculada asciende a 559.33 UIT, por lo que no supera el tope de 1000 UIT señalado en la norma. Adicionalmente, se ha tomado conocimiento que las ventas de la empresa se encuentran en niveles superiores a los mil millones de soles,²⁷¹ razón por la cual tampoco resulta aplicable el límite del 10% de los ingresos.

7.5 Alegatos de las partes sobre la determinación de las multas

776. Como parte de sus alegatos, los investigados han emitido diferentes cuestionamientos en torno a las multas propuestas por la Dirección, los mismos que se sintetizan a continuación.

777. Respecto de la multa de los autoservicios:

- (i) Debe excluirse del cálculo aquellos días clasificados como desvíos o competitivos y que formaron parte de campañas navideñas calificadas como colusorias, en tanto las empresas actuaron competitivamente y no obtuvieron beneficios ilícitos. Ello en línea con el hecho de que en aquellas campañas

²⁶⁹ Para el cálculo del factor de actualización se considera el IPC según el mes y el año en el que se realizó la campaña navideña; luego, esta información es comparada con el IPC del mes de febrero de 2022, equivalente a 100,35 (base 2021). Así, el factor de actualización es calculado como la división entre el IPC de febrero de 2022 y el IPC del mes de la campaña navideña analizada, previa uniformización de los años base.

²⁷⁰ TUO de la LRCA

Artículo 46.- El monto de las multas.-

46.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

(...)

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; (...).

²⁷¹ Información extraída de la base de datos Perú Top 10000 2021, la cual contiene datos de facturación del año 2020.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

navideñas donde no se acreditó la práctica tampoco se calculó un beneficio ilícito.

- (ii) Debe utilizarse el PVP efectivamente cobrado y no el PVPms para efectos de aproximar el precio anticompetitivo. En pronunciamientos previos, la Comisión y la Sala han utilizado el precio efectivamente cobrado.
- (iii) Debe descontarse las unidades vendidas a un precio menor al supuestamente concertado.
- (iv) La metodología adoptada conlleva a que el margen anticompetitivo se incremente a partir de la segunda mitad de diciembre, que coincide con los días de mayor demanda y donde se observa una mayor dinámica competitiva. Resulta cuestionable considerar que el PVPms era vinculante para fechas posteriores al 18 o 19 de diciembre.
- (v) El método para obtener el precio contrafactual basado en utilizar los mismos días de diferentes años no registra precedente, debido a que en resoluciones previas se ha utilizado precios de días o periodos previos.
- (vi) Los precios utilizados como referencias competitivas corresponden a promociones que no pueden ser consideradas como un contrafactual, porque ello implicaría asumir que, de no existir el presunto acuerdo, se contaría con capacidad para aplicar un precio promocional de manera permanente.
- (vii) Una metodología alternativa para el cálculo del precio competitivo, propuesta por Supesa,²⁷² consiste en utilizar el diferencial de precios entre San Fernando y Redondos para años no colusorios, y generar precios competitivos a partir de sumar dicho diferencial al precio de Redondos, utilizando, a su vez, las caídas observadas en los precios durante los días previos a Navidad, a efectos de considerar que el precio competitivo convergerá al efectivamente cobrado a partir del 21 de diciembre.
- (viii) Para que la multa refleje efectivamente el beneficio ilícito debe incorporarse los efectos indirectos de un presunto acuerdo, considerando los ingresos y costos adicionales generados por el mismo, y que corresponden a una reducción en la cantidad vendida de pavo San Fernando, incremento en la cantidad vendida de pavo Redondos, e incremento en el costo de compra mayorista a San Fernando. Esto último implica que la multa del facilitador debe ser descontada de la multa de los autoservicios, debido a que de no hacerlo se estaría incurriendo en una doble contabilidad de la multa impuesta en perjuicio de estos últimos.
- (ix) Debe excluirse del beneficio ilícito aquella fracción correspondiente al impuesto a la renta y al reparto de utilidades para los trabajadores, conforme a la

²⁷² En su escrito del 06 de diciembre de 2021.



jurisprudencia internacional, y considerando que dichos conceptos no forman parte de la utilidad de los autoservicios.

- (x) Debe excluirse el IGV, siguiendo lo expresado en pronunciamientos previos de Indecopi, debido a que dicho impuesto pertenece al Estado y no a la empresa.
- (xi) La actualización con el IPC no se encuentra prevista normativamente, y equipara incorrectamente el concepto de beneficio ilícito con un bien o servicio de la canasta familiar, por lo que no captura necesariamente las variaciones en el precio del producto bajo análisis. Para mantener el valor en el tiempo del beneficio lo apropiado sería utilizar la inflación de la UIT.

Respecto de la multa del facilitador:

- (xii) Se ha omitido utilizar la información de los precios de lista del año 2014, los mismos que corresponden a precios competitivos, y que son superiores a los precios de lista supuestamente colusorios de los años 2015 y 2016, por lo que el beneficio sería nulo.
- (xiii) Se asume que el presunto beneficio ilícito de San Fernando se deriva del beneficio ilícito de los autoservicios (proporcionalidad estricta) a pesar de que ambos agentes económicos participan en mercados con estructuras diferenciadas. Además, la propia hipótesis establece que aguas abajo existió un precio coordinado, en tanto que aguas arriba los proveedores determinaban su precio bajo competencia; por dicho motivo, el precio aguas abajo sería proporcionalmente mayor debido a que San Fernando, al enfrentar competencia, no podría aumentar su precio a niveles anticompetitivos.
- (xiv) El margen calculado de San Fernando, bajo la metodología desarrollada, se encuentra en función a la diferencia entre el precio colusorio y competitivo de los autoservicios. A su vez, dicho precio competitivo varía en función a qué tantos descuentos realizaron los autoservicios debido a que se calcula en función a los desvíos. Sin embargo, los precios de lista se negocian y fijan antes de que inicie la campaña navideña (entre mayo y junio), por lo que el beneficio de San Fernando no debería fluctuar según ello, más aún considerando que corresponden a precios de otro mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a absolver los alegatos citados.

7.5.1 Acerca del beneficio potencial y el precio anticompetitivo

778. Esta Comisión aprecia que los alegatos de los puntos (i), (ii), (iii) y (iv) están dirigidos a cuestionar la utilización del beneficio potencial, debido a que el mismo implica considerar que, para aquellas campañas en que se ha acreditado la participación de determinada empresa, el precio anticompetitivo, en términos potenciales, resulta equivalente al PVPms, el cual se aplica a todas las transacciones del mes de



diciembre del año de la práctica, independientemente de si las empresas efectivamente aplicaron dicho precio o no.

779. Al respecto, es oportuno señalar que el TUO de la LRCA, en su artículo 47, establece lo siguiente:

"Artículo 47.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

a) *El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción; (...)*

[Énfasis agregado]

780. De esa manera, la legislación ha recogido expresamente que el beneficio ilícito esperado constituye uno de los criterios para la graduación de la multa.

781. Seguidamente, la Sala, en un reciente pronunciamiento referente al mercado de servicios de impresiones de material educativo,²⁷³ ha señalado lo siguiente:

"(...) es importante reiterar que el cálculo de la multa se realiza en base al beneficio ilícito esperado o potencial y no sobre la base del beneficio ilícito efectivo."

782. En dicho caso, las empresas que participaron de la práctica colusoria horizontal no siempre lograron materializar lo coordinado en torno a las licitaciones públicas en las que se presentaron; sin embargo, la Sala señaló que el beneficio ilícito debía ser calculado conforme a lo que esperaban los agentes.

783. De esta forma, la segunda instancia ha confirmado que el beneficio ilícito se calcula a partir de lo que potencialmente habrían obtenido las empresas infractoras en caso la práctica se hubiese ejecutado conforme a lo esperado, a pesar de que el beneficio efectivo pueda ser inferior.

784. Por dicho motivo, si bien las empresas han alegado que solo se debe considerar el beneficio efectivamente obtenido, esta Comisión ha acreditado que el acuerdo horizontal tuvo como finalidad mantener el precio en un nivel equivalente al PVPms durante cada campaña navideña, motivo por el cual, a pesar de que el acuerdo no se materializó según lo esperado por las empresas imputadas, corresponde calcular el beneficio esperado considerando que dicho PVPms iba a ser aplicado durante la totalidad del mes de diciembre, para todas las transacciones realizadas.

785. Así, esta Comisión estima que la multa impuesta a partir del beneficio potencial es razonable y disuasiva, en tanto se encuentra conforme a lo que, en atención de la evidencia analizada, habrían esperado los agentes infractores. Cabe señalar que el beneficio ilícito de cada empresa ha sido calculado solo para aquellas campañas en

²⁷³ Ver numeral 951 de la Resolución 0183-2021/SDC-INDECOPI.



las que se ha acreditado su participación, para efectos de, precisamente, guardar concordancia con el beneficio que habrían esperado obtener.

786. Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por las empresas investigadas en estos extremos.

7.5.2 Acerca del precio contrafactual

787. Con relación al punto (v), resulta importante considerar que la graduación de las multas siempre toma en consideración las características particulares de cada caso, siendo que el mercado de pavo entero se caracteriza por ser altamente estacional.

788. Dicha estacionalidad justifica la adopción de una metodología de obtención de precios contrafactuales que busca referentes competitivos a partir de lo observado durante el propio mes de diciembre, considerando, incluso, una correspondencia a nivel de cada día, en tanto existió una alta variabilidad en torno a las ventas diarias, lo que dificulta la comparación entre días previos y posteriores. Ello conforme a lo explicado en los numerales 713 a 718 de la presente resolución.

789. Respecto del punto (vi), conviene señalar que los precios contrafactuales buscan reflejar aquellos precios que se habrían dado en un escenario competitivo, los mismos que pueden abarcar tanto precios regulares como promocionales. En efecto, a partir de la evidencia documental (por ejemplo, correos SUP-01, SUP-04, CEN-04, CEN-14, MAK-20, SUP-09), se aprecia que los descuentos solían fluctuar en torno al 20% y 25%, y son precisamente estos descuentos los que se recogen como referencias competitivas. Ello en tanto no se ha considerado desvíos que reduzcan el precio a niveles inferiores que el 75% del PVPms, conforme a lo explicado en la nota al pie 256, pues podrían representar descuentos excepcionales. Precisamente, dicho límite se estableció a fin de no construir un escenario con precios incluso inferiores a los que razonablemente podrían haberse encontrado en un mercado competitivo.

790. Finalmente, en relación con el punto (vii), esta Comisión aprecia que la metodología propuesta utiliza los precios de una marca distinta, Redondos, a pesar de que se cuenta con suficiente información de la propia marca San Fernando para efectos de calcular el precio competitivo. En efecto, tampoco se ha justificado de qué manera resultaría mejor tomar como referencia los precios de Redondos en lugar de los propios precios de San Fernando.

791. Por lo expuesto, corresponde rechazar los argumentos de las partes, siendo que esta Comisión considera apropiada la metodología de cálculo de precios contrafactuales desarrollada en la presente Resolución.

7.5.3 Acerca de los efectos indirectos y una presunta doble contabilidad

792. En el punto (viii) se ha señalado que el cálculo del beneficio ilícito debe incorporar los efectos que el incremento de precios habría tenido sobre las cantidades vendidas de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

pavo San Fernando y pavo Redondos, así como el mayor costo de adquisición a San Fernando debido al incremento en los precios de lista, valor que debería ser finalmente descontado de la multa de los autoservicios, puesto que de lo contrario se estaría incurriendo en una doble contabilidad.

793. Al respecto, el cálculo de multas en los casos de cárteles realizado por la Comisión, así como también por la Sala, responde a una metodología de cálculo aplicada por el Indecopi en múltiples casos de esta categoría de prácticas anticompetitivas y que contiene una determinación lógica de una multa base que se establece, principalmente, en función de las diferencias de precios (colusorios versus competitivos) y las cantidades potencialmente afectadas.
794. La Comisión considera que dicha metodología de cálculo cumple con ser objetiva, razonable y predecible, siendo acorde con los criterios establecidos para estos efectos en el artículo 47 del TUO de la LRCA. Siendo ello así, la Comisión no ha considerado necesario en el presente caso incorporar otros elementos de juicio en la determinación de las multas de las empresas infractoras.
795. Por otro lado, en relación con una supuesta doble contabilidad entre las multas a los autoservicios y la multa al facilitador, esta Comisión considera que no existe lugar a una posible doble contabilidad, en tanto las multas de los autoservicios se encuentran ligadas a los beneficios que potencialmente habrían obtenido al establecer precios artificialmente altos en el canal moderno, mientras que la multa aplicada a San Fernando como facilitador de la práctica anticompetitiva corresponde al beneficio ilícito que habría obtenido producto de evitar una reducción de precios en el canal corporativo.
796. Por lo anterior, corresponde rechazar lo alegado en este extremo.

