

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

DENUNCIANTES : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

DENUNCIADOS : MALVA S.A.
UNIÓN ANDINA DE CEMENTOS S.A.A.
LA VIGA S.A.
A. BERIO Y CIA. S.A.C.
MANUFACTURAS DE ACERO COMERCIAL E INDUSTRIAL S.A.
CARLOS ALFONSO UGÁS DELGADO
JORGE ENRIQUE TRELLES SÁNCHEZ
ÁLVARO ANTONIO MORALES PUPPO
KURT ALFREDO UZÁTEGUI DELLEPIANI
RAÚL ALBERTO PINTO RUÍZ
JAIME FERNÁNDO BENDAYÁN MIGUEL
ALBERTO BALLESTEROS PEÑA
FERNANDO ERIK GODOY CASTAÑEDA
JAVIER NIKAIDO HOKAMA
JULIO CÉSAR RODRÍGUEZ PALACÍN
CARLOS ERNESTO MARSANO SOTO
DIEGO MIGUEL DE LA PIEDRA MINETTI
EDUARDO MERCADO CÉSPEDES
ROSA ELIZABETH SALCEDO LÓPEZ
JORGE PEDRO VERA NUÑEZ
LUIS EDUARDO HUANCABUARI LAGUNA
JOSÉ ANTONIO NICOLÁS REY RECAVARREN
ROSMARY MARTHA RONDÓN BARRIGA
JULIO RAMÍREZ BARDALEZ

TERCERO ADMINISTRADO : CEMEX PERÚ S.A.

MATERIAS : LIBRE COMPETENCIA
PRÁCTICAS COLUSORIAS VERTICALES
NEGATIVA INJUSTIFICADA DE TRATO
GRADUACIÓN DE SANCIÓN

ACTIVIDAD : VENTA AL POR MAYOR DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN, ARTÍCULOS DE FERRETERÍA, EQUIPO Y MATERIALES

SUMILLA: Se **CONFIRMA** la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Malva S.A. y

el procedimiento sancionador iniciado de oficio contra Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. por la comisión de prácticas colusorias verticales en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra de los productos de Unión Andina de Cementos S.A.A., supuesto de infracción contemplado en los artículos 1, 11.1 literal g) y 12 del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; así como las sanciones impuestas a dichas empresas.

En este caso, 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 Unión Andina de Cementos S.A.A. y distribuido por La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A., a todas aquellas ferreterías minoristas que comercializaran los productos de Cemex Perú S.A., con el fin de cerrar el acceso al canal ferretero a esta última empresa.

Igualmente, dicha conducta tenía la capacidad de excluir o limitar el crecimiento de Cemex Perú S.A. considerando lo siguiente: (i) la importancia de cemento “Sol” en el mercado al representar el 54% de las ventas de cemento; (ii) la trascendencia de la red de ferreterías que se encargaban de comercializar el 75% de las bolsas cemento del mercado relevante; (iii) la idoneidad de la política de castigos para constituir una amenaza creíble potencialmente aplicable a cualquier ferretería del mercado; (iv) la organización en la distribución de zonas que llevó a un estricto control y supervisión de las ferreterías; y, (v) el cemento “Quisqueya” era un producto nuevo que recién ingresaba al mercado durante el periodo investigado.

Asimismo, se CONFIRMA la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI, en el extremo que declaró infundado el procedimiento sancionador iniciado de oficio contra Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. por la comisión de presuntas prácticas colusorias verticales en la modalidad de boicot consistente en el retiro de beneficios comúnmente otorgados a aquellas ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya”, supuesto de infracción contemplado en los artículos 1, 11.1 literal k) y 12 del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Dicha decisión se debe a que si bien tal conducta fue implementada durante el periodo investigado, lo cierto es que, a diferencia de la negativa concertada e injustificada de venta de cemento “Sol”, dicha práctica no tenía la capacidad de generar un efecto exclusorio por las siguientes razones: (i) el retiro de beneficios podía ser recuperado con la venta de cemento

“Quisqueya”, por lo cual la referida política no tenía la capacidad de generar un efecto disuasivo sino, por el contrario, podía incentivar la venta de ambos cementos; (ii) los beneficios no se otorgaban a todas la ferreterías, generando que el impacto de su retiro afectase solo a un número determinado de estas, perdiendo así su capacidad de disuadir y disciplinar a la totalidad del canal ferretero; y, (iii) no resultaba posible sustentar que el retiro de beneficios pudiera ser más perjudicial que la negativa de ventas; el primero solo implicaba la pérdida de beneficios en el caso de las ferreterías que contaban con ellos, mientras que el segundo comprendía las ganancias dejadas de percibir por no vender cemento “Sol”, además de la pérdida de beneficios en el caso de haberlos tenido para la totalidad de las ferreterías.

Finalmente, se CONFIRMA la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI en el extremo que halló responsables a los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel De La Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez, Luis Eduardo Huancahuari Laguna, José Antonio Nicolás Rey Recavarren y Rosmary Martha Rondón Barriga por infracción de los artículos 1, 11.1 literal g), 12 y 43.3 Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, al haber participado en la planificación, ejecución y monitoreo de la conducta infractora por parte de las empresas denunciadas; así como las sanciones impuestas a dichos administrados.

SANCIONES:

Administrado	Unidad Impositiva Tributaria	Identificación
UNIÓN ANDINA DE CEMENTOS S.A.A.	1 488,20 UIT	RUC 20100137390
LA VIGA S.A	33,52 UIT	RUC 20100150736
A. BERIO Y CIA S.A.C.	13,25 UIT	RUC 20100029741
MANUFACTURAS DE ACERO COMERCIAL E INDUSTRIAL S.A.	17,04 UIT	RUC 20100727359
CARLOS ALFONSO UGÁS DELGADO	5 UIT	DNI 10313820

JORGE ENRIQUE TRELLES SÁNCHEZ	5 UIT	DNI 09396035
ÁLVARO ANTONIO MORALES PUPPO	5 UIT	DNI 08746632
KURT ALFREDO UZÁTEGUI DELLEPIANI	5 UIT	DNI 09342436
CARLOS ERNESTO MARSANO SOTO	5 UIT	DNI 08223132
DIEGO MIGUEL DE LA PIEDRA MINETTI	5 UIT	DNI 08771817
LUIS EDUARDO HUANCAHUARI LAGUNA	5 UIT	DNI 10613319
JOSÉ ANTONIO NICOLÁS REY RECAVARREN	5 UIT	DNI 10306513
RAÚL ALBERTO PINTO RUÍZ	2,5 UIT	DNI 08735830
JAIME FERNÁNDO BENDAYÁN MIGUEL	2,5 UIT	DNI 25736989
FERNANDO ERIK GODOY CASTAÑEDA	2,5 UIT	DNI 10133196
JAVIER NIKAIDO HOKAMA	2,5 UIT	DNI 09336997
JULIO CÉSAR RODRÍGUEZ PALACÍN	2,5 UIT	DNI 10743656
EDUARDO MERCADO CÉSPEDES	2,5 UIT	DNI 08675247
ROSA ELIZABETH SALCEDO LÓPEZ	2,5 UIT	DNI 08133026
JORGE PEDRO VERA NUÑEZ	2,5 UIT	DNI 10735449
ROSMARY MARTHA RONDÓN BARRIGA	2,5 UIT	DNI 08532638

Lima, 15 de diciembre de 2014

I. ANTECEDENTES

1. El 18 de febrero de 2008, Malva S.A. (en adelante, Malva), empresa ferretera minorista, formuló una denuncia contra La Viga S.A. (en lo sucesivo, La Viga), por la presunta comisión de conductas anticompetitivas en infracción del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹ —vigente durante la comisión de los hechos denunciados— conforme a los siguientes fundamentos:
 - (i) La Viga se negó a proveer a Malva con cemento “Sol”, producido por Unión Andina de Cementos S.A.A. (en adelante, Unacem) debido a que esta ferretería había comercializado cemento “Quisqueya”, producto importado y distribuido por Cemex Perú S.A. (en adelante, Cemex).
 - (ii) La Viga se encargaba de supervisar el cumplimiento de la disposición consistente en no vender cemento “Sol” a los clientes que compraran cemento “Quisqueya”, no sólo en el local de la denunciante, sino también en los locales de otras ferreterías.
 - (iii) Para sustentar su denuncia, Malva presentó los siguientes medios probatorios: (a) orden de compra del 1 de febrero de 2008 dirigida a La Viga; (b) carta notarial del 4 de febrero de 2008 dirigida a La Viga, mediante la cual adjuntó un cheque de gerencia por un monto de S/. 1 612,45 para la venta de cemento “Sol”; (c) la relación de clientes de La Viga que no podían seguir adquiriendo cemento “Quisqueya” porque, de hacerlo, no serían abastecidos con cemento “Sol”; (d) copia de las facturas correspondientes a las compras de cemento “Sol”, realizadas por la denunciante a La Viga, del mes de enero de 2007 a enero de 2008; y, (e) un documento firmado por los señores José Fermín Chávarri Herrera y Jean Mayer Anaya Machco (sic), donde se indicó que se requería una orden de Unacem para atender determinado pedido y que, para ello, era necesario comunicarse previamente con el señor “Fernando Mendallán” (sic).
2. El 31 de marzo de 2008, Malva presentó copia notarial del cheque de gerencia emitido a favor de La Viga y devuelto por esta empresa, con la finalidad de acreditar la negativa de venderle cemento “Sol” por haber comercializado cemento “Quisqueya”.
3. El 4 de febrero de 2009, Malva amplió su denuncia señalando que La Viga y Unacem incurrieron en un abuso de posición de dominio y/o una práctica