7.5.4 Acerca del IGV, el impuesto a la renta y las utilidades

797. Con relación a los puntos (ix) y (x), los cuales inciden en que debe descontarse el IGV, el impuesto a la renta y las utilidades, cabe precisar que dichos argumentos ya han sido evaluados por la Comisión en anteriores pronunciamientos, véanse por ejemplo las resoluciones emitidas: Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI y Resolución 104-2008/CLC-INDECOPI, entre otras.²⁷⁴
798. Respecto de la exclusión del IGV, esta Comisión considera oportuno indicar que la cuantificación del beneficio extraordinario no se encuentra sujeta a la deducción de impuestos u otros costos asociados con los ingresos percibidos por cada infractor en particular. Así, atendiendo a que las normas de libre competencia pretenden disuadir las conductas anticompetitivas – en particular, las prácticas colusorias que involucran un beneficio ilícito esperado –, corresponde a la autoridad contraponer el monto que

²⁷⁴ Ello en el mismo sentido de lo señalado por la Sala. Véase, por ejemplo, la Resolución 0225-2019-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019, la Resolución 171-2019/SDC-INDECOPI del 12 de setiembre de 2019 y la Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014, entre otras.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

los administrados esperaban recibir como resultado de la conducta ilícita y el ingreso que habrían percibido en un contexto de competencia, sin discriminar los conceptos que particularmente puedan involucrar el precio final.

799. Sobre este punto, mediante Resolución 0138-2020/SDC-INDECOPI del 30 de octubre de 2020, la Sala expresamente ha establecido lo siguiente:

"A pesar de que las apelantes indicaron que el IGV no formó parte de sus ingresos netos y cuestionaron que la Comisión haya invocado una eventual compensación del crédito fiscal, lo cierto es que tales argumentos se encuentran relacionados con la rentabilidad efectiva de la práctica colusoria sobre los resultados de las empresas involucradas.

Esta circunstancia es ajena a la evaluación del presente procedimiento, pues el beneficio neto derivado de una conducta en el mercado (en este caso, anticompetitiva) es variable y depende de diversos factores adicionales propios de la organización y las decisiones empresariales de cada agente económico en particular, los cuales exceden el objeto de análisis de los procedimientos administrativos de libre competencia".

[Subrayado agregado]

800. Por su parte, mediante Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019, la Sala también estableció lo siguiente:

"(...) la cuantificación del beneficio extraordinario no se encuentra sujeta a la deducción de impuestos u otros costos asociados con los ingresos percibidos por cada infractor en particular, sino que es determinado en función al total de cantidades vendidas considerando el sobreprecio estimado. Por lo tanto, atendiendo a que las normas de libre competencia pretenden disuadir las conductas anticompetitivas – en este caso, las prácticas colusorias entre competidores –, corresponde a la autoridad contraponer el monto que los administrados esperaban recibir al establecer consensuadamente un determinado precio de venta y el ingreso que habrían percibido en un contexto de competencia, sin discriminar los conceptos que particularmente puede involucrar el precio final".

[Subrayado agregado]

801. A mayor abundamiento – y tal como lo estableció la Sala en anteriores pronunciamientos – el TUO de la LRCA hace referencia a las ventas o ingresos brutos al momento de establecer los límites de la multa final²⁷⁵. Esto evidencia la racionalidad

²⁷⁵ TUO de la LRCA

Artículo 46.- El monto de las multas

46.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

de la norma legal, la cual no ha considerado aplicable la evaluación de la rentabilidad neta de las empresas (ni la deducción de aspectos de carácter tributario) para graduar la sanción correspondiente.

802. De otro lado, respecto a descontar el Impuesto a la Renta, esta Comisión mantiene la posición expresada en las resoluciones antes emitidas, en particular, en la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI²⁷⁶, en la que, en base a la opinión de la Sala²⁷⁷, se consideró que no resultaba apropiado incluir factores financieros o tributarios para el cálculo de la multa a imponer. Sostener lo contrario implicaría que el cálculo de la multa deba corresponder necesariamente al beneficio efectivamente percibido por el infractor, luego de aplicado el impuesto a la renta, lo cual resulta ajeno a los procedimientos materia de defensa de la competencia, en donde se debe considerar el factor de beneficio ilícito esperado por el agente infractor. Análogamente, tampoco corresponde excluir la fracción de utilidades repartidas a trabajadores, en tanto se busca calcular el beneficio ilícito esperado y no el beneficio efectivamente obtenido.
803. Por los motivos expuestos, esta Comisión considera que corresponde desestimar los alegatos de las investigadas en este extremo.

7.5.5 Acerca de la actualización con el IPC

804. Con relación al punto (xi), cabe señalar que, según lo establecido en el artículo 248 del TUO de la LPAG, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.²⁷⁸ Por dicha razón, y a fin de dar cumplimiento a esta disposición, esta Comisión se encuentra obligada a calcular las multas que impone de tal manera que puedan mantener su valor en el tiempo, lo cual efectivamente se logra aplicando un ajuste de inflación a dichas multas.
805. Sobre este último punto, y siguiendo el mismo razonamiento, la Sala ha manifestado lo siguiente:

"Si bien los Transportistas no tendrían en cuenta el efecto de la inflación en los flujos que esperaban recibir al inicio de la conducta para efectos del cálculo de la multa, sí

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

²⁷⁶ Ver numeral 242 de la mencionada Resolución.

²⁷⁷ Ver numeral 257 de la Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI y numeral 1077 de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI.

²⁷⁸ TUO de la LPAG

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

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



*debe considerarse la inflación acumulada entre la fecha en que finalizó la conducta y la emisión de la resolución de primera instancia, de tal forma que el beneficio esperado real mantenga su valor en el tiempo, y no se encuentre afectado por periodo que duró la investigación en primera instancia*²⁷⁹.

[Énfasis agregado]

806. En consecuencia, el uso de un factor de actualización de los beneficios extraordinarios resulta concordante con lo establecido en las normas y jurisprudencia en materia de libre competencia.
807. Ahora bien, en relación con el argumento de actualizar la multa base a través de la UIT en lugar del IPC, esta Comisión precisa que, considerar la UIT como indicador base para el cálculo del factor de actualización subestimaría el cálculo de dicho factor. En otras palabras, ajustar la multa por la UIT implicaría subestimar el efecto de la inflación sobre la misma, no permitiendo que su valor se mantenga en el tiempo.
808. La diferencia señalada en el párrafo precedente se sustenta en el hecho de que el Ministerio de Economía y Finanzas, entidad encargada de determinar el valor de la UIT, toma en consideración otro aspecto macroeconómico al fijar la UIT cada año, en particular, el impacto que tendría este valor sobre la recaudación²⁸⁰. Por ello, esta Comisión no considera adecuado ajustar la multa de cada año al valor de la UIT.
809. Ello se encuentra en el mismo sentido de lo señalado por la segunda instancia, que ya se ha pronunciado anteriormente sobre este argumento. Así, en el numeral 1099 de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, la Sala afirmó:

"(...) el factor de ajuste pertinente para corregir las posibles pérdidas del valor real del dinero en el tiempo viene dado por la variación mensual del IPC. Por el contrario, la UIT es tan solo un valor de referencia anual y de carácter tributario -construido a partir de supuestos macroeconómicos- que se emplea para determinar la obligación contable que la empresa tendrá que asumir ante la autoridad, por lo que no resulta idóneo para estimar el efecto de la inflación".

810. De esta forma, el IPC, al ser un indicador que se relaciona con la evolución de los precios de bienes y servicios de la economía en general, resulta adecuado como indicador base para el cálculo del factor de actualización.
811. Por dichos motivos, corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

7.5.6 Acerca de la multa del facilitador

812. Respecto de los puntos (xii), (xiii) y (xiv), se aprecia que los alegatos están dirigidos a cuestionar la metodología adoptada por la Dirección para efectos de calcular la multa

²⁷⁹ Véase el numeral 162 de la Resolución 2424-2013/SDC-INDECOPI del 23 de diciembre de 2013.

²⁸⁰ Para más detalles véase el Decreto Supremo 353-2016-EF e Informe 323-2016-EF/61.01.



del facilitador. Sin embargo, esta Comisión ha adoptado un enfoque distinto a la propuesta del Informe Técnico de la Dirección, bajo el cual se ha calculado dicha multa, considerando los beneficios ilícitos que San Fernando habría obtenido en el segmento corporativo, beneficios aproximados a partir de la información del segmento moderno. Ello en tanto no se cuenta con suficiente evidencia para estimar los incrementos en los precios de lista de San Fernando en el canal corporativo.

813. De esa manera, los datos del canal moderno son utilizados únicamente para aproximar un escenario conservador, sin que ello signifique considerar que San Fernando obtuvo efectivamente un beneficio producto de incrementar su precio de lista en dicho canal, aspecto del cual no se cuenta con evidencia en el expediente. Por dicho motivo, esta Comisión considera que carece de objeto atender los cuestionamientos realizados respecto de la metodología de la Dirección.
814. Sin perjuicio de ello, resulta importante considerar que el realizar ajustes a los supuestos considerados para la aproximación realizada a partir de los datos del canal moderno no justificaría reducir la cuantía de la multa, en tanto es una aproximación conservadora de los beneficios que habría obtenido San Fernando en el canal corporativo.
815. Por lo expuesto, corresponde desestimar los alegatos de la empresa investigada en estos extremos.

VIII. MEDIDAS CORRECTIVAS

816. Al haberse acreditado la comisión de una infracción por parte de las empresas investigadas, esta Comisión considera pertinente dictar, como medida correctiva, la aplicación de un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia (en adelante, el Programa de Cumplimiento), de acuerdo con lo dispuesto en el literal e) del artículo 49.1 del TUO de la LRCA.
817. Este artículo establece que la Comisión puede dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, entre las cuales se encuentra el desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia²⁸¹. En general, los programas de cumplimiento suponen la implementación de políticas, procedimientos y todo mecanismo que adopten los agentes económicos para procurar la mejora en el cumplimiento de las normas de competencia al interior de las empresas. Los principales beneficios de un programa

²⁸¹ TUO de la LRCA

Artículo 49.- medidas correctivas

49.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

(...)

e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

de cumplimiento son la prevención de infracciones, la detección y control de riesgos de incurrir en una conducta anticompetitiva y la detección oportuna de este tipo de prácticas²⁸².

818. Diversas agencias de competencia y organismos internacionales resaltan la importancia de poner en funcionamiento programas de cumplimiento. Por ejemplo, la Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) considera de suma relevancia la aplicación de programas de cumplimiento como herramienta de las agencias de competencia en la lucha contra los cárteles²⁸³.
819. En el mismo sentido, el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés) reconoce que los beneficios de este tipo de programas para las autoridades son (i) la prevención, ya que desincentivan la formación de cárteles y (ii) la detección oportuna de prácticas anticompetitivas que, por un lado, aumenta la posibilidad de que la autoridad de competencia detenga el cártel antes de que este ocasione un daño significativo en la economía y, por otro lado, aumenta la probabilidad de que las empresas sean las primeras en solicitar clemencia cuando descubran que han incurrido en una conducta anticompetitiva²⁸⁴.
820. De acuerdo con el DOJ, los programas de cumplimiento deben especificar lo siguiente: (i) características sobre la delimitación y comunicación de los objetivos del programa de cumplimiento al interior de la empresa y (ii) características sobre el establecimiento de un mecanismo de detección y sanción de medidas anticompetitivas al interior de la empresa²⁸⁵.
821. Igualmente, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea señala que los programas de cumplimiento deben reflejar: (i) una estrategia clara, comunicada al interior de la empresa sobre el control de riesgos de comisión de conductas

²⁸² Ello en la misma línea de lo expresado por la Fiscalía Nacional Económica de Chile en el manual titulado Programas de Cumplimiento de las normas de libre competencia, publicado en junio del 2012. Para mayor detalle, véase: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁸³ En el manual del ICN "Cartel Awareness, Outreach and Compliance" (2012). p.19, se señala lo siguiente: "La detección, investigación y sanción de cárteles es una prioridad para cada agencia de competencia. Los cárteles típicamente se desenvuelven en secreto por lo que, adicionalmente a la aplicación de normas de libre competencia, es importante trabajar activamente para prevenir la ocurrencia de conductas anticompetitivas. Promover la aplicación de programas de cumplimiento es, por lo tanto, una herramienta importante para las agencias de competencia en la lucha contra los cárteles".

Traducción libre de: "The detection, investigation and prosecution of cartel behaviour is a priority for every competition agency. Cartels are typically shrouded in secrecy and, in addition to effective enforcement, it is important to work actively to prevent cartel behaviour. Promoting compliance is therefore an important tool for competition agencies in the fight against cartels." Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMAwarenessOutreachCompliance.pdf (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁸⁴ Departamento de Justicia de Estados Unidos (2002). "Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective". Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁸⁵ *Ibíd.*



anticompetitivas, (ii) constante actualización sobre materias de libre competencia y canales de comunicación para absolución de consultas sobre la estrategia adoptada, (iii) mecanismos de monitoreo para la detección o tratamiento de una posible infracción, o, cuando sea el caso, para la eliminación de una conducta riesgosa²⁸⁶.

822. En nuestro ordenamiento jurídico, aunque no en el ámbito del Derecho de la Competencia si no en el Derecho Penal, pueden mencionarse los “Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención”, aprobados por la SMV mediante Resolución SMV N° 006-2021-SMV/01 del 29 de marzo de 2021 y publicados en el Diario Oficial El Peruano el 31 de marzo de 2021.

Estos Lineamientos tienen como objetivo que aquellas personas jurídicas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y sus modificatorias²⁸⁷ cuenten con una herramienta referencial en la implementación y puesta en funcionamiento de su modelo de prevención. En dichos Lineamientos, la SMV considera como elementos mínimos de su modelo de prevención a las siguientes acciones: (i) la identificación, evaluación y mitigación de riesgos, (ii) la designación de un encargado de prevención, (iii) la implementación de procedimientos de denuncia, (iv) la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención y (v) la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

823. Cabe mencionar que la Comisión no ha sido ajena a la relevancia que han cobrado los programas de cumplimiento en los últimos años. Así, en diversos procedimientos se han dictado medidas correctivas consistentes en la implementación de este tipo de programas por parte de empresas involucradas en cárteles. Véase por ejemplo las Resoluciones 010-2017/CLC-INDECOPI, 100-2017/CLC-INDECOPI, 104-2018/CLC-INDECOPI, 014-2020/CLC-INDECOPI, 015-2021/CLC-INDECOPI y 080-2021/CLC-INDECOPI²⁸⁸, que sancionaron a las empresas imputadas por su participación en prácticas colusorias horizontales y ordenaron la implementación de programas de un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia por un periodo de tres (3) a cinco (5) años.

²⁸⁶ Comisión Europea, Dirección General de Competencia. *Compliance matters*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (2012). Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁸⁷ El objetivo de dicha Ley es el de regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado y en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

²⁸⁸ Cabe indicar que los Programas de Cumplimiento dictados en las Resoluciones 100-2017/CLC-INDECOPI y 015-2021/CLC-INDECOPI fueron confirmados por la Sala mediante Resoluciones 157-2019/SDC-INDECOPI y 183-2021/SDC-INDECOPI, respectivamente. Por su parte, el Programa de Cumplimiento dictado en la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI fue parcialmente confirmado mediante Resolución 037-2021/SDC-INDECOPI. Efectivamente, mientras que la Comisión decidió que las capacitaciones ordenadas debían ser llevadas a cabo de manera presencial, la Sala dictaminó que estas también podían ser llevadas a cabo de forma virtual o semipresencial, siempre que se garantizara la simultaneidad de la interacción y el cumplimiento de las demás características ordenadas por la autoridad, lo cual implicaba que las clases virtuales o semipresenciales debían hacerse mediante sesiones en vivo.



824. La "Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia", aprobada mediante Resolución 006-2020/CLC-INDECOPI del 27 de marzo de 2020 (en adelante, la Guía de Cumplimiento), proporciona lineamientos para el dictado de Programas de Cumplimiento en calidad de medidas correctivas. En efecto, si bien se reconoce la potestad de las empresas de definir el alcance de los componentes que formarán parte de sus programas de cumplimiento de acuerdo con sus propias necesidades y características, la Guía de Cumplimiento desarrolla los componentes esenciales que forman parte de un programa de cumplimiento efectivo. De manera similar, en otras jurisdicciones, las agencias de competencia (como las de Estados Unidos²⁸⁹, Canadá²⁹⁰, Chile y la Unión Europea) han emitido guías para dar a conocer las características mínimas con las que debe contar un programa de cumplimiento.
825. La Guía de Cumplimiento establece como componentes esenciales los siguientes: (i) Compromiso real de cumplir de la Alta Dirección; (ii) Identificación y gestión de riesgos, tanto actuales como potenciales; (iii) Procedimientos y protocolos internos; (iv) Capacitaciones para los trabajadores; (v) Actualización constante y monitoreo del programa de cumplimiento; (vi) Auditorías al programa de cumplimiento; (vii) Procedimientos para consultas y denuncias; y (viii) Designación de un Oficial o Comité de Cumplimiento.
826. Con base en el marco teórico reseñado, el Informe Técnico recomendó a esta Comisión ordenar a las empresas imputadas, como medida correctiva, la implementación de un programa de cumplimiento por un periodo de tres (3) años. En esa misma línea, esta Comisión considera pertinente imponer dicha medida correctiva. Para estos efectos, resulta relevante que el Programa de Cumplimiento a ser implementado por cada empresa sancionada cumpla con los elementos esenciales señalados en la Guía de Cumplimiento, en la forma que será desarrollada a continuación.

8.1 Compromiso real de cumplir de la Alta Dirección

827. El compromiso real de la Alta Dirección se refiere al nivel de involucramiento que debe existir en las más altas jerarquías de una empresa, tanto la Gerencia General como su Directorio, en el cumplimiento de la normativa de libre competencia y en el desarrollo de una cultura organizacional ética y transparente, con la finalidad de asegurar que exista un compromiso transversal respecto del programa de cumplimiento de una empresa, evitando así un actuar incoherente entre los trabajadores y las instancias que lideran las decisiones comerciales más importantes al interior de la organización.

²⁸⁹ Departamento de Justicia de Estados Unidos (2019). "Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigation". Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download> (última consulta: 21 de marzo de 2022).

²⁹⁰ Agencia de Competencia de Canadá - Competition Bureau Canada (2015), "Corporate Compliance Programs". Disponible en: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html> (última consulta: 21 de marzo de 2022).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

828. Por ello, se ordena que, en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles, contados a partir de que la presente Resolución haya agotado la vía administrativa o haya quedado consentida al no haber sido impugnada, la Alta Dirección de cada una de las empresas sancionadas deje constancia de la aprobación del Programa de Cumplimiento (**nuevo o existente**), su implementación y monitoreo, mediante actas de directorio o documentos institucionales, tales como la memoria anual de la empresa (o el documento que haga sus veces), entre otros.
829. En el mismo plazo señalado en el párrafo anterior, la Alta Dirección deberá expresar al resto de la organización su compromiso con el Programa de Cumplimiento mediante las herramientas o actividades que a su libre decisión considere pertinentes (por ejemplo, la difusión de mensajes institucionales o la celebración de reuniones organizacionales que evidencien los compromisos específicos de la alta Dirección).

8.2 Identificación y gestión de riesgos, tanto actuales como potenciales

830. El componente esencial de identificación y gestión de riesgos de incumplimiento de la normativa en libre competencia permitirá a las empresas identificar con mayor certeza cuáles son las líneas o áreas del negocio que enfrentan una mayor aversión a incumplir las normas de libre competencia, y, por ende, le permitirá reconocer el alcance de las acciones que deberá desplegar a fin de reducir el riesgo de la ocurrencia de una infracción y asegurar un comportamiento lícito a futuro.
831. En tal sentido, esta Comisión considera que corresponde que este punto de la medida correctiva sea cumplido por las empresas sancionadas de la siguiente forma:
- a) En un plazo no mayor a cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de que la presente Resolución haya agotado la vía administrativa o haya quedado consentida al no haber sido impugnada, cada una de las empresas imputadas deberá proponer a la Dirección una empresa consultora especialista en identificación de riesgos para que esta identifique las áreas donde existan riesgos de que se incumpla la normativa de libre competencia, utilizando una matriz de riesgos, y proponer medidas para contrarrestar dichos riesgos. Dicha propuesta será aprobada o denegada en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.
 - b) En la elección de la empresa consultora, las empresas investigadas deberán tener en cuenta las siguientes pautas:
 - La empresa debe ser una consultora especialista en identificación de riesgos, con experiencia en la materia, así como independencia e imparcialidad en la ejecución de sus servicios y que no haya brindado o participado en auditorías a las empresas en los últimos cinco (5) años.
 - El gerente general y los directores de la empresa consultora propuesta, así como las personas que esta designe para la evaluación de riesgos, no pueden tener relación con los gerentes generales o directivos de las



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

empresas investigadas hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

- c) En un plazo no mayor a noventa (90) días hábiles desde la aprobación de las propuestas que presenten las empresas sancionadas, las empresas consultoras elegidas deberán elaborar un reporte que incorpore la identificación de riesgos y los mecanismos a implementar para su mitigación, los cuales serán comunicados al Gerente General de cada empresa investigada, para que disponga su implementación; a su Oficial del Cumplimiento, para su supervisión; y, a la Dirección.
- d) La implementación de las medidas necesarias para la mitigación y revisión de riesgos deberá someterse a un seguimiento continuo y periódico por parte de la Alta Dirección y/o el Oficial de Cumplimiento, en función a los cambios que enfrente la dinámica comercial de la empresa o a las normativas aplicables. Este seguimiento deberá ser reportado a la Dirección de manera semestral, por todo el período de aplicación del Programa de Cumplimiento.
- e) La identificación de riesgos y de los mecanismos necesarios para su mitigación, a través de un reporte, deberá realizarse adicionalmente en los dos (2) años siguientes, contados desde la presentación del primer reporte y bajo las mismas características que este.

8.3 Procedimientos y protocolos internos

- 832. Los procedimientos y protocolos internos son componentes esenciales de todo Programa de Cumplimiento y tienen por finalidad alinear de manera ética el comportamiento de los trabajadores de la empresa en aquellas prácticas comerciales mayormente expuestas a riesgos anticompetitivos.
- 833. En tal sentido, esta Comisión considera que corresponde que este punto de la medida correctiva sea cumplido de la siguiente forma:
 - a) Los procedimientos y protocolos internos deberán ser establecidos sobre la base de los riesgos identificados en la matriz de riesgos (incluyendo las áreas de la empresa más riesgosas) y deberán mantenerse actualizados ante los cambios en el mercado, en la dinámica comercial de la empresa, en la normativa aplicable, entre otros.
 - b) Las empresas imputadas deberán incluir, necesariamente, procedimientos y protocolos internos destinados a regular el comportamiento de los trabajadores involucrados en las relaciones comerciales con distribuidores o proveedores, la asistencia a reuniones con competidores y el uso del lenguaje por parte de los trabajadores en las comunicaciones, entre otros que consideren pertinentes.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- c) Se deberán comunicar los referidos procedimientos y protocolos de una manera sencilla y amigable, por ejemplo, mediante la elaboración de una lista que comprenda los títulos de “qué hacer” y “qué no hacer”; ello con la finalidad de generar una interiorización más efectiva en el comportamiento de los trabajadores.
- d) Los procedimientos y protocolos deberán también difundirse a través de diversos medios que sean de fácil acceso, como correos electrónicos, ventanas emergentes (*pop-ups*), publicaciones en la página web o intranet de la empresa o mediante comunicaciones formales (comunicados, memorandos, publicaciones institucionales). Asimismo, es necesario que estos sean difundidos y recordados en las capacitaciones a los trabajadores.
- e) En cualquier caso, los protocolos y procedimientos deberán también ser difundidos por los funcionarios de la Alta Dirección de la empresa, ya que ello reforzará el compromiso institucional por el respeto a las normas de libre competencia. Asimismo, esta comunicación deberá hacerse de manera periódica, la cual podrá variar, entre otros factores, debido a la identificación de nuevos riesgos en el monitoreo y supervisión del Programa y por el ingreso de nuevos trabajadores a la organización.
- f) Estos procedimientos y protocolos deberán ser elaborados en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles contados a partir de la presentación del primer reporte de identificación de riesgos y deberán ser presentados a la Dirección para su revisión y aprobación en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles.

8.4 Capacitaciones anuales para los trabajadores sobre la normativa en materia de libre competencia

834. De conformidad con la Guía, la importancia de las capacitaciones para los trabajadores de una empresa que se encuentra implementando un programa de cumplimiento radica en que fomentan un espacio de diálogo y motivación para el desarrollo de una cultura de cumplimiento a nivel organizacional. Asimismo, las capacitaciones generan que los trabajadores desarrollen sus labores con claridad respecto a qué se encuentra permitido por la normativa de libre competencia y puedan encontrarse en una mejor situación para resistir presiones (internas o externas) para incumplir.
835. En tal sentido, corresponde que este punto de la medida correctiva sea cumplido de la siguiente forma:
- a) Las capacitaciones sobre la normativa en materia de libre competencia deberán ser anuales, deberán ser dictadas por especialistas en libre competencia o por



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

una universidad acreditada y deberán tener una duración total anual no menor de veinticuatro (24) horas²⁹¹.