¹ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio de 2008, la cual entró en vigencia el 25 de julio de 2008.

colusoria vertical, de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Al respecto, señaló lo siguiente:

- (i) La Viga habría cometido un abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de cemento “Sol” e incitar a terceros a no aceptar el cemento “Quisqueya” distribuido por Cemex; conductas que se encontraban tipificadas en los literales a) y g) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- (ii) Unacem y La Viga habrían incurrido en una práctica colusoria vertical, pues acordaron negar la venta de cemento “Sol” o “Atlas” a los distribuidores de cemento “Quisqueya”, conductas que se encontraban tipificadas en los literales a), g) y h) del artículo 10.2 y en los literales g), h) y k) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- (iii) Unacem habría incurrido en un abuso de posición de dominio a través de la implementación de la red Progresol, pues celebra contratos de exclusividad con distribuidores y les prohíbe adquirir cemento de otras empresas, conducta que se encontraría tipificada en el literal e) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Finalmente, Malva solicitó a la Comisión que dicte una medida cautelar y ordene a Unacem y a La Viga que cesaran la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de cemento “Sol” o “Atlas”, en perjuicio de las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya”.

- 4. El 25 de marzo de 2009, Cemex presentó un escrito solicitando que se le considere apersonada al procedimiento con motivo de la denuncia interpuesta por Malva. Asimismo, manifestó que Unacem y La Viga habrían incurrido en las siguientes conductas anticompetitivas en el mercado de cemento en Lima:
 - (i) La Viga habría cometido un abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de cemento “Sol” e incitar a terceros a no aceptar el cemento “Quisqueya” distribuido por Malva; conductas que se encontrarían tipificadas en los literales a) y g) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - (ii) Unacem y La Viga habrían incurrido en una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de trato, al no satisfacer las demandas de compra de cemento “Sol” de Malva,

conducta que se encontraría tipificada en el literal g) del artículo 11.1, concordante con el artículo 12.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

- (iii) Unacem y La Viga habrían incurrido en una práctica colusoria vertical en la modalidad de sabotaje o boicot, al obstaculizar de manera injustificada y concertada la permanencia de Cemex en el mercado, negándose a vender cemento “Sol” a Malva y a otros distribuidores que comercializaron cemento “Quisqueya”, conducta que se encontraría tipificada en el literal h) del artículo 11.1, concordante con el artículo 12.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
5. Mediante Resolución 004-2010/ST-CLC-INDECOPI del 25 de marzo de 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) admitió a trámite la denuncia de Malva e inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Unacem, La Viga, A. Berio y Cía S.A.C. (en adelante, A. Berio) y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. (en adelante, Macisa) por la presunta comisión de prácticas colusorias verticales, en las siguientes modalidades tipificadas como infracción administrativa en los artículos 1 y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:
- (i) Presunta negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem contra aquellos clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”, modalidad descrita en el literal g) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y,
 - (ii) Presunto boicot consistente en retirar ciertos beneficios comúnmente otorgados (como, por ejemplo, créditos, reconocimiento de flete o bonos por cumplimiento de metas) a aquellos clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”, modalidad descrita en el literal k) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
6. El 12 de mayo de 2010, Cemex presentó una solicitud de apersonamiento al procedimiento administrativo sancionador iniciado por la Secretaría Técnica de la Comisión, alegando su condición de tercero con legítimo interés.
7. Mediante Resolución 031-2010/CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2010, la Comisión aceptó la solicitud de apersonamiento de Cemex.
8. El 4 de junio de 2010, Unacem presentó sus descargos, señalando lo siguiente:

- (i) En la imputación de cargos se indicó que existen indicios razonables de que las empresas investigadas habrían incurrido en prácticas colusorias verticales, las cuales calzan dentro de las denominadas prohibiciones relativas. Por ende, se debía acreditar que las referidas conductas: (a) se produjeron; (b) generaron o pudieron generar efectos negativos para la competencia y/o el bienestar de los consumidores; y, (c) que la persona o personas que incurrieron en la conducta anticompetitiva hayan obtenido un beneficio derivado de ella.
- (ii) Para acreditar la existencia de la negativa injustificada de trato a la que se hace referencia en el literal g) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se debe verificar que, concurrentemente, esta conducta sea realizada por un agente que ostente posición de dominio (obteniendo un beneficio) y que con ello se afecte la competencia en el mercado (perjudicando a los consumidores).
- (iii) El supuesto boicot consistente en la reducción o eliminación de beneficios comúnmente otorgados a aquellos clientes que comercializaban cemento “Quisqueya” constituiría una prohibición relativa y, en consecuencia, sería necesario demostrar, además de su existencia, que efectivamente se produjeron efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.
- (iv) Las conductas de las empresas imputadas tuvieron efectos muy acotados y casi insignificantes, por lo que no afectaron la competencia ni les otorgaron un beneficio anticompetitivo sobre sus demás competidores. Ello considerando que, la mayoría de las ferreterías se abastecieron directa o indirectamente de Unacem y que algunas de las órdenes de negativa o boicot que se indican en la Resolución 004-2010/ST-CLC-INDECOPI del 25 de marzo de 2010 (en adelante, la Resolución Admisoria) jamás se ejecutaron.
- (v) En el caso del beneficio de descuentos², no todos se hacían acreedores al mismo, pues pese a que era altamente rentable para las ferreterías, tenía un término de vigencia muy corto.
- (vi) En el caso del beneficio de otorgamiento de una bonificación por el cumplimiento de metas³, las ferreterías no lo cobraban oportunamente

²

El mencionado beneficio consistía en el otorgamiento de un descuento a las compras realizadas por las ferreterías, en fechas específicas, con la finalidad de incentivar la compra de cemento. Este era concedido a través de una nota de crédito.

por diversos motivos, como por ejemplo, porque los importes no eran muy significativos, por desinterés, para acumular dos o más períodos, entre otros. Asimismo, cada uno de los distribuidores estaba encargado de otorgar los beneficios, por lo que no siempre el otorgamiento era homogéneo.

- (vii) En el caso del beneficio por flete⁴: (a) de julio a agosto de 2007, el beneficio ascendió a S/. 0,60 por bolsa para las zonas Este y Norte y de S/. 0,41 para la zona Sur y era reconocido por la empresa que prestaba el servicio de depósito a Unacem; (b) de agosto de 2007 a enero de 2008, el beneficio ascendió a S/. 0,70 por bolsa para las zonas Este y Norte y a S/. 0,51 para la zona Sur; y, (c) de enero de 2008 a junio de 2010, el beneficio ascendió a S/. 0,80 por bolsa para las zonas Este y Norte y a S/. 0,61 para la zona Sur. Asimismo, a partir de octubre de 2007, se implementó un beneficio de S/. 0,25 por “Recojo de Piso en Depósitos” como beneficio a las pequeñas y medianas ferreterías, que por diversos motivos no se acercaban a la fábrica, el cual también se aplicó en el depósito de Chíncha a partir de enero de 2008, pero en este caso solo ascendía a S/. 0,20 por bolsa.
- (viii) Unacem no implementó como empresa una política de negativa de venta de cementos ni de retiro de beneficios comúnmente otorgados a las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya”.
- (ix) Ni la Junta General de Accionistas ni el Directorio ni la Gerencia General de Unacem adoptaron acuerdo alguno en el sentido de negar injustificadamente la venta y/o el otorgamiento de beneficios a las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya”.
- (x) Las conductas investigadas no han tenido en realidad un gran efecto respecto de Cemex puesto que esta empresa: (a) no se vio imposibilitada de vender en el mercado local el íntegro del cemento que importaba; (b) no se vio obligada a cancelar las órdenes de compra para importaciones al Perú; (c) no vio reducida su participación en el mercado; y, (d) no sufrió algún otro perjuicio real y efectivo.
- (xi) Cemex realizó reiteradas importaciones de cementos tipo portland durante el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008, las

³ Dicho beneficio consistía en el otorgamiento de una bonificación por el cumplimiento de volúmenes de venta que eran determinados por Unacem para cada ferretería.