- b) Las capacitaciones podrán dictarse de forma presencial, virtual o semipresencial. En el caso que se opte por alguna de las dos últimas opciones, se deberá privilegiar que las clases se realicen mediante transmisiones en vivo por parte de los expositores, de tal manera que se permita la interacción en tiempo real con los participantes.
- c) Las capacitaciones deberán, como mínimo, tratar sobre los siguientes temas:
- Explicación de reglas generales establecidas en la normativa vigente en materia de libre competencia (Constitución Política del Perú, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, el TUO de la LRCA y las guías y lineamientos aprobados por la Comisión que resulten pertinentes), así como del contenido de la presente decisión y de los principales criterios que se desprendan de los casos más importantes en materia de libre competencia.
 - Explicación sobre las consecuencias, tanto corporativas como personales, de infringir la normativa en materia de libre competencia, así como de los beneficios existentes por colaborar con la autoridad.
- d) Las capacitaciones deben estar dirigidas a todo el personal que participe en el diseño, la ejecución o la supervisión de la política comercial de las empresas.
- e) Al término de cada capacitación, se realizará una evaluación sobre los conocimientos obtenidos consistente en un examen escrito. Durante el primer año de cumplimiento de la medida correctiva este examen podrá ser virtual. Asimismo, cada participante deberá firmar una carta en la que exprese que (i) ha leído, entiende y se encuentra de acuerdo con acatar la normativa de libre competencia y (ii) que no ha tomado conocimiento de alguna violación a la normativa de libre competencia y, si lo hiciera, reportará la misma al Oficial de Cumplimiento.
- f) En un plazo no mayor a cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de que la presente Resolución haya agotado la vía administrativa o haya quedado consentida al no haber sido impugnada, las empresas sancionadas deberán informar a la Dirección a cargo de quién estarán dichas capacitaciones, cuál será su contenido y la lista de participantes, para su aprobación en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.
- g) La primera de estas capacitaciones deberá ser realizada en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles contados luego de su aprobación. Las siguientes deberán realizarse en los dos (2) años siguientes y en un periodo no mayor a

²⁹¹ El número de horas impuesto en el presente procedimiento guarda coherencia con lo señalado por la Sala en el numeral 385 de la Resolución 0037-2021/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

un (1) año contado desde la última capacitación, dentro de cada año de aplicación del Programa de Cumplimiento. Las empresas sancionadas deberán informar a la Dirección acerca de los resultados de las evaluaciones realizadas a su personal, en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles después de haberse llevado a cabo.

8.5 Procedimientos para consultas y denuncias

836. Los procedimientos para consultas y denuncias permiten que los trabajadores de la empresa tengan al alcance los canales y las personas de contacto no solamente para trasladar sus interrogantes sobre situaciones de posibles infracciones a la normativa de libre competencia, sino también para denunciar una presunta conducta anticompetitiva que hayan podido evidenciar.

837. En tal sentido, esta Comisión ordena que este punto de la medida correctiva sea cumplido de la siguiente forma:

- a) Como parte del primer reporte de identificación de riesgos, la empresa consultora que cada empresa sancionada elija deberá proponer un protocolo para la recepción y tramitación de consultas y denuncias al interior de la empresa. La Dirección deberá aprobar o denegar el protocolo propuesto en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles. Posteriormente, dicho protocolo deberá ser elaborado en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles contados luego de su aprobación.
- b) Las consultas y denuncias podrán realizarse mediante canales accesibles a todos los trabajadores, ya sea empleando sistemas informáticos internos o externos como correo electrónico, teléfono, página web e intranet. Asimismo, estos canales deberán ser difundidos continuamente al interior de la empresa por medio de avisos institucionales por correos electrónicos, folletos, en reuniones laborales y en las capacitaciones, entre otros, a fin de que todos los trabajadores tomen conocimiento sobre su existencia.
- c) La absolución de consultas deberá estar a cargo del Oficial de Cumplimiento, para lo cual podrán valerse del apoyo de las gerencias legales internas o de sus asesores externos, de ser necesario.
- d) Las denuncias que realicen los trabajadores internamente deberán ser recibidas por el Oficial de Cumplimiento y su absolución deberá estar a cargo de este.
- e) La investigación de las denuncias deberá estar a cargo de un comité especialmente creado para dicha finalidad. Las personas que lo conformen deberán actuar de manera imparcial y contar con la autonomía e independencia necesarias para tramitarlas de manera adecuada.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- f) La empresa podrá también optar por tercerizar la recepción de las denuncias mediante un tercero ajeno a la empresa (por ejemplo, una empresa especializada en el tratamiento de líneas de denuncia corporativas), quien posteriormente podrá involucrarse en el procedimiento de investigación o podrá canalizar las denuncias al departamento interno de la empresa encargado de la investigación.

Si ese fuera el caso, junto con el primer reporte de identificación de riesgos, cada empresa sancionada que opte por esta modalidad deberá proponer a la Dirección la empresa externa que cumplirá la función de la recepción y/o tratamiento de la línea de denuncias. Esta podrá ser la misma empresa consultora encargada de la identificación de riesgos. En todo caso, deberán observarse las mismas incompatibilidades descritas para la elección de la empresa consultora.

- g) Deberá asegurarse la confidencialidad de la identidad de los denunciantes, privilegiando para ello canales de denuncia anónimos u otros medios similares.
- h) Se deberá garantizar la existencia de una política de no represalias en la organización a fin de proteger la seguridad de los trabajadores que hayan denunciado posibles incumplimientos a la norma. Por ejemplo, disponer que no se inicien procedimientos disciplinarios en su contra o considerar este aspecto en posibles oportunidades de carrera dentro de la organización.

8.6 Oficial de Cumplimiento

838. Las empresas sancionadas deberán contar con un Oficial de Cumplimiento, cuya labor primordial será la de implementar de manera efectiva el Programa de Cumplimiento al interior de la empresa, así como promover el cumplimiento de la normativa de libre competencia entre los trabajadores. Este cargo deberá poseer independencia funcional, ser parte integrante de la estructura jerárquica más alta de la organización, contar con los recursos financieros y humanos necesarios para el cumplimiento óptimo de sus funciones y deberá ser ejercido a tiempo completo.

839. Dentro de las funciones y prerrogativas del Oficial de Cumplimiento, y sin perjuicio de otras que las empresas sancionadas consideren pertinente otorgarle, se deberán incluir como mínimo las siguientes:

- Requerir a cualquier colaborador copia en medios electrónicos o físicos de todo tipo de documentos, incluyendo, de ser el caso, los programas y equipos necesarios para su lectura, cuando sospeche de la existencia de una práctica anticompetitiva.
- Realizar entrevistas, sin previo aviso, a funcionarios, directivos o gerentes de la empresa, para lo cual no requerirá el consentimiento de esta.
- Deberá ser notificado de las políticas comerciales más relevantes, inmediatamente después de ser implementadas.



- Adoptar las medidas que considere necesarias para contrarrestar los riesgos encontrados al interior de la empresa, entre las cuales se podrá incluir la elaboración de manuales o lineamientos que busquen eliminar el riesgo de posibles conductas anticompetitivas.
- Resguardar la confidencialidad de toda la información a la que haya tenido acceso en ejercicio de sus funciones. Esta obligación no comprende a la Dirección y a la Comisión para el cumplimiento de sus funciones. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el Oficial de Cumplimiento las responsabilidades civiles, administrativas y penales previstas en la Ley.
- Los directivos, gerentes o funcionarios de cada empresa imputada deberán informar por escrito al Oficial de Cumplimiento con tres (3) días de anticipación en caso se programe una reunión o contacto con representantes de empresas competidoras. El Oficial de Cumplimiento podrá asistir a dicha reunión o evento. En caso ocurra cualquier contacto no programado con cualquier funcionario de una empresa competidora, este deberá ser reportado en el plazo de un (1) día hábil después de ocurrido.
- Los proveedores y clientes de cada empresa imputada deberán ser informados de la existencia del Oficial de Cumplimiento, así como del correo electrónico en donde ellos también puedan dirigirse de manera confidencial para informarle sobre cualquier indicio de un riesgo de posible violación a la normativa de libre competencia.
- Elaborar reportes periódicos sobre el desarrollo del Programa de Cumplimiento, como mínimo, una vez al año. Sin perjuicio de ello, el Oficial de Cumplimiento deberá reportar de manera inmediata al directorio, en caso de ocurrencia de presuntos incumplimientos, incumplimientos probados o frente a la identificación de nuevos riesgos que debe afrontar la empresa.
- El Oficial de Cumplimiento no deberá sufrir intromisiones en la realización de sus funciones. En caso existiera una obstrucción por parte de la empresa o alguno de sus directivos, gerentes o funcionarios, el Oficial de Cumplimiento informará a la Dirección, la que evaluará el inicio de un procedimiento a la empresa por incumplimiento de medida correctiva.

840. En caso se reportase ante el Oficial de Cumplimiento una posible trasgresión a la normativa en materia de libre competencia, deberán tomarse las siguientes acciones:

- El Oficial de Cumplimiento remitirá a la Gerencia General de cada empresa imputada y a la Dirección simultáneamente la información sobre los posibles incumplimientos detectados dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de conocerlos, manteniendo en reserva la identidad de las personas que hayan presentado dicha información, de ser el caso.
- La empresa imputada informará a la Dirección sobre las acciones implementadas o por implementarse, a más tardar, una semana después de recibida la información por parte del Oficial de Cumplimiento.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

841. La designación del Oficial de Cumplimiento deberá seguir los siguientes parámetros:

- En un plazo no mayor a cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de que la presente Resolución haya agotado la vía administrativa o haya quedado consentida al no haber sido impugnada, cada empresa sancionada propondrá a la Dirección un Oficial de Cumplimiento, quien deberá ser un profesional con experiencia o conocimientos en temas de cumplimiento (*compliance*) y en la normativa referida a libre competencia.
- El Oficial de Cumplimiento que se proponga no puede tener relación con los gerentes generales o directivos de las empresas imputadas hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o haber sido abogado, asesor o representante legal de estas empresas en los últimos cinco (5) años. Dicha persona tampoco podrá participar o patrocinar en procedimientos administrativos sancionadores en materia de libre competencia.
- La Dirección tiene la facultad de objetar las propuestas que presenten las empresas hasta dos veces y solicitar una nueva propuesta, si considera que el Oficial de Cumplimiento propuesto no cumple con el perfil requerido. Si la Dirección no quedara conforme con la tercera propuesta presentada por cada una de las empresas investigadas, la Dirección designará al Oficial de Cumplimiento e informará a la Comisión para el inicio de un procedimiento por incumplimiento de medida correctiva. Una vez aprobada la designación del respectivo Oficial de Cumplimiento por la Dirección, cada empresa comunicará dicha designación a todos sus funcionarios y empleados.
- El Oficial de Cumplimiento designado empezará a ejercer sus funciones en el plazo máximo de un mes desde su designación.
- La Dirección podrá solicitar a cada empresa la remoción y designación de un nuevo Oficial de Cumplimiento en caso considere que el designado no está cumpliendo debidamente con sus funciones.

842. Finalmente, corresponde señalar que, en aplicación de lo dispuesto en la sección 9 de la Guía de Cumplimiento, las empresas que ya posean un programa de cumplimiento en curso podrán presentarlo ante la Dirección para su evaluación en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contados a partir de que la presente Resolución haya agotado la vía administrativa o haya quedado consentida al no haber sido impugnada. En dicha evaluación, la Dirección determinará si el contenido de los programas de cumplimiento presentados guarda relación con los componentes esenciales que han sido desarrollados líneas arriba.

843. En conclusión, esta Comisión ordena a las empresas sancionadas cumplir con la medida correctiva descrita en la presente Resolución. En caso de duda acerca de la aplicación de las medidas correctivas dictadas, las empresas deberán acudir a la Guía de Cumplimiento. El Programa de Cumplimiento que ha sido ordenado deberá ser financiado e implementado por las empresas durante tres (3) años, facultándose a la Dirección a llevar a cabo las acciones necesarias para asegurar su cumplimiento y vigilar su debida ejecución.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros,

INDECOPI

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la falta de responsabilidad de Supermercados Peruanos S.A. e Hipermercados Tottus S.A. por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional, en el año 2009.

SEGUNDO: Declarar la falta de responsabilidad de Cencosud Retail Peru S.A. por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional, en el año 2012.

TERCERO: Declarar la falta de responsabilidad de Makro Supermayorista S.A. por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional, en el año 2016.

CUARTO: Declarar la falta de responsabilidad de Cencosud Retail Peru S.A., Supermercados Peruanos S.A. e Hipermercados Tottus S.A., por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero Redondos a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre los años 2010 a 2015.

QUINTO: Declarar la falta de responsabilidad de Redondos S.A. por su presunta participación como planificador, intermediario o facilitador, en el año 2015, de la presunta práctica colusoria horizontal imputada a Cencosud Retail Peru S.A., Supermercados Peruanos S.A. e Hipermercados Tottus S.A., en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero Redondos a nivel nacional, durante los años 2010 a 2015.

SEXTO: Declarar que Cencosud Retail Peru S.A., Makro Supermayorista S.A., Supermercados Peruanos S.A. e Hipermercados Tottus S.A. incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional, de acuerdo con el siguiente detalle:

[CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

N° de episodio	Campaña navideña	Alcance geográfico	Empresas participantes	Periodo	
				Inicio	Fin
1	2009	Nacional	Cencosud, Makro	16/11/2009	31/12/2009
2	2010	Nacional	Cencosud, Makro, Supesa y Tottus	16/11/2010	31/12/2010
3	2011	Nacional	Cencosud, Makro, Supesa y Tottus	16/11/2011	31/12/2011
4	2012	Nacional	Makro, Supesa y Tottus	16/11/2012	31/12/2012
5	2013	Nacional	Cencosud, Makro, Supesa y Tottus	16/11/2013	31/12/2013
6	2015	Nacional	Cencosud, Makro, Supesa y Tottus	16/11/2015	31/12/2015
7	2016	Nacional	Cencosud, Supesa y Tottus	16/11/2016	31/12/2016

Esta infracción se encuentra tipificada en los artículos 1 y 11.1 literal a) del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y se encuentra sujeta a una prohibición absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 literal a) de dicha norma.