⁴ Este consistía en entregar un monto determinado de dinero a todas las ferreterías que enviaban su vehículo a recoger el cemento a la planta de Unacem.

cuales superaron en exceso las proyecciones de importación y ventas que dicha empresa señaló en la tramitación del Expediente 065-2007-CDS.

- (xii) Las conductas investigadas no afectaron a las ferreterías debido a que la mayoría de ellas sí contó con abastecimiento directo de cemento “Sol” o “Atlas”, a través de alguno de los distribuidores de Unacem (La Viga, A. Berio y Macisa), o de manera indirecta, a través de mayoristas o subdistribuidores. Asimismo, el porcentaje de ferreterías supuestamente afectadas habría sido mínimo.
 - (xiii) Las conductas investigadas no afectaron al consumidor final debido a que durante el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008 el consumo de cemento fue absolutamente normal, incluso incrementándose sin un aumento de los precios para el consumidor. Adicionalmente, el cemento tipo portland gris es equivalente a cualquier otro cemento en el Perú, por lo que se trata de un bien altamente sustituible.
 - (xiv) El mercado no se puede haber visto afectado por las conductas investigadas ya que se trata de un mercado altamente contestable y en el que existen bienes sustitutos al cemento producido por Unacem que, incluso, tenían menores costos debido a que se vendían a precios dumping.
 - (xv) Las declaraciones juradas, aportadas por Cemex, de cinco (5) ferreteros que afirmaron haber sido víctimas de negativa de venta de cemento “Sol”, debido a que habían comercializado cemento “Quisqueya”, fueron efectuadas ante la Notaria Pública Cecilia Hidalgo Morán, a pesar de que dichos ferreteros tienen su domicilio en diversos distritos de Lima.
 - (xvi) Finalmente, de los cinco (5) ferreteros que afirmaron haber sido víctimas de negativa de venta de cemento “Sol”, debido a que habían comercializado cemento “Quisqueya”, a cuatro (4) nunca se les dejó de abastecer o nunca formaron parte de los ferreteros que adquirirían cemento “Sol”; y al quinto se le había suspendido el abastecimiento por razones justificadas.
9. Unacem presentó conjuntamente con sus descargos el Informe elaborado por Price Waterhouse Coopers S. Civil de R.L. (en adelante, el Informe PWC), que señala lo siguiente:
- (i) La brecha acumulada entre la producción total de cementos y el despacho local, entre julio de 2007 y julio de 2008, ascendió a

341 597,00 TM, demostrando que el mercado local de cementos siempre estuvo abastecido.

- (ii) El nivel de precios por bolsa de cemento se mantuvo estable en moneda local.
 - (iii) En el periodo de julio de 2007 a julio de 2008, las importaciones mensuales promedio de cemento de origen dominicano ascendieron a 11 870,60 TM. De forma acumulada, en dicho periodo, las importaciones de cemento de Cemex representaron el 75% del total de importaciones.
 - (iv) Unacem tuvo una pérdida de participación de mercado con el ingreso de Cemex, alcanzando un mínimo de 38% en enero de 2008. Por su parte, Cemex tuvo una participación máxima de 4% en febrero de 2008.
 - (v) Consolidando la información de las tres (3) distribuidoras de Unacem, se determinó que, de las setenta (70) ferreterías analizadas en el procedimiento, se ha identificado que, en el caso de quince (15) de ellas, la razón de su desabastecimiento no ha sido determinada. Asimismo, teniendo en cuenta que existen mil noventa y ocho (1098)⁵ ferreterías en el área geográfica de los tres (3) distribuidores, el ratio de ferreterías cuya razón de desabastecimiento no se ha determinado es 1,37%.
 - (vi) Consolidando la información de las tres (3) distribuidoras de Unacem, se determinó que, sobre el total de las 1098 ferreterías atendidas por dichas distribuidoras: (a) el porcentaje promedio mensual de las ferreterías que recibieron el beneficio de flete fue de 84,52%; (b) el porcentaje promedio mensual de las ferreterías que recibieron el beneficio de descuento fue de 83,93%; (c) el porcentaje promedio mensual de las ferreterías que recibieron el beneficio por cumplimiento de metas fue de 21,01%; y, d) el porcentaje promedio mensual de las ferreterías que recibieron el beneficio de crédito fue de 87,01%.⁶
10. El 4 de junio de 2010, Macisa presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
- (i) De las doce (12) ferreterías que presuntamente la involucrarían en las conductas investigadas, cinco (5) no eran clientes de Macisa, cinco (5)

⁵ Dicho informe identificó solo a ese número de ferreterías.

⁶ Los porcentajes se encuentran relacionados al número de ferreterías antes señalado.

fueron atendidas de manera continua en el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008, y dos (2) adquirieron cemento de Macisa solo hasta agosto de 2007, debido a que, a partir de entonces, decidieron ser distribuidoras de cemento “Quisqueya”.

- (ii) Incluso en el caso que no se hubiera vendido a las referidas ferreterías cemento “Sol”, estas podrían haber adquirido dicho producto indirectamente a través de mayoristas, por lo que esta política no podría haber generado un efecto negativo en el mercado.
 - (iii) Adicionalmente, en ninguno de los doce (12) casos que podrían involucrarlos se había negado el otorgamiento de los beneficios de descuento, cumplimiento de metas y flete.
 - (iv) Respecto al beneficio de descuento, no todos se hacían acreedores a dicho beneficio pues, pese a que resultaba altamente rentable para las ferreterías, tenía una vigencia muy corta.
 - (v) En el caso del beneficio de bonificación por el cumplimiento de metas, las ferreterías no lo cobraban oportunamente por diversos motivos, como por ejemplo, porque los importes no eran muy significativos, por desinterés, para acumular dos o más períodos, entre otros. Asimismo, cada uno de los distribuidores estaba encargado de otorgar los beneficios, por lo que no siempre el otorgamiento era homogéneo.
 - (vi) Acerca del beneficio de flete, el cliente podía optar por la modalidad de compra “puesto en planta” o “puesto en obra”, en cuyo caso el descuento por flete estaba incluido en la factura de venta de cemento correspondiente, por lo que Macisa no retiró dicho beneficio a las ferreterías.
 - (vii) Finalmente, las conductas imputadas no han generado alguna afectación a la competencia, y tampoco han generado beneficios anticompetitivos a favor de Macisa.
11. El 7 de junio de 2010, A. Berio presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
- (i) A ninguna de las ferreterías se le negó en ningún momento la venta de cemento “Sol” por comercializar cemento “Quisqueya”. La suspensión del suministro de cemento “Sol” se debía a incumplimientos en el pago o a su decisión voluntaria de convertirse en comercializadores exclusivos de cemento “Quisqueya”.

- (ii) Tampoco se les dejó de otorgar los beneficios que les correspondían. Solo se dejó de entregar el beneficio por cumplimiento de metas en dos (2) casos, debido a que se trataba de ferreterías que realizaban compras esporádicas. En el caso del beneficio de otorgamiento de crédito para la adquisición de cementos “Sol” y “Atlas”, únicamente no se le entregó tal beneficio a una (1) ferretería, debido a que no lo solicitó.
12. El 7 de junio de 2010, La Vega presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
- (i) La negativa de venta de cemento “Sol” a Malva se encontraba justificada, toda vez que La Vega estaba actuando en salvaguarda de sus derechos económicos, pues Malva era su competidor al comercializar cemento “Quisqueya”, el cual había ingresado al mercado peruano con beneficios que impedían que La Vega compitiera en igualdad de condiciones (precios dumping).
 - (ii) Asimismo, la negativa de venta contra Malva no le habría ocasionado perjuicio alguno, puesto que pudo acceder al cemento de Unacem a través de sus empresas vinculadas, como Inversiones Ferreteras Nuevo Amanecer S.R.L. e Inversiones Antamina S.R.L., las cuales adquirieron cemento “Sol” de La Vega durante casi todo el periodo investigado.
 - (iii) Respecto de las cinco (5) ferreterías que afirmaron haber sido víctimas de la negativa de venta de cemento “Sol” debido a que habían comercializado cemento “Quisqueya”, solo dos (2) eran clientes de La Vega. Asimismo, nunca se dejó de atender los pedidos de cemento de uno de ellos y el otro dejó de adquirir cementos “Sol” y “Atlas” de La Vega por constituirse en distribuidor oficial de Cemex. Sin embargo, siguió adquiriendo dicho cemento de mayoristas.
 - (iv) Adicionalmente, sólo se ha detectado que a nueve (9) de las cuarenta y siete (47) ferreterías que habrían sido identificadas como clientes de La Vega en la Resolución Admisoria se les suspendió el suministro de cemento “Sol” y “Atlas”, y solo respecto de dos (2) de ellas no se contaría con medios probatorios que acrediten que adquirieron cemento “Sol” y “Atlas” a través de un mayorista. Asimismo, incluso estas dos (2) ferreterías tuvieron acceso a cementos “Sol” y “Atlas” durante la mayoría de los meses del periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008.
 - (v) Finalmente, no se dejaron de otorgar los beneficios de descuento, flete y crédito durante el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de

2008. Respecto al beneficio por cumplimiento de metas, quince (15) de las cuarenta y siete (47) ferreterías analizadas no lo cobraban y otros acumulaban dos o más periodos para cobrarlo. Adicionalmente, el hecho que cada distribuidor de Unacem lo otorgara de manera particular a través de sus propios procedimientos hacía que su entrega fuese poco homogénea.

13. El 26 de octubre de 2010, Cemex presentó el informe elaborado por la Consultora Málaga Webb & Asociados S.R.L. acerca del impacto de las presuntas conductas anticompetitivas.
14. El 19 de agosto de 2011, Unacem presentó el Informe Técnico Económico elaborado por la empresa Apoyo Consultoría S.A.C. en julio de 2011, el cual contiene un análisis de los términos y conclusiones del informe elaborado para Cemex por la Consultora Málaga Webb & Asociados S.R.L. acerca del impacto de las presuntas conductas anticompetitivas. En este se concluye que no se configuraron prácticas anticompetitivas debido a que el mercado siempre estuvo provisto de cemento y que no hubo impacto en los precios sobre el consumidor final.
15. Por Resolución 017-2011/ST-CLC-INDECOPI del 3 de noviembre de 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión resolvió ampliar la imputación de cargos en contra de los señores Carlos Ugás Delgado, Jorge Trelles Sánchez, Julio Ramírez Bardales, Kurt Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Godoy Castañeda, Javier Nikaido Hokama, Diego De La Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Carlos Ernesto Marsano Soto, Luis Huancahuari Laguna, Rosmary Rondón Barriga, Álvaro Morales Puppo, Julio Rodríguez Palacín, José Antonio Rey Recavarren, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosa Elizabeth Salcedo López por su presunta participación en el planeamiento, realización o ejecución de las infracciones administrativas imputadas a Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa.
16. El 2 de diciembre de 2011, Unacem presentó el Informe “Análisis del Probable Daño de las Presuntas Prácticas Anticompetitivas de la Resolución 004-2010/STCLC- INDECOPI”, elaborado por la empresa Apoyo Consultoría S.A.C. en agosto de 2011, el cual contiene un análisis acerca de los alcances y los efectos de las conductas anticompetitivas investigadas concluyendo que no se ha excluido a Cemex del mercado, no se ha disminuido la calidad de sus productos, ni se han producido alteraciones sustanciales en los precios, a raíz de las conductas imputadas. Según el informe, lo anterior se da debido a que Cemex importó volúmenes bastante reducidos, tuvo canales alternativos para colocar su producto y las distribuidoras no tenían control sobre las más de 4500 ferreterías pues ello sería excesivamente costoso.

17. El 10, 12 y 18 de enero de 2012, los señores José Antonio Rey Recavarren, Gerente General de Macisa; Rosmary Rondón Barriga, Jefa de Ventas de Macisa; Carlos Ugás Delgado, Director y Gerente General de Unacem; Julio Ramírez Bardales, Gerente Legal de Unacem; Jorge Trelles Sánchez, Gerente Administrativo de Unacem; Álvaro Morales Puppo, Gerente Financiero de Unacem; Kurt Uzátegui Dellepiani, Gerente de Marketing de Unacem; Raúl Alberto Pinto Ruiz, Jefe de Ventas de Unacem; Javier Nikaido Hokama, Ejecutivo del Departamento de Ventas; Fernando Godoy Castañeda, Supervisor de Ventas de Unacem; Jaime Fernando Bendayán Miguel, Supervisor de Ventas de Unacem; Julio Rodríguez Palacín, Auxiliar de Ventas de Unacem; Carlos Ernesto Marsano Soto, Director y Adjunto de Gerencia de La Viga; Diego De la Piedra Minetti, Gerente General de La Viga; Eduardo Mercado Céspedes, Jefe de Operaciones de La Viga; Jorge Pedro Vera Nuñez, Asistente de Operaciones de La Viga; Luis Huancahuari Laguna, Gerente Administrativo de A. Berio y Rosa Elizabeth Salcedo López, Administradora de la Sucursal del Cono Norte de La Viga, presentaron sus descargos alegando lo siguiente:
- (i) Durante el ejercicio de sus labores ni el Directorio ni la Gerencia General ni otras gerencias de las empresas involucradas, instruyeron a su personal sobre la supuesta política de castigo implementada contra los clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”.
 - (ii) El hecho de haber sido destinatarios de algunos correos electrónicos no implicaba que hubieran tomado conocimiento o manifestado su conformidad respecto de su contenido, pues, considerando las funciones que desempeñaban, recibían constantemente correos electrónicos que, en algunos casos, no eran leídos ni contestados.
 - (iii) Durante el periodo investigado, los asuntos relacionados con la comercialización y venta de cemento por parte de Unacem estuvieron a cargo de la Gerencia de Administración y los supervisores de ventas de dicha empresa.
 - (iv) Cada distribuidor tenía autonomía para gestionar sus labores, dentro de su zona de distribución, utilizando diversas herramientas como el crédito, la logística o el nivel de servicios a sus vendedores, por lo que las instrucciones expuestas en los correos electrónicos no necesariamente eran acatadas por los distribuidores.
 - (v) El archivo denominado “Propuesta de Marketing Proyecto Subdistribuidores 2008” tuvo como único propósito la creación de la red Progresol, no la implementación de conductas anticompetitivas. Por lo

tanto, las firmas consignadas en el referido documento únicamente representaban la conformidad de sus suscriptores respecto de la implementación de un mecanismo de distribución eficiente, sin que ello implicara la aceptación de los hechos mencionados en los antecedentes del documento.

- (vi) No deben considerarse como política las ideas individuales y aisladas de determinados funcionarios que, finalmente, no se ejecutaron. En efecto, no existiría evidencia que demostrara que algún cliente hubiera dejado de comprar cemento “Quisqueya” por supuestas amenazas de los funcionarios de Unacem y sus distribuidores, ni mucho menos que generaran efectos negativos en el mercado pues los clientes siempre pudieron acceder a los productos de Unacem, ya sea directamente o a través de sus distribuidores.
 - (vii) Si bien se presentaron casos aislados de negativas de venta y retiros de beneficios, estos se ejecutaron por iniciativa propia de determinados funcionarios. No obstante ello, los clientes siempre pudieron acceder a los productos de Unacem, ya sea a través del distribuidor, del mayorista o de otras ferreterías.
 - (viii) La negativa de venta, de ingreso de un transportista a la planta o de contratación de flete contra una ferretería que comercializaba productos distintos a los de Unacem se encontraba amparada por el derecho a la libertad de contratación, por lo que constituye una conducta legítima.
 - (ix) Eran aplicables al presente procedimiento los siguientes principios: (a) principio de presunción de inocencia; (b) principio de causalidad, y (c) principio de presunción de licitud. En ese sentido, solicitaron que se tengan en cuenta los referidos principios y que solo sean sancionados en caso de existir prueba idónea de su supuesta participación en las conductas anticompetitivas investigadas.
18. El 28 de agosto de 2012, Cemex presentó un escrito mediante el cual adjuntó el dictamen denominado “La negativa injustificada de trato y otras prácticas de boicot como restricciones verticales sancionables en el Derecho de la Competencia. A propósito del procedimiento iniciado contra Cementos Lima S.A. y otros por presuntas prácticas colusorias verticales”, elaborado por el especialista Luis José Díez-Canseco Núñez en diciembre de 2011, en el que se realizó un análisis sobre los alcances y los efectos de las conductas anticompetitivas investigadas. En dicho dictamen, se estableció que las prácticas de boicot como las imputadas en el presente caso buscan generar un efecto exclusorio en perjuicio del competidor, evidenciando que tanto la negativa de ventas como el retiro de beneficios eran capaces de lograr dicho

efecto, lo cual justifica su sanción conforme a lo dispuesto en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