SÉTIMO: Declarar que San Fernando S.A. participó como planificador, intermediario o facilitador, en los años 2015 y 2016, de la práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional, en la que incurrieron Cencosud Retail Peru S.A., Makro Supermayorista S.A., Supermercados Peruanos S.A. e Hipermercados Tottus S.A. Esta infracción se encuentra tipificada en el artículo 2.4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

OCTAVO: Sancionar a Cencosud Retail Peru S.A., Makro Supermayorista S.A., Supermercados Peruanos S.A., Hipermercados Tottus S.A. y San Fernando S.A. con las siguientes multas:

[CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Empresa	Multa (UIT)
Cencosud Retail Peru S.A.	1,000.00
Makro Supermayorista S.A.	188.75
Supermercados Peruanos S.A.	1,000.00
Hipermercados Tottus S.A.	1,000.00
San Fernando S.A.	559.33

NOVENO: Ordenar a Cencosud Retail Peru S.A., Makro Supermayorista S.A., Supermercados Peruanos S.A., Hipermercados Tottus S.A. y San Fernando S.A. la implementación de un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, bajo las características señaladas en la sección VIII de la presente Resolución. Dicho programa deberá ser financiado por cada una de las empresas y aplicado durante tres (3) años.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Lucio Andrés Sánchez Povis, María del Pilar Cebrecos González y Nancy Aracelly Laca Ramos.

Lucio Andrés Sánchez Povis
Presidente



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

ANEXO I

Sobre el tratamiento de la información de precios utilizada para el análisis de la infracción

1. En el marco de la investigación del presente procedimiento, la Dirección recabó información sobre los precios de lista de los supermercados, así como promociones y descuentos aplicados, los cuales fueron utilizados para la emisión de la Resolución de Inicio. Posteriormente, solicitó información sobre las transacciones efectivamente realizadas, identificando los descuentos aplicados, cantidades vendidas y precios efectivamente cobrados, a partir de lo cual se desarrolló el análisis de la evidencia económica en el Informe Técnico.
2. Al respecto, para la obtención de los precios de venta al público a partir de la información de transacciones efectivamente realizadas se realizó un tratamiento de datos, mediante el cual i) se depuró los SKU que no corresponden a la investigación, eliminándose transacciones asociadas a productos diferentes al pavo entero, marcas diferentes a San Fernando y Redondos, así como aquellas correspondientes al segmento corporativo; ii) se estandarizó la variable precio; iii) se eliminó transacciones con cantidades iguales a 0 o negativas; y iv) se eliminó valores extremos, que corresponden a precios inferiores a S/ 1.
3. Al respecto, esta Comisión estima apropiado acoger dicho tratamiento de datos, el mismo que se detalla en el Anexo II. Cabe señalar que las partes no han cuestionado el procedimiento para la obtención de dichos precios de venta al público.¹
4. Ahora bien, una vez calculados los precios, y en la medida que se busca obtener un valor que resuma el conjunto de datos para la variable de interés (el precio de venta al público) a fin de facilitar la identificación de posibles patrones en el comportamiento de las empresas, resulta apropiado utilizar una medida de tendencia central.
5. Sobre ello, esta Comisión considera adecuado el análisis realizado por la Dirección para determinar que el precio moda es la mejor medida de tendencia central para el presente caso, en atención a sus características observadas.
6. Así, se debe tener en cuenta que un aspecto crucial para la existencia del acuerdo horizontal es la capacidad de las empresas para conocer lo que hacía el resto de empresas investigadas, de tal manera que puedan verificar el cumplimiento o no del acuerdo, lo que en el presente caso se materializaba como un alineamiento de precios en torno al PVPms del proveedor de pavo entero. De esta forma, independientemente del método de seguimiento u observancia de precios que pueda haber existido dentro del acuerdo, las empresas debían poder conocer el patrón de comportamiento de sus competidores, o al menos una aproximación del mismo.

¹ Supesa y Tottus, en el marco de sus cuestionamientos a la multa propuesta, han esgrimido alegatos dirigidos a excluir (o incluir) las cantidades vendidas de determinadas transacciones a fin de modificar el valor de las multas. Sin embargo, al ser alegatos que no cuestionan los precios de venta al público obtenidos, sino únicamente las cantidades consideradas para el cálculo de la multa, los mismos serán abordados en la sección correspondiente al cálculo de la multa.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

7. Considerando lo anterior, es necesario que las herramientas estadísticas que utilice la autoridad para efectos de identificar patrones de comportamiento permitan llegar a conclusiones que se asemejen a las que habrían llegado las empresas mediante sus propios esquemas de seguimiento de precios, en el marco del acuerdo anticompetitivo.
8. Una interpretación en contrario implicaría considerar que la autoridad pueda identificar patrones de conducta y coordinaciones entre los mismos que las propias empresas desconocían que existía al no poder observar o al menos inferir su existencia.
9. En ese sentido, existe una conexión inherente entre los elementos particulares del presente acuerdo y las herramientas estadísticas que se utilicen para el análisis económico, pues lo segundo debe tener en cuenta la forma mediante la cual las empresas investigadas podían cerciorarse de que el acuerdo se ejecutaba adecuadamente.
10. De esta manera, la selección de la medida de tendencia central no puede solo requerir una evaluación de las cualidades estadísticas de las posibles alternativas, sino también considerar la factibilidad de que las mismas permitan capturar los patrones de comportamiento que las propias empresas investigadas podrían haber observado. En efecto, resulta necesario atender a las características particulares del presente acuerdo que podrían, en principio, incidir en la forma en que las empresas realizaban el seguimiento de precios.
11. Así, una característica relevante de la presente práctica consiste en que los precios de venta al público pueden observarse directamente en cada establecimiento de los autoservicios, o en la publicidad que dispongan las empresas, por lo que cada una de las mismas podía monitorear los precios de sus competidores indagando dentro de sus respectivos establecimientos, o revisando la publicidad que se emitía en medios.
12. Precisamente, de la revisión de la evidencia documental es posible identificar que las empresas recurrían a estos métodos para efectos de realizar el seguimiento a su competencia.
13. Por ejemplo, en el correo CEN-02, se aprecia que Cencosud tomó conocimiento del precio a ser aplicado por Supesa a partir de un díptico navideño:

"En Plaza Vea ha lanzado un díptico Navideño, vigente del 21 al 24 de diciembre. En este el pavo Redondos sale como producto destacado a 8.19. Este precio es menor al precio mínimo negociado para el canal y acordado con_Uds. Adjunto archivo con la oferta"

[Énfasis agregado]

14. Similar situación se da en una comunicación del correo MAK-07, en donde Makro toma conocimiento del precio de Cencosud a partir de un encarte:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

*"Buenos días Betty **te adjunto el encarte que está circulando, de los Supermercados Metro, en pavo San Fernando tienen un precio de venta de S/11.99. El encarte es válido desde el 31 de Noviembre hasta el 16 de Diciembre. Por favor si puedes revisarlo porque esta 50 céntimos mas bajo que el precio de escala que estamos manejando.**"*

[Énfasis agregado]

15. De la misma forma, es posible apreciar cómo las empresas obtenían información de los precios recorriendo los locales de la competencia.
16. Así, en el correo RED-08, se observa que Cencosud realizó un recorrido físico en el local de Tottus de Av. La Marina para efectos de identificar el precio:

*"Estimados : Los precios de Tottus no estan de acuerdo a lo convenido. **Hoy tomamos Tottus La Marina y esta el Pavo Redondos a 8.49.** Por favor necesito regularicen Urgente. Si tengo que bajar los precios por unos pocos Pavos que le han vendido se lo vamos a facturar a Ustedes."*

[Énfasis agregado]

17. Igualmente, en la evidencia SUP-13, se aprecia que Supesa observa el precio de Cencosud a partir de una unidad en stock en determinada tienda:

*"Hola Antonio,
Hemos observado que Metro no ha cumplido con el precio sugerido, está saliendo a S/.10.99 como precio de Lista.
Que ha pasado? Espero tu comentario a la brevedad"*



(Imagen incluida en el correo)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

18. Esto permite evidenciar que los autoservicios no contaban con información de precios de su competencia más allá de la información que podían recolectar directamente con acciones de monitoreo, por lo que se encontraban supeditados a la información que les resultaba públicamente accesible, teniendo incluso que incurrir en costos de revisión física en los propios locales de la competencia.
19. Esta situación, desde luego, llevaba a que las empresas no pudieran conocer el rango total de precios que podrían haber sido cobrados por determinado supermercado en cierta fecha. Así, por ejemplo, la evidencia del correo SUP-13, de fecha 20 de diciembre de 2015, indicaba un precio de S/ 10.99 para Cencosud; sin embargo, en la base de transacciones de Cencosud se aprecia que, en las más de 2 mil transacciones ocurridas en dicho día, el rango de precios varió desde S/ 8.99 a S/ 13.99, lo que no estaría siendo recogido por este tipo de monitoreo de precios.
20. No obstante lo anterior, esta información era igualmente utilizada para la toma de decisiones, puesto que en la comunicación posterior dentro de la evidencia SUP-13 señalada se aprecia lo siguiente:

*"Esto es inaceptable. Nosotros hemos publicado el precio de lista sugerido por San Fernando, sin embargo **ambos supermercados, Metro y Tottus, no lo han respetado. Vamos a igualar los precios de nuestra competencia y el diferencial perdido será cobrado a San Fernando.**"*

[Énfasis agregado]

21. En efecto, incluso el precio de lista publicado era utilizado para verificar si existía o no alineamiento de precios, tal como se revela en el correo MAK-02:

*"**Adjunto el precio de lista de Plaza Vea, les pido una respuesta antes del medio día ya que yo tengo que poner precio en nuestro MM. Si nos garantizan que Plaza Vea respetará el precio de 8.80, lo publicaremos a ese precio de lo contrario tendríamos que bajarlo a 8.78.**"*

[Énfasis agregado]

22. Estas dificultades para conocer la variedad total de valores que podía registrar el precio de venta se presentaban, incluso, cuando los locales de las investigadas eran cercanos. Así, por ejemplo, en la evidencia del correo SUP-10 se aprecia que Supesa tomó conocimiento de determinado precio con descuento en un local cercano de Makro debido a que un cliente realizó la consulta en ambas tiendas, y habría comunicado a la primera sobre la existencia del descuento en la segunda. En ausencia de ese cliente, la empresa no habría podido conocer ello.

*"Ricardo el día de hoy no hemos podido concretar una venta fuerte de pavo San Fernando, **debido a que el cliente fue a consultar a Makro(lo tenemos a dos cuadras del centro comercial) donde el precio del pavo se lo rebajaban de s/12.50 a s/. 12 kg.** Esto lo hemos comprobado enviado un personal a verificar **lo indicado por el cliente.**" [Énfasis agregado]*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

23. Las evidencias mostradas permiten concluir que las empresas accedían a información limitada sobre los precios para efectos de realizar el seguimiento de sus competidores, por lo que no les resultaba factible observar el rango total de precios efectivamente cobrados, sino que únicamente se guiaban por los precios publicitados o aquellos que lograban identificar a partir de su recorrido en algunos locales, o bien por situaciones particulares como lo sucedido en la evidencia del correo SUP-10. De esta manera, las empresas tomaban decisiones comerciales y concluían que sus competidores seguían o no el PVPms a partir de observar, inclusive, un único precio.
24. Ahora bien, teniendo en cuenta lo explicado previamente, la medida de tendencia central que se aplique debe guardar coherencia con los mecanismos de seguimiento de precios con los que contaban las empresas, lo que permitiría concluir si las mismas adoptaron patrones de comportamiento orientados a alinearse al PVPms.
25. Por este motivo, aplicar medidas de tendencia central alternas como el promedio o la mediana llevaría a obtener precios que no podrían haber sido observados por las investigadas, en la medida que no conocían la diversidad de precios efectivamente cobrados y, en consecuencia, no les era factible realizar cálculos que les permita al menos aproximarse a estos valores. En efecto, incluso si se considerase que las empresas no requerían el valor de estas medidas con precisión, sino únicamente una aproximación, no resulta razonable inferir que se podrían haber acercado a dichos valores a partir de monitorear uno o dos precios, cuando existieron fechas en que se realizaban miles de transacciones a precios diferentes. Menos aún resultaba factible que las empresas tengan información sobre las cantidades vendidas, de manera tal que resultaría inviable considerar medidas que ponderen la información de precios con las cantidades vendidas.
26. De esta manera, esta Comisión estima que la medida de tendencia central que sí se aproxima al esquema de monitoreo de precios desplegado por las empresas es la moda, puesto que esta medida se obtiene a partir de determinar el precio más recurrente en el mercado, por lo que, en consecuencia, también será el precio con más probabilidad de ser identificado, independientemente de la multiplicidad de variaciones que pudiesen haber existido.
27. Asimismo, en lo que respecta al uso de la moda máxima, es pertinente señalar que solo en el 2.06% de los casos se ha presentado una situación de modas múltiples², y que su uso no afecta la identificación de los cambios en los patrones de precios, conforme al análisis holístico de las evidencias encontradas, motivo por el cual esta Comisión también concuerda con la Dirección en que la utilización de la moda máxima

² Valor calculado considerando la información de ventas de los 4 autoservicios, entre el 16 de noviembre y el 31 de diciembre de los años comprendidos en el periodo 2009-2016 para el pavo marca San Fernando y 2010-2015 para el pavo marca Redondos. Si el cálculo se circunscribe únicamente para la marca San Fernando, la cifra resultante es del 1.91%.



no modifica las conclusiones del análisis, por lo que se utilizará la misma en situaciones donde exista más de una moda³.