19. El 23 de noviembre de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió el Informe Técnico 039-2012/ST-CLC-INDECOPI, recomendando a la Comisión por un lado, declarar fundada la denuncia por prácticas colusorias verticales en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem contra aquellos clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”; y, por otro lado, declarar infundada la denuncia por prácticas colusorias verticales en la modalidad de boicot consistente en el retiro de ciertos beneficios comúnmente otorgados a los clientes que vendían cemento “Quisqueya”. Adicionalmente, propuso que se sancionara a Unacem, La Viga, Macisa, A. Berio y los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Julio Ramírez Bardalez, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez, Luis Eduardo Huancahuari Laguna, José Antonio Nicolás Rey Recavarren y Rosmary Martha Rondón Barriga por haber participado en la infracción administrativa.
20. Mediante Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013, la Comisión determinó lo siguiente:
 - (i) Denegó el pedido de informe oral formulado por Cemex.
 - (ii) Declaró fundada la denuncia interpuesta por Malva y el procedimiento de oficio contra Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa por la comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem a aquellos que comercializaban cemento “Quisqueya”, como una infracción de los artículos 1, 11.1 literal g) y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - (iii) Declaró infundado el procedimiento de oficio contra Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa por la comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de boicot consistente en el retiro de beneficios comúnmente otorgados a aquellos que comercializaban cemento “Quisqueya”, como una presunta infracción de los artículos 1, 11.1 literal k) y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

- (iv) Declaró que los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel De La Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez, Luis Eduardo Huancahuari Laguna, José Antonio Nicolás Rey Recavarren y Rosmary Martha Rondón Barriga participaron en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa conforme a lo prescrito en los artículos 1, 11.1 literal g), 12 y 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - (v) Declaró infundado el procedimiento administrativo sancionador contra el señor Julio Ramírez Bardalez al no haberse demostrado su participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.
 - (vi) Sancionó a Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa con una multa de 1 488,20 UIT, 33,52 UIT, 13,25 UIT y 17,04 UIT, respectivamente.
 - (vii) Sancionó a los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel De La Piedra Minetti, Luis Eduardo Huancahuari Laguna y José Antonio Nicolás Rey Recavarren con una multa individual de 5 UIT; y a los señores Raúl Alberto Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosmary Martha Rondón Barriga con una multa individual de 2,5 UIT.
21. La decisión de la Comisión se basó, entre otros, en los siguientes argumentos:
- (i) Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa desarrollaban sus actividades en distintas etapas de la cadena productiva, a nivel de producción y distribución; por lo que se les imputó una supuesta práctica colusoria vertical en las modalidades de negativa concertada e injustificada de satisfacer la demanda de productos y boicot referido al retiro de beneficios comúnmente otorgados, tipificadas en los artículos 1, 11 literales g) y k) y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

- (ii) El mercado relevante está delimitado como la comercialización de cemento portland gris tipo I, IP, IPM, MS e ICo en Lima, Ica, Ayacucho, Ancash, Huancavelica, Huánuco, Pasco y Junín.
- (iii) Durante el periodo de investigación, entre julio de 2007 a noviembre de 2008, Unacem gozó de posición de dominio pues tenía una participación en el mercado equivalente al 63,9%, sin mencionar que dicha empresa pertenece al Grupo Rizo- Patrón junto con Cemento Andino, cuya participación conjunta ascendía al 91,3% del mercado. Además, se identificaron altas barreras de entrada al mercado dificultando el ingreso de nuevos competidores, debido a una elevada capacidad instalada, requerimientos de inversión en activos fijos, costo de transporte y necesidad de una red propia de distribución, así como barreras de tipo legal.
- (iv) Sobre la base de los medios probatorios analizados por la Comisión, se determinó que las empresas denunciadas, durante el periodo comprendido entre mediados del 2007 hasta finales del 2008, acordaron e implementaron una política de castigos a aquellas ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya”, producto de la empresa Cemex que compite a nivel de distribución en el mercado relevante, con la finalidad de persuadirlos a vender exclusivamente cemento “Sol” y así enfrentar el ingreso de Cemex al mercado. Dicha política acordada por las empresas denunciadas consistía en dejar de suministrar cemento “Sol” a las ferreterías que también comercializaran cemento “Quisqueya”, así como el retiro de beneficios comúnmente otorgados. En particular, la Comisión consideró acreditado lo siguiente sobre las denunciadas:
 - a. realizaban consultas sobre la situación de las ferreterías a las que se les había detectado vendiendo cemento “Quisqueya”, a fin de verificar que no reincidieran en dicha conducta;
 - b. proponían, determinaban y comunicaban los castigos impuestos a las ferreterías;
 - c. impartían directivas en torno a la implementación y ejecución de la política de castigo, con la finalidad de uniformizar y garantizar su aplicación en la zona norte cubierta por La Viga, en la zona sur cubierta por A. Berio y en la zona este cubierta por Macisa; y,
 - d. cumplían con supervisar a las ferreterías, a través de llamadas y visitas, y con remitir periódicamente la información recabada

sobre la comercialización de cemento “Quisqueya”, con el fin de garantizar el cumplimiento del acuerdo. Igualmente, la conducta analizada se ejecutó mediante amenazas y castigos, conforme se desprende de la muestra analizada por la Comisión.

- (v) Considerando que la conducta analizada consiste en una restricción vertical sometida a una regla de prohibición relativa, correspondía verificar los efectos anticompetitivos para poder declarar su ilegalidad. Al respecto, la Comisión manifestó que la política de castigos consistente en la negativa concertada e injustificada de suministrar cemento “Sol” a aquellas ferreterías que también comercializaran cemento “Quisqueya” tenía la capacidad de disuadirlas de entablar relaciones comerciales con Cemex, generando un efecto exclusorio sobre esta debido principalmente a lo siguiente:
- a. cemento “Sol” era el producto más comercializado en el mercado relevante, lo cual sumado a que funcionaba como un producto “gancho” para las ferreterías atrayendo la compra de otros materiales de construcción, generaba un desincentivo para comercializar cemento “Quisqueya” por ser un producto nuevo y desconocido;
 - b. se acreditó la aplicación de la política de castigos al 91,7% de las ferreterías de la muestra analizada, pudiendo presumir que ello se extendió a otras ferreterías fuera de la muestra, además de generar un efecto “multiplicador”, por tener la capacidad de disciplinar a las ferreterías que conocieran de esta política disuadiéndolas de comercializar el cemento “Quisqueya”;
 - c. el nivel de desarrollo de la red de ferreterías que comercializaban cemento “Sol” determinaba que cualquier competidor tuviera que usar dicha red para poder competir en el mercado relevante, siendo que la implementación de una política como la analizada en el presente caso resultaba eficaz para lograr un efecto exclusorio;
 - d. los medios probatorios analizados por la Comisión evidenciaban que la política materia de análisis tuvo un alcance generalizado en el mercado relevante; y,
 - e. la propia Unacem reconoció en el documento “Propuesta de Marketing” que la política de castigos generó efectos

exclusorios que limitaron el crecimiento de las ventas del cemento “Quisqueya”. Respecto a la conducta referida al retiro de beneficios comúnmente otorgados, esta no tenía la capacidad de generar efectos exclusorios debido a que ello no impedía la adquisición de cemento “Sol”, siendo posible recuperar dicho costo con las ganancias de las ventas de cemento “Quisqueya”, sin dejar de mencionar que dichos beneficios no eran aplicados de manera uniforme a todas las ferreterías.

- (vi) Sobre la participación de los funcionarios y directivos de las empresas investigadas, existen correos electrónicos que acreditaban la participación activa en el acuerdo, planeamiento, ejecución y monitoreo de la conducta imputada. Por el contrario, en el caso del señor Julio Ramírez Bardales, no se acreditó que hubiera participado activamente en la conducta imputada, pues la naturaleza de su función como Gerente Legal de Unacem no se encontraba vinculada a la gestión de la empresa y, por ello, no tenía poder de decisión en la política de castigos.
- (vii) Las justificaciones brindadas por las denunciadas –consistentes en que la política de castigos constituía una respuesta a la política de precios dumping implementada por Cemex y a la reducción de la tasa de derechos arancelarios para la importación de cemento– fueron desvirtuadas por carecer de razones técnicas o económicas, pues las medidas idóneas para ello eran la solicitud de aplicación de derechos antidumping y la utilización de garantías constitucionales, respectivamente. Finalmente, las denunciadas no sustentaron la existencia de efectos pro competitivos o que estos sean mayores a los efectos anticompetitivos analizados.
- (viii) Tomando en consideración la modalidad de la conducta y el alcance de la restricción de la competencia, la cuota de mercado de las empresas infractoras, la dimensión del mercado afectado y el efecto sobre los competidores así como la duración de la restricción, se consideró que la infracción consistente en la negativa concertada e injustificada debía ser calificada como muy grave.
- (ix) En tal sentido, la Comisión impuso las siguientes sanciones: 1 488,20 UIT a Unacem, 33,52 UIT para La Viga, 13,25 UIT para A. Berio y 17,04 UIT para Macisa. Asimismo, se impuso una multa de 5 UIT para las personas naturales que ejercieron un cargo gerencial o de dirección en el periodo en que se desarrolló la conducta y 2,5 UIT para quienes ejercieron un cargo de gestión en este mismo periodo.

22. El 26 de febrero de 2013, Cemex interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI, alegando que el retiro de beneficios era parte de una segunda etapa de la política de castigos, pues si bien reevaluaron el castigo y decidieron implementar el retiro de beneficios, ello también sirvió para disuadir a los comercializadores de seguir vendiendo cemento “Quisqueya”. Agregó que la política de retiro de beneficios podía ser incluso más dañina que la negativa de venta. Adicionalmente, solicitó el uso de la palabra.
23. El 26 de febrero de 2013, Unacem, Malva, La Viga y A.Berio apelaron la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI, en los siguientes términos:
- (i) La Comisión debió haber actuado las pruebas pertinentes para demostrar la conducta sancionada; sin embargo, no se realizó un estudio o análisis factual sobre la actuación de las denunciadas y el comportamiento del mercado durante y después del periodo investigado. Por el contrario, se habría basado en meras suposiciones y conjeturas. En particular, la primera instancia no habría acreditado los siguientes hechos: (a) la existencia de una negativa concertada e injustificada de venta pues se habría demostrado que siempre existió abastecimiento de cemento “Sol”; (b) la exclusión del cemento “Quisqueya” del mercado, conforme a lo sustentado en el Informe PWC; y, (c) los efectos negativos sobre precios, innovación, calidad o variedad de bienes.
 - (ii) En el supuesto negado de haber realizado la conducta investigada, esta necesariamente habría concluido a mediados de 2008, con la implementación de la red Progresol.
 - (iii) El análisis de la muestra de las cuarenta y ocho (48) ferreterías lleva a conclusiones erróneas pues no es representativa de las casi seis mil (6 000) ferreterías existentes en el mercado relevante. Eran setenta y dos (72) ferreterías y no cuarenta y ocho (48) como señaló la Comisión. Más aún, de las cuarenta y ocho (48) firmas analizadas, para cuatro (4) de ellas no se pudo determinar las supuestas prácticas, para seis (6) no se logró comprobar el retiro de beneficios, para dieciséis (16) no se garantizó que se haya afectado las compras de cementos “Quisqueya” o “Sol” y para veintidós (22) no se comprobó que hayan adquirido cemento “Quisqueya” durante o después de la conducta. De esa forma, no se logró disciplinar al mercado pues las ferreterías analizadas sí compraron ambas marcas de cementos.

- (iv) No existió un efecto de desplazamiento de competidores, pues la participación de Cemex en el mercado aumentó en los años 2009, 2010, 2011 y 2012. Tampoco se limitó el incremento de las ventas de “Quisqueya”, pues estas crecieron en años posteriores.
 - (v) La presunción de que el cemento “Sol” es un producto “gancho” de otros materiales de construcción, determinando la capacidad de disuadir la compra de “Quisqueya” y poner en riesgo la rentabilidad de la ferretería, no es un hecho probado. La Comisión utiliza expresiones vagas como por ejemplo, la posibilidad que la aplicación de la política de castigos tenga la capacidad de disciplinar a otras ferreterías fuera de la muestra analizada. Tampoco ha motivado el uso del término “efecto multiplicador” pues el mismo pertenece a la teoría macroeconómica y es utilizado por la Comisión para aumentar el radio de afectación en el mercado al evaluar los efectos anticompetitivos, sin haber sustentado si ello es aplicable al presente caso.
 - (vi) La Comisión no valoró las facturas presentadas por las denunciadas que acreditan que sí se abasteció con cemento “Sol” a las ferreterías e, incluso, que las prácticas tuvieron efectos muy acotados, casi insignificantes para la competencia; debido a que las ferreterías seguían vendiendo cemento “Quisqueya” y no se afectó a los consumidores. La Comisión tampoco motivó su pronunciamiento, pues debía determinar si la conducta imputada se realizó, si esta generó efectos negativos y si de la misma se obtuvieron beneficios. También se quebrantó el principio de legalidad, pues no motivó su resolución al no considerar las pruebas presentadas por Unacem y la sancionó sin sustento alguno.
 - (vii) No se han acreditado los factores o causales que determinan que la infracción debía ser calificada como muy grave, pues resulta arbitrario que reciba tal calificación solo por que el cálculo de la multa supera las 1 000 UIT. Por otro lado, la metodología de cálculo no se ampara en un criterio aprobado por un precedente o disposición legal de carácter público, pues se desconoce cómo se llegaron a los valores de las fórmulas, como por ejemplo cuáles habrían sido las ventas no realizadas por Cemex. Igualmente, resulta arbitraria la aplicación del margen de utilidad operativa bruta y no el margen de utilidad neta de los años involucrados, pues no debía incluirse el impuesto a la renta pagado.
24. El 26 de febrero de 2013, los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel De La Piedra Minetti, Luis Eduardo Huancahuari Laguna, José Antonio Nicolás Rey

Recavarren, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosmary Martha Rondón Barriga apelaron la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI⁷, reiterando parte de lo argumentado por las empresas denunciadas y agregando lo siguiente:

- (i) Las funciones de su cargo no les permitían planear ni ejecutar las supuestas conductas anticompetitivas ni tampoco existen pruebas de ello. El hecho de ser un alto funcionario tampoco resultaba suficiente para probar su participación.
- (ii) Durante el ejercicio de sus labores ni el Directorio ni la Gerencia General ni otras gerencias de las empresas involucradas, instruyeron a su personal sobre la supuesta política de castigo implementada contra los clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”.
- (iii) El hecho de haber sido destinatarios de algunos correos electrónicos no implicaba que hubieran tomado conocimiento o manifestado su conformidad respecto de su contenido, pues, considerando las funciones que desempeñaban, recibían constantemente correos electrónicos que, en algunos casos, no eran leídos ni contestados. Adicionalmente, estos tenían naturaleza meramente informativa.
- (iv) El Informe PWC acreditaría que no existió negativa concertada e injustificada de venta.
- (v) Las firmas consignadas en el documento denominado “Propuesta de Marketing Proyecto Subdistribuidores 2008” únicamente representaban la conformidad de sus suscriptores respecto de la implementación de un mecanismo de distribución eficiente, sin que ello implicara su aceptación respecto de los hechos mencionados en los antecedentes del documento.
- (vi) Si bien se presentaron casos aislados de negativas de venta y retiros de beneficios, estos se ejecutaron por iniciativa propia de determinados funcionarios. No obstante, los clientes siempre pudieron acceder a los productos de Unacem, ya sea a través del distribuidor, del mayorista o de otras ferreterías.

⁷ Cabe señalar que los señores Alberto Ballesteros Peña y Julio Ramírez Bardalez no han impugnado la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI, por lo cual los extremos relacionados a dichos administrados han quedado consentidos.

- (vii) No resulta factible pensar que la conducta de Unacem hubiera desplazado a Cemex del mercado, pues su participación desde entonces ha ido en aumento.
25. El 19 de julio de 2013, Unacem presentó un escrito manifestando que la Comisión se centró en el análisis de los correos electrónicos cuando lo correcto hubiera sido evaluar la información de las ventas a las ferreterías de todo el mercado y no solo de la muestra analizada. Asimismo, indicó que los correos electrónicos solo demuestran la intención pero no son concluyentes respecto a los daños ocasionados. Como sustento de sus argumentos, adjuntó un informe emitido por Apoyo Consultoría sobre los temas abordados en la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI, indicando lo siguiente:
- (i) La conducta no tuvo impacto sobre las ventas de Cemex.
 - (ii) La muestra utilizada por la Comisión no es válida.
 - (iii) El mercado siempre estuvo provisto por cemento “Sol” y “Quisqueya” por lo que no se ha probado adecuadamente la existencia del efecto multiplicador.
 - (iv) El cemento “Sol” no es un producto gancho y la red de ferreterías no constituye una facilidad esencial.
26. El 22 de julio de 2013, Cemex presentó un escrito negando los argumentos esbozados por las otras partes en sus respectivas apelaciones, reservándose el derecho a ampliar sus argumentos.
27. El 23 de diciembre de 2013, Unacem presentó un escrito alegando que la jurisprudencia americana ha establecido que se debe probar la existencia de efectos concretos en la competencia, no bastando determinar algún efecto potencial de la conducta sometida a la regla de la razón. En particular, indicó que debería considerarse que la jurisprudencia americana ha abandonado la ilegalidad *per se* al extender la regla de la razón a la fijación de precios mínimos de reventa, debiendo concentrarse en los efectos económicos del acuerdo antes que en el mero daño potencial, lo cual ha sido omitido en el análisis efectuado por la Comisión. Asimismo, señaló que no se debía considerar al canal ferretero como una facilidad esencial en tanto hay canales alternativos de distribución (cita el caso *Omega Environmental Inc. vs. Gilbarco*), contrariamente a lo realizado por la Comisión al utilizar el caso *US vs. Dentsply International Inc.* Finalmente, añadió que la postura de Cemex se basa en el Dictamen elaborado por Luis José Díez-Canseco Núñez, la cual solamente se basa en la mera existencia de posición de

dominio y arriba a conclusiones que no se basan en los hechos sustentados en el Informe de Apoyo Consultoría.