28. Respecto de la utilización de la moda, Cencosud, en su escrito del 2 de diciembre del 2021, alegó que utilizar los precios moda en el análisis gráfico, en lugar de graficar todos los precios de venta al público existentes, conduce a errores en las conclusiones, puesto que hubo precios en determinados establecimientos que resultan inferiores al PVPms y al precio moda en sí. De esa forma, la empresa indica que el análisis de precios debe realizarse de la forma más exacta posible, y que el mismo no debe circunscribirse a la información con la que contaban las empresas imputadas.
29. Sobre ello, y conforme se ha señalado, la utilización de una medida de tendencia central permite la identificación de patrones en el comportamiento de las empresas, especialmente en contextos en que se presentan miles de transacciones diarias tales como el presente caso. Si bien es posible que durante un mismo día se presenten transacciones con precios inferiores (o superiores) al precio moda, ello no desacredita el análisis, en tanto el precio moda reflejará el precio más utilizado durante dicha fecha, y a partir de lo cual, en conjunto con la evidencia documental, se arribará a las conclusiones respectivas.
30. Asimismo, como se ha evidenciado, la medida escogida guarda consistencia con la forma en que los supermercados realizaban el seguimiento de precios, por lo que las conclusiones que se obtengan producto de su análisis permitirán apreciar la existencia o no de patrones en la fijación de precios. A su vez, resulta importante señalar que el precio moda se calcula utilizando la totalidad de transacciones identificadas a partir del procesamiento de las bases de datos, y cuyo tratamiento se precisa en el Anexo II, por lo que contrariamente a lo alegado por la empresa, sí se ha hecho uso de toda la información disponible, lo cual se resume en la medida de tendencia central utilizada.
31. Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la empresa.

³ Si se realiza el ejercicio de utilizar la moda mínima en lugar de la moda máxima, se aprecia que dicho cambio no afecta la evaluación de los precios que se ha realizado para el análisis de la práctica investigada, porque, además de ser un número menor de casos, su ocurrencia se da mayormente en el mes de noviembre de cada año en un momento anterior a donde es posible apreciar una convergencia de precios en torno al PVPms. Por lo tanto, la utilización de la moda máxima o la moda mínima en la evaluación de los precios del pavo entero de los autoservicios investigados no cambia las conclusiones del análisis.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

ANEXO II PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LA MODA DE LOS PRECIOS DE VENTA AL PÚBLICO

En este Anexo se detalla el procedimiento utilizado para obtener la moda de los precios efectivamente cobrados, por supermercado y marca de pavo a nivel nacional, con lo cual se efectuó el análisis descrito en la sección VI de la presente Resolución. Así, se detallan los pasos realizados para: (i) la importación de los datos, (ii) el tratamiento de los datos, y (iii) el cálculo de la moda de los precios diarios.

I. IMPORTACIÓN DE DATOS

Los precios de venta al público de los cuatro autoservicios se obtuvieron a partir de las bases de transacciones presentada por las empresas investigadas, las cuales contienen información sobre las cantidades vendidas, montos efectivamente cobrados, descuentos y precios.

Dichas bases se encontraban almacenadas en archivos de Microsoft Excel (*.xls), y han sido importadas al software Stata, almacenándose como archivos con extensión *.dta. El detalle de los archivos utilizados se resume en el Cuadro 1.

Cuadro 1
Bases de transacciones utilizadas

	Fechas - Contenido - Número de Archivos	Formato	Datos	Tamaño
Cencosud	25.09.20 - Transacciones: Versión Final - 1	Microsoft Excel	993,770	72.5MB
Makro	02.09.20 - Transacciones: Versión Final - 1	Microsoft Excel	310,905	21.8MB
Supesa	19.08.20 - Transacciones: Versión Final - 1	Microsoft Excel	474,275	42.1MB
Tottus	22.11.19 - Transacciones: Versión Final - 165	Microsoft Excel	621,821	73.4MB

Nota: En el caso de Tottus, no se incluyó la información correspondiente al año 2017, mientras que, en el caso de Supesa, solo se cuenta con información del periodo 2014-2016.

Fuente: Información sobre transacciones entregada por las empresas investigadas en respuesta a requerimientos de información.

Elaboración: CLC

II. TRATAMIENTO DE LOS DATOS

Con la finalidad de obtener la información de precios de venta al público, se aplicó varios ajustes a las bases de datos presentadas por las empresas investigadas.

Depuración de SKU que no corresponden a la investigación: Se depuró la información no relacionada con los productos materia de la presente investigación, la misma que corresponde al pavo entero de las marcas San Fernando y Redondos. Para ello, se eliminó aquellos SKU correspondientes a marcas distintas a San Fernando y Redondos, así como aquellos correspondientes a productos distintos, tales como pavo enrollado. Seguidamente, se eliminó los SKU con la palabra 'Vale' dentro de la denominación del SKU, debido a que



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

corresponderían al segmento corporativo. Los SKU finalmente considerados fueron los siguientes¹:

Cuadro 2
SKU utilizados

	San Fernando	Redondos
Cencosud	154, 250154000000, 250173000000, 250405000000, 25173000000, 405	250328000000, 250526000000
Makro	116766, 152438, 180440, 251537, 322166	-
Supesa	31660	967148
Tottus	10168808, 10172165, 10182815	40054497, 40429031

Fuente: Información sobre transacciones entregada por las empresas investigadas en respuesta a requerimientos de información.

Elaboración: CLC

Estandarización de la variable precio: El siguiente paso consistió en estandarizar la variable precio a ser utilizada. Si bien en el caso de las empresas Cencosud, Makro y Supesa fue posible identificar una variable referida al precio, en el caso de Tottus fue necesario obtenerla como la división entre las variables "vtaConlGV" y "unidVendidas". Adicionalmente, dicha variable fue redondeada a dos decimales.

Cantidades negativas: se procedió a eliminar aquellas transacciones con cantidades vendidas iguales a cero o negativas, debido a que corresponden a valores inconsistentes o que podrían representar devoluciones.

Precios extremos: Posteriormente, se eliminó aquellas transacciones con precios inferiores a S/ 1, debido a que representan valores extremos.

[CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA]

¹ Es oportuno precisar que en el caso de Cencosud se consideró los SKU 250405000000 y 405 con la denominación 'PAVO PAVINOEL CAMPAÑA' por corresponder a la marca San Fernando. En el caso de Tottus, no se consideró el SKU 40057241 "PAVO REDONDOS COMPRA" por tener solo 2 observaciones.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Cuadro 3
Observaciones filtradas

Proveedor	Distribuidor	Observaciones	Cantidades negativas		Precios extremos	
			N	%	N	%
San Fernando	Cencosud	392069.00	5266	1.3%	26375	6.7%
	Makro	102256.00	563	0.6%	1	0.0%
	Supesa	137154.00	0	0.0%	2241	1.6%
	Tottus	387457.00	14509	3.7%	107	0.0%
Redondos	Cencosud	383644.00	6586	1.7%	27	0.0%
	Supesa	337121.00	0	0.0%	68466	20.3%
	Tottus	30446.00	1584	5.2%	7	0.0%

Fuente: Información sobre transacciones entregada por las empresas investigadas en respuesta a requerimientos de información.

Elaboración: CLC

III. CÁLCULO DE LA MODA DE LOS PRECIOS DE VENTA AL PÚBLICO

Habiendo realizado dichos filtros, se procedió a obtener la moda de los precios efectivamente cobrados de cada día, para cada distribuidor según la marca de pavo involucrada. En aquellos casos en que se encontró más de una moda, se seleccionó la moda máxima. Ello conforme a lo justificado en el Anexo I. Seguidamente, se obtuvo las series de precios moda, para cada distribuidor y marca de pavo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

ANEXO III PORCENTAJES COMPETITIVOS

Porcentajes competitivos de Cencosud¹

Día	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Porcentaje (Promedio)
1	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	113.05%	102.42%
2	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
3	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
4	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
5	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
6	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
7	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
8	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
9	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
10	-	-	-	95.92%	-	97.54%	-	-	96.73%
11	-	-	-	95.92%	-	97.54%	-	-	96.73%
12	-	-	-	95.92%	-	97.54%	-	-	96.73%
13	-	-	-	95.92%	-	97.54%	-	-	96.73%
14	-	-	-	95.92%	-	97.54%	-	-	96.73%
15	-	-	-	95.92%	-	97.54%	-	-	96.73%
16	-	-	-	95.92%	-	97.54%	-	-	96.73%
17	-	-	-	87.92%	-	97.54%	-	-	92.73%
18	-	-	-	87.92%	-	97.54%	-	-	92.73%
19	-	-	-	87.92%	-	97.54%	95.57%	-	93.68%
20	-	-	-	91.92%	95.92%	97.54%	95.57%	-	95.24%
21	-	-	-	91.92%	95.92%	97.54%	95.57%	91.30%	94.45%
22	-	-	-	91.92%	95.92%	97.54%	95.57%	89.21%	94.03%
23	-	-	-	91.92%	87.20%	94.18%	95.57%	89.21%	91.61%
24	-	-	-	87.92%	87.20%	94.18%	95.57%	89.21%	90.81%
25	-	-	-	-	-	-	-	-	-
26	-	-	-	95.92%	87.20%	94.18%	91.22%	84.86%	90.67%
27	-	-	-	87.92%	87.20%	94.18%	91.22%	84.86%	89.07%
28	-	-	-	87.92%	79.20%	94.18%	84.78%	84.86%	86.19%
29	-	-	-	-	79.20%	94.18%	84.78%	84.86%	85.75%
30	-	-	-	-	79.20%	94.18%	84.78%	84.86%	85.75%
31	-	-	-	-	79.20%	94.18%	84.78%	84.86%	85.75%

Fuente: Autoservicios
Elaboración: CLC

¹ Correspondiente a las campañas navideñas de cada año durante el mes de diciembre.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

Porcentajes competitivos de Makro²

Día	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Porcentaje (Promedio)
1	-	-	-	96.72%	-	102.30%	-	104.35%	101.12%
2	-	-	-	96.88%	-	100.00%	-	104.35%	100.41%
3	-	-	-	103.12%	-	100.00%	-	104.35%	102.49%
4	-	-	-	-	-	100.00%	-	104.35%	102.18%
5	-	-	-	-	-	98.28%	95.57%	-	96.92%
6	-	-	-	95.92%	-	98.28%	95.57%	100.00%	97.44%
7	-	-	-	95.92%	-	98.28%	95.57%	-	96.59%
8	-	-	-	95.92%	75.04%	98.28%	-	-	89.75%
9	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	100.00%	98.07%
10	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
11	-	-	-	95.92%	-	98.28%	-	-	97.10%
12	95.11%	-	-	95.92%	-	98.28%	91.22%	-	95.13%
13	-	-	-	95.92%	-	98.28%	91.22%	-	95.14%
14	-	-	-	95.92%	-	98.28%	91.22%	100.00%	96.35%
15	-	-	-	91.92%	75.04%	98.28%	-	100.00%	91.31%
16	-	-	-	91.92%	95.92%	98.28%	91.22%	100.00%	95.47%
17	-	-	-	83.92%	-	98.28%	91.22%	86.95%	90.09%
18	-	-	-	91.92%	-	98.28%	91.22%	86.95%	92.09%
19	-	-	-	91.92%	-	98.28%	91.22%	100.00%	95.35%
20	-	-	-	91.92%	-	90.08%	91.22%	86.95%	90.04%
21	-	-	-	91.92%	-	90.08%	91.22%	86.95%	90.04%
22	-	-	-	91.92%	-	90.08%	86.87%	82.59%	87.87%
23	-	-	-	91.92%	95.92%	90.08%	95.57%	82.59%	91.22%
24	-	-	-	91.92%	95.92%	90.08%	-	86.95%	91.22%
25	-	-	-	-	-	-	-	-	-
26	-	-	-	91.92%	95.92%	98.28%	-	86.95%	93.27%
27	-	-	-	91.92%	95.92%	98.28%	-	86.95%	93.27%
28	-	-	-	91.92%	95.92%	98.28%	-	86.95%	93.27%
29	-	-	-	91.92%	95.92%	98.28%	-	86.95%	93.27%
30	-	-	-	91.92%	95.92%	98.28%	-	86.95%	93.27%
31	-	-	-	91.92%	95.92%	98.28%	-	86.95%	93.27%