28. El 22 de enero de 2014, Cemex presentó un escrito pronunciándose sobre el recurso de apelación de las partes denunciadas. Igualmente, reiteró su pedido de uso de la palabra y solicitó una reunión con la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala).
29. El 28 de octubre de 2014, se llevó a cabo la reunión de Secretaría Técnica de la Sala con la participación de los representantes de la Comisión, Unacem, Cemex, La Viga, A. Berio y Macisa. En dicha reunión, y a solicitud de Cemex, se le otorgó un plazo máximo de siete (7) días hábiles para presentar sus alegatos respecto al escrito presentado por Unacem el 19 de julio de 2013, sin mayor observación de las demás partes.
30. El 25 de noviembre de 2014, se realizó la audiencia de informe oral ante la Sala con la participación de los representantes de la Comisión, Malva, Cemex, Unacem, La Viga y A. Berio.
31. Mediante escritos del 2 de diciembre de 2014, Cemex presentó sus alegatos finales sobre los argumentos esgrimidos en el informe oral, adjuntando un documento con la presentación mostrada en dicha audiencia, en donde reiteró lo señalado a lo largo del procedimiento y agregó los siguientes argumentos principales:
 - (i) Conforme lo sustenta la opinión del señor Luis Diez-Canseco Núñez, una política de retiro de beneficios significa un incremento inmediato en sus costos de operación, lo cual puede implicar un mayor perjuicio que la negativa de ventas, pues ello desnivela el piso frente a competidores que sí reciben tales beneficios.
 - (ii) En la práctica, el boicot fue ejecutado mediante un conjunto amplio de actos de obstaculización, sustentados en el expediente, como las amenazas a ferreteros, el control y monitoreo de dichas amenazas, visitas a ferreteros por representantes de las denunciadas, orden a ferreteros de esconder el cemento “Quisqueya” y/o de quemarlo, la negativa de ventas de cemento “Sol” y el retiro de beneficios, entre otros.
 - (iii) La práctica de negativa de ventas y su ejecución se encuentran plenamente acreditadas en el expediente, conforme al análisis realizado por la Comisión. Igualmente, el análisis de ilegalidad de dicha conducta

fue efectuada de forma correcta por la Comisión, conforme a los parámetros de la regla de la razón.

- (iv) Basta acreditar los daños potenciales de las conductas sometidas a análisis en este caso, siendo en todo caso el daño un elemento a considerar en la graduación de la sanción, conforme a lo indicado por la Sala en el último Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución 479-2014/SDC-INDECOPI.
- (v) Sobre el impacto de las conductas imputadas, la Comisión logró identificar al menos cuarenta y ocho (48) ferreterías a las que se les aplicó la conducta infractora, por lo cual se debe considerar que Cemex solo comercializaba a cuatrocientas sesenta y tres (463) ferreterías, demostrando que se afectaron al menos al 10,36% de ferreterías que vendían cemento “Quisqueya”, lo cual podría ampliarse por el efecto multiplicador.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Corresponde determinar lo siguiente:

- (i) Si alguna de las empresas imputadas tiene posición dominante.
- (ii) Si, de ser el caso, existe evidencia que sustente que las empresas imputadas han efectuado un acuerdo colusorio vertical en la modalidad de negativa injustificada de venta y el retiro de beneficios comúnmente otorgados, a aquellas ferreterías que también comercializaran cemento “Quisqueya”.
- (iii) Si, de ser el caso, dichas conductas han tenido o podrían haber tenido, efectos perjudiciales sobre la competencia y el bienestar de los consumidores y si estos superan a los efectos pro competitivos alegados.
- (iv) Si, de ser el caso, las personas naturales denunciadas han tenido participación activa en las conductas infractoras.
- (v) Si, de ser el caso, se determinó correctamente la sanción aplicable.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Cuestión previa: sobre los errores materiales

- 32. El artículo 201 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece la competencia de la autoridad administrativa para pronunciarse de oficio respecto a los errores materiales de sus propias

resoluciones, siempre que no se alteren aspectos sustanciales de su contenido ni el sentido de la decisión⁸.

33. Asimismo, respecto a la enmienda de resoluciones, el artículo 28 del Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo 009-2009-PCM y modificado por Decreto Supremo 107-2012-PCM⁹, dispone que la Sala puede enmendar de oficio sus resoluciones, en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo o presenten inexactitudes evidentes. Por otro lado, la norma citada también es aplicable para las Comisiones encargadas de resolver en primera instancia administrativa los asuntos concernientes al ámbito de su competencia, de conformidad con el artículo 41 del referido reglamento¹⁰.
34. Conforme a lo señalado por las normas indicadas, en principio corresponde a la Comisión realizar la enmienda de los errores materiales detectados en el trámite del procedimiento en primera instancia. Sin embargo, en aplicación de los principios de celeridad y eficacia que inspiran el procedimiento administrativo¹¹, corresponde a esta Sala enmendar de oficio dichos errores.

⁸ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 201.- Rectificación de errores.**
201.1 Los errores materiales o aritméticos en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.
201.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.

⁹ **DECRETO SUPREMO 107-2012-PCM. MODIFICATORIAS AL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 28.- Enmienda, aclaración y ampliación de resoluciones.** Las Salas del Tribunal sólo podrán enmendar sus resoluciones en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes. La enmienda podrá producirse de oficio o a petición de parte (...).

¹⁰ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**
Artículo 41.- Normas de procedimiento aplicables en las Comisiones del INDECOPI
Los procedimientos que se siguen ante las Comisiones se regirán por las disposiciones que regulan las materias de su competencia, así como por las normas de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI aprobada por Decreto Legislativo N° 807, Lineamientos y Directivas aprobadas por el Consejo Directivo dentro de su competencia o por la Sala Plena del Tribunal del INDECOPI y supletoriamente, por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Rigen también para las Comisiones las disposiciones procesales contenidas en los artículos 28, 32 y 33 del presente Reglamento, en lo que resulten aplicables.
(...)

¹¹ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Título Preliminar
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)

9. Principio de celeridad.-Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.
10. Principio de eficacia.-Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

35. En ese sentido, se verificó que por un error involuntario se consignó al Ejecutivo del Departamento Ventas de Unacem con el nombre de “*Rolando Javier Nikaido Hokama*”; sin embargo, de acuerdo a los hechos verificados en el procedimiento¹², su nombre correcto es “*Javier Nikaido Hokama*”, prescindiendo del nombre “*Rolando*”.
36. Igualmente, se verificó que por error involuntario se consignó a la Jefa de Ventas de Macisa con el nombre de “*Rosemary Rondón Barriga*” cuando debía ser “*Rosmary Rondón Barriga*”¹³.
37. Sobre el particular, es preciso señalar que las incongruencias aludidas corresponden a errores tipográficos incurridos a lo largo del procedimiento, los mismos que no constituyen vicios que ameriten la invalidez de los actos que los contengan pues no inciden en el desarrollo regular del presente procedimiento, por lo que corresponde enmendar los errores advertidos¹⁴. Sin perjuicio de lo mencionado, ambos administrados han convalidado dichas actuaciones sin mayor mención de los errores antes señalados, lo cual evidencia que no existió vulneración a sus derechos ni al debido procedimiento.
38. En tal sentido, ambos administrados han apelado el pronunciamiento de primera instancia convalidando la existencia de dichos errores manifiestos, al no haberlos cuestionado.

(...)

¹² Conforme se desprende de su Documento Nacional de Identidad y los escritos presentados a lo largo del procedimiento.

¹³ Conforme se desprende de su Documento Nacional de Identidad y los escritos presentados a lo largo del procedimiento.

¹⁴ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 14.- Conservación del acto.

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.

39. Por tal motivo, corresponde enmendar todas las actuaciones en donde se identifique a los administrados con los nombres “*Rolando Javier Nikaido Hokama*” y “*Rosemary Rondón Barriga*” debiendo decir, respectivamente, “*Javier Nikaido Hokama*” y “*Rosmary Rondón Barriga*”.