Fuente: Autoservicios
Elaboración: CLC

² Correspondiente a las campañas navideñas de cada año durante el mes de diciembre.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Porcentajes competitivos de Supesa³

Día	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Porcentaje (Promedio)
1	-	-	-	-	-	97.54%	-	104.35%	100.95%
2	-	-	-	-	-	97.54%	-	104.35%	100.95%
3	-	-	-	-	-	97.46%	-	104.35%	100.91%
4	-	-	-	-	-	97.54%	-	104.35%	100.95%
5	-	-	-	-	-	97.54%	-	104.35%	100.95%
6	-	-	-	-	-	97.54%	-	104.35%	100.95%
7	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
8	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
9	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
10	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
11	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
12	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
13	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
14	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
15	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
16	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
17	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
18	-	-	-	-	-	97.54%	-	91.38%	94.46%
19	-	-	-	-	-	97.54%	-	-	97.54%
20	-	-	-	-	-	97.54%	-	95.65%	96.59%
21	-	-	-	-	-	97.54%	-	95.65%	96.59%
22	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	90.43%	90.33%
23	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	90.43%	90.33%
24	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	90.43%	90.33%
25	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	90.43%	90.33%
26	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	-	90.28%
27	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	-	90.28%
28	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	-	90.28%
29	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	84.86%	88.47%
30	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	84.86%	88.47%
31	-	-	-	-	-	89.34%	91.22%	84.86%	88.47%

Fuente: Autoservicios
Elaboración: CLC

³ Correspondiente a las campañas navideñas de cada año durante el mes de diciembre.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Porcentajes competitivos de Tottus⁴

Día	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Porcentaje (Promedio)
1	102.16%	104.21%	-	-	-	97.54%	-	-	101.30%
2	102.16%	-	-	-	-	97.54%	-	-	99.85%
3	100.00%	92.00%	-	95.92%	-	97.54%	-	-	96.37%
4	-	-	-	95.92%	-	97.54%	86.87%	-	93.44%
5	100.00%	-	-	95.92%	-	97.54%	-	-	97.82%
6	100.00%	-	-	95.92%	-	97.54%	-	-	97.82%
7	100.00%	75.05%	-	95.92%	-	97.54%	-	-	92.13%
8	100.00%	-	-	91.92%	-	97.54%	-	-	96.49%
9	100.00%	-	-	91.92%	-	97.54%	-	-	96.49%
10	100.00%	-	-	91.92%	-	97.54%	-	-	96.49%
11	-	-	-	91.92%	-	97.54%	86.87%	-	92.11%
12	100.00%	-	-	91.92%	80.00%	97.54%	-	-	92.37%
13	100.00%	-	-	-	-	97.54%	-	-	98.77%
14	100.00%	75.05%	-	91.92%	-	97.54%	-	-	91.13%
15	100.00%	-	-	91.92%	-	97.54%	-	-	96.49%
16	100.00%	-	-	91.92%	-	97.54%	-	-	96.49%
17	100.00%	-	-	91.92%	-	97.54%	-	-	96.49%
18	-	-	-	91.92%	-	97.54%	86.87%	-	92.11%
19	100.00%	-	-	91.92%	80.00%	78.03%	-	-	87.49%
20	100.00%	-	-	-	-	97.46%	-	91.30%	96.25%
21	100.00%	75.05%	-	91.92%	95.20%	97.46%	95.57%	91.30%	92.36%
22	100.00%	-	-	91.92%	95.20%	97.46%	95.57%	-	96.03%
23	100.00%	-	-	91.92%	91.92%	97.46%	95.57%	-	95.37%
24	100.00%	-	-	91.92%	91.92%	89.26%	95.57%	90.43%	93.18%
25	-	-	-	-	-	-	-	-	-
26	102.16%	-	94.29%	91.92%	-	97.46%	-	86.95%	94.55%
27	102.16%	-	-	-	-	97.54%	-	86.95%	95.55%
28	102.16%	75.05%	94.29%	91.92%	79.20%	97.54%	-	86.95%	89.59%
29	102.16%	-	94.29%	79.92%	79.20%	84.34%	86.87%	86.95%	87.67%
30	102.16%	-	94.29%	79.92%	79.20%	84.34%	95.57%	86.95%	88.92%
31	102.16%	-	94.29%	79.92%	79.20%	84.34%	86.87%	86.95%	87.67%

Fuente: Autoservicios
Elaboración: CLC

⁴ Correspondiente a las campañas navideñas de cada año durante el mes de diciembre.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

ANEXO IV SERIES DE PRECIOS COMPETITIVOS

Series de precios competitivos de Cencosud¹

Día	2009		2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016	
	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo
1	9.01	Est.	9.73	Est.	10.75	Est.	11.99	Obs.	12.80	Est.	11.99	Obs.	11.78	Est.	12.99	Obs.
2	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	11.16	Est.
3	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	11.16	Est.
4	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	11.16	Est.
5	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	11.16	Est.
6	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	11.16	Est.
7	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	11.16	Est.
8	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	11.16	Est.
9	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	11.16	Est.
10	8.51	Est.	9.19	Est.	10.16	Est.	11.99	Obs.	12.09	Est.	11.90	Obs.	11.12	Est.	11.11	Est.
11	8.51	Est.	9.19	Est.	10.16	Est.	11.99	Obs.	12.09	Est.	11.90	Obs.	11.12	Est.	11.11	Est.
12	8.51	Est.	9.19	Est.	10.16	Est.	11.99	Obs.	12.09	Est.	11.90	Obs.	11.12	Est.	11.11	Est.
13	8.51	Est.	9.19	Est.	10.16	Est.	11.99	Obs.	12.09	Est.	11.90	Obs.	11.12	Est.	11.11	Est.
14	8.51	Est.	9.19	Est.	10.16	Est.	11.99	Obs.	12.09	Est.	11.90	Obs.	11.12	Est.	11.11	Est.
15	8.51	Est.	9.19	Est.	10.16	Est.	11.99	Obs.	12.09	Est.	11.90	Obs.	11.12	Est.	11.11	Est.
16	8.51	Est.	9.19	Est.	10.16	Est.	11.99	Obs.	12.09	Est.	11.90	Obs.	11.12	Est.	11.11	Est.
17	8.16	Est.	8.81	Est.	9.74	Est.	10.99	Obs.	11.59	Est.	11.90	Obs.	10.66	Est.	10.65	Est.
18	8.16	Est.	8.81	Est.	9.74	Est.	10.99	Obs.	11.59	Est.	11.90	Obs.	10.66	Est.	10.65	Est.
19	8.24	Est.	8.90	Est.	9.84	Est.	10.99	Obs.	11.71	Est.	11.90	Obs.	10.99	Obs.	10.76	Est.
20	8.38	Est.	9.05	Est.	10.00	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.90	Obs.	10.99	Obs.	10.94	Est.
21	8.31	Est.	8.97	Est.	9.92	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.90	Obs.	10.99	Obs.	10.49	Obs.
22	8.27	Est.	8.93	Est.	9.87	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.90	Obs.	10.99	Obs.	10.25	Obs.
23	8.06	Est.	8.70	Est.	9.62	Est.	11.49	Obs.	10.90	Obs.	11.49	Obs.	10.99	Obs.	10.25	Obs.
24	7.99	Est.	8.63	Est.	9.54	Est.	10.99	Obs.	10.90	Obs.	11.49	Obs.	10.99	Obs.	10.25	Obs.
25	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
26	7.98	Est.	8.61	Est.	9.52	Est.	11.99	Obs.	10.90	Obs.	11.49	Obs.	10.49	Obs.	9.75	Obs.
27	7.84	Est.	8.46	Est.	9.35	Est.	10.99	Obs.	10.90	Obs.	11.49	Obs.	10.49	Obs.	9.75	Obs.
28	7.58	Est.	8.19	Est.	9.05	Est.	10.99	Obs.	9.90	Obs.	11.49	Obs.	9.75	Obs.	9.75	Obs.
29	7.55	Est.	8.15	Est.	9.00	Est.	6.99	Obs.	9.90	Obs.	11.49	Obs.	9.75	Obs.	9.75	Obs.
30	7.55	Est.	8.15	Est.	9.00	Est.	6.99	Obs.	9.90	Obs.	11.49	Obs.	9.75	Obs.	9.75	Obs.
31	7.55	Est.	8.15	Est.	9.00	Est.	8.99	Obs.	9.90	Obs.	11.49	Obs.	9.75	Obs.	9.75	Obs.

Nota: Est.: Valores estimados

Obs: Valores directamente observados

Fuente: Autoservicios

Elaboración: CLC

¹ Correspondiente a las campañas navideñas de cada año durante el mes de diciembre.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

Series de precios competitivos de Makro²

Día	2009		2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016	
	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo
1	8.90	Est.	9.61	Est.	10.62	Est.	12.09	Obs.	12.64	Est.	12.48	Obs.	11.63	Est.	11.99	Obs.
2	8.84	Est.	9.54	Est.	10.54	Est.	12.11	Obs.	12.55	Est.	12.20	Obs.	11.55	Est.	11.99	Obs.
3	9.02	Est.	9.74	Est.	10.76	Est.	12.89	Obs.	12.81	Est.	12.20	Obs.	11.79	Est.	11.99	Obs.
4	8.99	Est.	9.71	Est.	10.73	Est.	12.77	Est.	12.77	Est.	12.20	Obs.	11.75	Est.	11.99	Obs.
5	8.53	Est.	9.21	Est.	10.18	Est.	12.12	Est.	12.12	Est.	11.99	Obs.	10.99	Obs.	5.99	Obs.
6	8.57	Est.	9.26	Est.	10.23	Est.	11.99	Obs.	12.18	Est.	11.99	Obs.	10.99	Obs.	11.49	Obs.
7	8.50	Est.	9.18	Est.	10.14	Est.	11.99	Obs.	12.07	Est.	11.99	Obs.	10.99	Obs.	5.75	Obs.
8	7.90	Est.	8.53	Est.	9.42	Est.	11.99	Obs.	9.38	Obs.	11.99	Obs.	10.32	Est.	5.75	Obs.
9	8.63	Est.	9.32	Est.	10.30	Est.	11.99	Obs.	12.26	Est.	11.99	Obs.	5.75	Obs.	11.49	Obs.
10	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	5.75	Obs.
11	8.54	Est.	9.22	Est.	10.20	Est.	11.99	Obs.	12.14	Est.	11.99	Obs.	11.17	Est.	5.75	Obs.
12	8.37	Obs.	9.04	Est.	9.99	Est.	11.99	Obs.	11.89	Est.	11.99	Obs.	10.49	Obs.	5.75	Obs.
13	8.37	Est.	9.04	Est.	9.99	Est.	11.99	Obs.	11.89	Est.	11.99	Obs.	10.49	Obs.	5.75	Obs.
14	8.48	Est.	9.15	Est.	10.12	Est.	11.99	Obs.	12.04	Est.	11.99	Obs.	10.49	Obs.	11.49	Obs.
15	6.60	Obs.	8.67	Est.	9.59	Est.	11.49	Obs.	9.38	Obs.	11.99	Obs.	10.50	Est.	11.49	Obs.
16	8.40	Est.	9.07	Est.	10.02	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.99	Obs.	10.49	Obs.	11.49	Obs.
17	7.93	Est.	8.56	Est.	9.46	Est.	10.49	Obs.	11.26	Est.	11.99	Obs.	10.49	Obs.	9.99	Obs.
18	8.10	Est.	8.75	Est.	9.67	Est.	11.49	Obs.	11.51	Est.	11.99	Obs.	10.49	Obs.	9.99	Obs.
19	8.39	Est.	9.06	Est.	10.01	Est.	11.49	Obs.	11.92	Est.	11.99	Obs.	10.49	Obs.	11.49	Obs.
20	7.92	Est.	8.55	Est.	9.45	Est.	11.49	Obs.	11.26	Est.	10.99	Obs.	10.49	Obs.	9.99	Obs.
21	7.92	Est.	8.55	Est.	9.45	Est.	11.49	Obs.	11.26	Est.	10.99	Obs.	10.49	Obs.	9.99	Obs.
22	6.60	Obs.	8.35	Est.	9.23	Est.	11.49	Obs.	10.98	Est.	10.99	Obs.	9.99	Obs.	9.49	Obs.
23	8.03	Est.	8.67	Est.	9.58	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	10.99	Obs.	10.99	Obs.	9.49	Obs.
24	8.03	Est.	8.67	Est.	9.58	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	10.99	Obs.	10.49	Est.	9.99	Obs.
25	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
26	8.21	Est.	8.86	Est.	9.79	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.99	Obs.	10.73	Est.	9.99	Obs.
27	8.21	Est.	8.86	Est.	9.79	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.99	Obs.	10.73	Est.	9.99	Obs.
28	8.21	Est.	8.86	Est.	9.79	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.99	Obs.	10.73	Est.	9.99	Obs.
29	8.21	Est.	8.86	Est.	9.79	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.99	Obs.	10.73	Est.	9.99	Obs.
30	8.21	Est.	8.86	Est.	9.79	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.99	Obs.	10.73	Est.	9.99	Obs.
31	8.21	Est.	8.86	Est.	9.79	Est.	11.49	Obs.	11.99	Obs.	11.99	Obs.	10.73	Est.	9.99	Obs.

Nota: Est.: Valores estimados

Obs: Valores directamente observados

Fuente: Autoservicios

Elaboración: CLC

² Correspondiente a las campañas navideñas de cada año durante el mes de diciembre.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

Series de precios competitivos de Supesa³

Día	2009		2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016	
	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo
1	8.88	Est.	9.59	Est.	10.60	Est.	12.62	Est.	12.62	Est.	11.90	Obs.	11.61	Est.	11.99	Obs.
2	8.88	Est.	9.59	Est.	10.60	Est.	12.62	Est.	12.62	Est.	11.90	Obs.	11.61	Est.	11.99	Obs.
3	8.88	Est.	9.59	Est.	10.60	Est.	12.61	Est.	12.61	Est.	11.89	Obs.	11.60	Est.	11.99	Obs.
4	8.88	Est.	9.59	Est.	10.60	Est.	12.62	Est.	12.62	Est.	11.90	Obs.	11.61	Est.	11.99	Obs.
5	8.88	Est.	9.59	Est.	10.60	Est.	12.62	Est.	12.62	Est.	11.90	Obs.	11.61	Est.	11.99	Obs.
6	8.88	Est.	9.59	Est.	10.60	Est.	12.62	Est.	12.62	Est.	11.90	Obs.	11.61	Est.	11.99	Obs.
7	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
8	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
9	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
10	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
11	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
12	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
13	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
14	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
15	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
16	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
17	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
18	8.31	Est.	8.97	Est.	9.92	Est.	11.81	Est.	11.81	Est.	11.90	Obs.	10.86	Est.	10.50	Obs.
19	8.58	Est.	9.27	Est.	10.24	Est.	12.19	Est.	12.19	Est.	11.90	Obs.	11.22	Est.	11.21	Est.
20	8.50	Est.	9.18	Est.	10.14	Est.	12.07	Est.	12.07	Est.	11.90	Obs.	11.11	Est.	10.99	Obs.
21	8.50	Est.	9.18	Est.	10.14	Est.	12.07	Est.	12.07	Est.	11.90	Obs.	11.11	Est.	10.99	Obs.
22	7.95	Est.	8.58	Est.	9.48	Est.	11.29	Est.	11.29	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	10.39	Obs.
23	7.95	Est.	8.58	Est.	9.48	Est.	11.29	Est.	11.29	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	10.39	Obs.
24	7.95	Est.	8.58	Est.	9.48	Est.	11.29	Est.	11.29	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	10.39	Obs.
25	7.95	Est.	8.58	Est.	9.48	Est.	11.29	Est.	11.29	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	10.39	Obs.
26	7.94	Est.	8.58	Est.	9.48	Est.	11.29	Est.	11.29	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	10.37	Est.
27	7.94	Est.	8.58	Est.	9.48	Est.	11.29	Est.	11.29	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	10.37	Est.
28	7.94	Est.	8.58	Est.	9.48	Est.	11.29	Est.	11.29	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	10.37	Est.
29	7.79	Est.	8.40	Est.	9.29	Est.	11.06	Est.	11.06	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	9.75	Obs.
30	7.79	Est.	8.40	Est.	9.29	Est.	11.06	Est.	11.06	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	9.75	Obs.
31	7.79	Est.	8.40	Est.	9.29	Est.	11.06	Est.	11.06	Est.	10.90	Obs.	10.49	Obs.	9.75	Obs.

Nota: Est.: Valores estimados

Obs: Valores directamente observados

Fuente: Autoservicios

Elaboración: CLC

³ Correspondiente a las campañas navideñas de cada año durante el mes de diciembre.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

Series de precios competitivos de Tottus⁴

Día	2009		2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016	
	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo	Valor	Tipo
1	8.99	Obs.	9.90	Obs.	10.64	Est.	12.66	Est.	12.66	Est.	11.90	Obs.	11.65	Est.	11.64	Est.
2	8.99	Obs.	9.49	Est.	10.48	Est.	12.48	Est.	12.48	Est.	11.90	Obs.	11.48	Est.	11.47	Est.
3	8.80	Obs.	8.74	Obs.	10.12	Est.	11.99	Obs.	12.05	Est.	11.90	Obs.	11.08	Est.	11.07	Est.
4	6.60	Obs.	8.88	Est.	9.81	Est.	11.99	Obs.	11.68	Est.	11.90	Obs.	9.99	Obs.	10.74	Est.
5	8.80	Obs.	9.29	Est.	10.27	Est.	11.99	Obs.	12.23	Est.	11.90	Obs.	11.25	Est.	11.24	Est.
6	8.80	Obs.	9.29	Est.	10.27	Est.	11.99	Obs.	12.23	Est.	11.90	Obs.	11.25	Est.	11.24	Est.
7	8.80	Obs.	7.13	Obs.	9.67	Est.	11.99	Obs.	11.52	Est.	11.90	Obs.	10.59	Est.	10.59	Est.
8	8.80	Obs.	9.17	Est.	10.13	Est.	11.49	Obs.	12.06	Est.	11.90	Obs.	11.10	Est.	11.09	Est.
9	8.80	Obs.	9.17	Est.	10.13	Est.	11.49	Obs.	12.06	Est.	11.90	Obs.	11.10	Est.	11.09	Est.
10	8.80	Obs.	9.17	Est.	10.13	Est.	11.49	Obs.	12.06	Est.	11.90	Obs.	11.10	Est.	11.09	Est.
11	6.60	Obs.	8.75	Est.	9.67	Est.	11.49	Obs.	11.51	Est.	11.90	Obs.	9.99	Obs.	10.58	Est.
12	8.80	Obs.	8.77	Est.	9.70	Est.	11.49	Obs.	10.00	Obs.	11.90	Obs.	10.62	Est.	10.61	Est.
13	8.80	Obs.	9.38	Est.	10.37	Est.	8.04	Obs.	12.35	Est.	11.90	Obs.	11.36	Est.	11.35	Est.
14	8.80	Obs.	7.13	Obs.	9.57	Est.	11.49	Obs.	11.39	Est.	11.90	Obs.	10.48	Est.	10.47	Est.
15	8.80	Obs.	6.99	Obs.	10.13	Est.	11.49	Obs.	12.06	Est.	11.90	Obs.	11.10	Est.	11.09	Est.
16	8.80	Obs.	9.17	Est.	10.13	Est.	11.49	Obs.	12.06	Est.	11.90	Obs.	11.10	Est.	11.09	Est.
17	8.80	Obs.	9.17	Est.	10.13	Est.	11.49	Obs.	12.06	Est.	11.90	Obs.	11.10	Est.	11.09	Est.
18	6.60	Obs.	8.75	Est.	9.67	Est.	11.49	Obs.	11.51	Est.	11.90	Obs.	9.99	Obs.	10.58	Est.
19	8.80	Obs.	8.31	Est.	9.19	Est.	11.49	Obs.	10.00	Obs.	9.52	Obs.	10.06	Est.	10.05	Est.
20	8.80	Obs.	9.14	Est.	7.35	Obs.	8.62	Obs.	12.03	Est.	11.89	Obs.	11.07	Est.	10.49	Obs.
21	8.80	Obs.	7.13	Obs.	9.70	Est.	11.49	Obs.	11.90	Obs.	11.89	Obs.	10.99	Obs.	10.49	Obs.
22	8.80	Obs.	9.12	Est.	10.08	Est.	11.49	Obs.	11.90	Obs.	11.89	Obs.	10.99	Obs.	11.03	Est.
23	8.80	Obs.	9.06	Est.	10.01	Est.	11.49	Obs.	11.49	Obs.	11.89	Obs.	10.99	Obs.	10.96	Est.
24	8.80	Obs.	8.85	Est.	9.78	Est.	11.49	Obs.	11.49	Obs.	10.89	Obs.	10.99	Obs.	10.39	Obs.
25	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
26	8.99	Obs.	8.98	Est.	9.90	Obs.	11.49	Obs.	11.82	Est.	11.89	Obs.	10.87	Est.	9.99	Obs.
27	8.99	Obs.	9.08	Est.	6.93	Obs.	8.62	Obs.	11.94	Est.	11.90	Obs.	10.99	Est.	9.99	Obs.
28	8.99	Obs.	7.13	Obs.	9.90	Obs.	11.49	Obs.	9.90	Obs.	11.90	Obs.	10.30	Est.	9.99	Obs.
29	8.99	Obs.	8.33	Est.	9.90	Obs.	9.99	Obs.	9.90	Obs.	10.29	Obs.	9.99	Obs.	9.99	Obs.
30	8.99	Obs.	8.45	Est.	9.90	Obs.	9.99	Obs.	9.90	Obs.	10.29	Obs.	10.99	Obs.	9.99	Obs.
31	8.99	Obs.	8.33	Est.	9.90	Obs.	9.99	Obs.	9.90	Obs.	10.29	Obs.	9.99	Obs.	9.99	Obs.

Nota: Est.: Valores estimados

Obs: Valores directamente observados

Fuente: Autoservicios

Elaboración: CLC

⁴ Correspondiente a las campañas navideñas de cada año durante el mes de diciembre.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

ANEXO V
ESTIMACIÓN DE CANTIDADES VENDIDAS POR SUPESA 2010 -2013¹
(EN KILOS)

FECHA	ESTIMADO				DATOS REPORTADOS		
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
01DIC	141.07	408.12	197.01	151.78	168.48	412.19	348.42
02DIC	332.70	435.81	131.87	150.70	273.45	497.46	315.83
03DIC	564.35	361.09	207.34	257.58	353.63	626.47	300.62
04DIC	452.63	360.43	359.03	598.78	914.72	813.01	228.17
05DIC	303.44	1,082.95	494.95	556.44	889.20	553.92	282.44
06DIC	2,170.68	716.70	1,050.86	926.92	816.59	421.39	343.99
07DIC	2,203.40	1,114.34	667.17	713.27	392.00	614.83	556.99
08DIC	659.94	910.42	750.72	1,228.17	1,120.08	703.78	628.58
09DIC	875.17	1,307.71	666.53	650.09	971.99	1,206.23	641.08
10DIC	1,114.42	1,220.72	726.68	638.68	1,697.85	2,100.62	877.32
11DIC	1,272.56	1,181.08	1,328.75	1,239.83	2,108.66	1,643.02	751.96
12DIC	1,063.88	1,419.27	1,660.15	2,449.86	1,604.68	2,183.18	837.88
13DIC	2,192.79	3,344.28	3,491.70	1,881.59	1,561.05	1,271.29	2,060.44
14DIC	6,181.27	3,737.62	2,861.60	1,756.86	1,388.05	3,174.25	1,425.70
15DIC	12,957.70	6,609.05	3,213.47	3,428.76	4,166.27	2,971.63	3,072.56
16DIC	5,412.17	7,443.69	3,876.91	3,554.50	4,184.79	5,069.59	5,352.66
17DIC	6,838.56	8,593.43	4,917.64	4,091.85	6,695.94	5,539.19	5,758.65
18DIC	10,037.96	10,383.85	6,779.65	6,405.73	6,658.55	7,439.58	12,712.01
19DIC	12,324.71	16,468.64	13,389.36	15,787.21	11,447.18	12,163.74	9,835.27
20DIC	19,052.11	46,191.12	35,822.50	15,464.79	17,427.83	18,148.00	18,065.49
21DIC	51,282.75	46,976.32	37,350.02	29,112.35	27,785.30	29,961.98	32,353.49
22DIC	84,481.45	91,535.31	76,500.30	59,591.93	70,642.25	78,230.87	74,866.23
23DIC	155,292.74	141,781.70	101,040.29	94,789.80	129,188.21	139,249.81	116,655.78
24DIC	48,699.91	45,203.39	27,302.25	13,339.57	46,102.55	33,347.21	28,200.65
25DIC	-	-	-	-	361.94	395.17	239.34
26DIC	986.88	1,627.30	1,124.99	1,442.18	906.31	817.29	734.91
27DIC	1,559.03	3,579.05	2,482.26	1,250.38	1,339.19	856.51	1,074.07
28DIC	3,786.21	4,423.42	4,435.63	3,586.40	2,960.92	1,982.67	2,371.53
29DIC	8,160.80	10,137.42	14,219.38	7,962.39	7,800.15	5,236.30	7,680.37
30DIC	17,250.96	16,369.26	18,223.37	18,330.09	14,661.11	15,501.64	16,780.20
31DIC	4,190.74	3,784.45	4,221.84	7,257.01	6,642.76	6,638.87	7,720.71
TOTAL	461,842.98	478,707.94	369,494.19	298,595.48	373,231.68	379,771.69	353,073.34

Fuente: Autoservicios

Elaboración: CLC

¹ Correspondiente a las campañas navideñas de cada año durante el mes de diciembre.