III.2 Marco conceptual

III.2.1 Los acuerdos verticales en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

40. A nivel de doctrina, los acuerdos verticales, también conocidos como 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 servicio¹⁵.
41. Desde la perspectiva económica, el incentivo para efectuar restricciones verticales se debe a que las decisiones de las empresas que actúan en el nivel inferior afectan el beneficio de las que se encuentran aguas arriba, en tanto influyen en sus niveles de ventas¹⁶.
42. Ahora bien, los acuerdos verticales podrían originar eficiencias en términos de provisión, calidad o precios, motivo por el cual debe analizarse la existencia de eventuales efectos pro competitivos en el mercado en cada caso concreto. A modo de ejemplo, la existencia de un acuerdo de fijación de un precio mínimo de reventa podría tener la finalidad de evitar que los minoristas que establecen descuentos por la compra del producto, se aprovechen del esfuerzo desplegado por otros minoristas que invierten en un mejor servicio (mediante publicidad de la marca, por ejemplo) captando el incremento de la demanda que este genera. Si bien con tal restricción se disminuye la competencia intramarca¹⁷, dicha conducta determina que los minoristas deban invertir en mejorar su servicio posicionando la marca del productor frente a la competencia, incrementando de esta forma la competencia intermarca¹⁸.

¹⁵ Véase: HAHN, Robert. *Antitrust Policy and Vertical Restraints*. Editorial AEI – Brookings Joint Center For Regulatory Studies, Primera edición, Washington, D.C., 2006, p. 1; ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. Editorial The Foundation Press, Inc., New York, 1993, p. 224; MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Editorial Cambridge University Press, Primera Edición, 2004, p. 302.

¹⁶ Lo que se conoce como “externalidad vertical básica”. Véase TIROLE, Jean. *La Teoría de la Organización Industrial*. Traducción al español realizada por Carmen Matutes y colaboradores, Ariel, Barcelona, 1990, p. 260 y 265.

¹⁷ Aquella en donde diversos minoristas compiten por la venta de un producto de la misma marca.

¹⁸ La competencia entre comercializadores de marcas rivales.

43. A nivel comparado, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado supuestos en donde los acuerdos verticales deben ser analizados bajo la denominada regla de la razón, considerando que mayormente podrían generar eficiencias que beneficiarían al proceso competitivo y al bienestar de los consumidores. De esta forma, se ha ido abandonando paulatinamente la aplicación de la regla *per se*, que en determinado momento se llegó a extender incluso a casos en donde era poco probable que la conducta afectara negativamente al mercado relevante.
44. A modo de ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos de América consideró que se debía aplicar la regla *per se* en el caso *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, (1967) relacionado a la distribución exclusiva por zonas geográficas, cuando el distribuidor se dedicara a revender los productos que había adquirido del fabricante. No obstante, dicho criterio cambió a raíz del caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* 433 U.S. 36, (1977), en donde se tomó en cuenta que si bien la distribución exclusiva en determinadas zonas impuestas por el fabricante restringía la competencia intramarca, lo cierto es que se promovía con ello una competencia intermarca al inducir a los distribuidores a invertir en mejores servicios que permitan posicionar la marca del producto frente a la del competidor, logrando así una ventaja competitiva¹⁹.
45. Por otro lado, pese a la existencia de justificaciones basadas en la eficiencia económica, los acuerdos verticales también pueden tener la capacidad de generar efectos negativos sobre la competencia en aquellos casos en que una o ambas partes del acuerdo ostentan posición de dominio en algunos de los mercados relacionados²⁰. En tal sentido, las Directrices de la Unión

¹⁹ El mismo razonamiento fue desarrollado por la Corte respecto a acuerdos verticales sobre el mantenimiento de precios de reventa, en *State Oil Co. vs. Khan* (1997) y en *Leegin Creative Leather Products, INC. vs. PSKS INC.* (2007). Para un desarrollo sobre la aplicación de la regla de la razón en acuerdos verticales sobre mantenimiento de precio de reventa en la jurisprudencia norteamericana, ver ZULETA LONDOÑO, Alberto. *La regulación sobre mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del Derecho colombiano de la competencia*. Revista de Derecho de la Competencia, Vol. 7, 2011. http://www.iaveriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/4laregulacion.pdf (visitado el 30 de octubre de 2014)

²⁰ Sobre el particular, se ha sostenido en la doctrina del *antitrust* estadounidense que “un contrato de distribución exclusiva podría limitar la competencia ineficientemente si la firma proveedora tiene posición dominante en el mercado y la entrada en la siguiente etapa de la cadena productiva está restringida. En la medida que se puedan construir rápidamente nuevas facilidades en esta etapa, una exclusión resulta improbable”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Editorial Thomson – West, Segunda Edición, Minnessota, 1999, p. 431.

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

Europea sobre Restricciones Verticales establecen lo siguiente²¹:

“En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden plantear problemas si la competencia intermarca resulta insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor, del comprador o de ambos.

(...)

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

- a) exclusión contraria a la competencia de otros proveedores u otros compradores poniendo obstáculos a la entrada o a la expansión;*
- b) relajación de la competencia entre el proveedor y sus competidores o facilitación de la colusión entre estos proveedores, a menudo mencionada como reducción de la competencia intermarca;*
- c) relajación de la competencia entre el comprador y sus competidores o facilitación de la colusión entre estos competidores, a menudo mencionada como reducción de la competencia intramarca, si afecta a la competencia de los distribuidores por razón de la marca o producto del mismo proveedor;*
- d) creación de obstáculos a la integración de mercados, entre los que se incluyen, sobre todo, las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado miembro de su elección.*

(...)

Tratándose de productos finales, por lo general es más probable que se produzca exclusión en el nivel minorista, dados los significativos obstáculos a la entrada que deben afrontar la mayoría de los fabricantes a la hora de crear comercios únicamente para sus productos propios. Además, es en el nivel minorista donde los acuerdos de marca única pueden reducir la competencia intermarca dentro de los comercios. Por estos motivos, y habida cuenta de los demás factores pertinentes, pueden producirse efectos anticompetitivos importantes relacionados con los productos finales en el nivel minorista cuando un proveedor no dominante vincula el 30 % o una cuota superior del mercado de referencia. En el caso de una empresa dominante, es probable que incluso una modesta cuota de mercado vinculada dé lugar a efectos anticompetitivos graves.”

(Subrayado añadido)

²¹

Ver numerales 6, 100 y 140.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC0411&from=ES> (visitado el 30 de octubre de 2014)

46. Por su parte, la proscripción de las conductas que atentan contra la libre competencia en el Perú se encuentran normadas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. El artículo 1 de la norma en mención establece que la finalidad de la ley es prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores²².
47. El artículo 12 de la Ley Represión de Conductas Anticompetitivas señala que son prácticas colusorias verticales aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos en la cadena de producción, distribución o comercialización y que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Dicha práctica requiere necesariamente que una de las partes involucradas como mínimo ostente posición de dominio en el mercado relevante²³.
48. Como se desprende del artículo citado, las colusiones verticales tienen dos elementos típicos particulares: (i) que la conducta sea realizada entre dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción; y, (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva.
49. Adicionalmente, la normativa nacional ha recogido el criterio citado líneas arriba, es decir, que este tipo de conductas deben ser analizadas bajo una prohibición relativa (ver *supra* numerales 40 al 43), por lo que la autoridad de competencia nacional también deberá evaluar las justificaciones alegadas por las denunciadas y sopesar sus efectos positivos y negativos sobre la competencia y los consumidores²⁴.

²² **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.**

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

²³ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 12.- prácticas colusorias verticales.**

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución, o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

²⁴ Para un desarrollo completo sobre las prácticas colusorias verticales bajo el análisis de prohibición relativa, con la vigencia del Decreto Legislativo 1034, a nivel jurisprudencial, véase el caso Group Multipurpose S.R.L. y Dispra

50. La prohibición relativa demanda que para la configuración de la infracción, no solo es necesario verificar la ejecución de la conducta imputada, sino que se acredite la existencia de un resultado negativo, o la potencialidad concreta de dicho resultado (cierto e inminente) sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En otras palabras, el acuerdo colusorio vertical debe generar una lesión efectiva (daño concreto) o calificar como una conducta idónea que amenace con generar efectos nocivos para el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores (daño potencial) que sobrepase los beneficios del acuerdo, para que tal conducta sea sancionable como infracción a las normas de defensa de la competencia. En ese sentido, la empresa o persona investigada tiene la carga de acreditar que la conducta analizada genera o puede generar eficiencias y que estas son mayores al perjuicio que pueda generar.

III.2.2 La negativa injustificada de trato

51. El artículo 11.1 literal g)²⁵ y el artículo 12.2²⁶ de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establecen que una modalidad de prácticas colusorias verticales es la negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
52. Ahora bien, los agentes económicos tienen la libertad de elegir con quien contratar, pues ello constituye el contenido de la libertad de contratar que goza de protección constitucional²⁷; no obstante, dicha protección se diluye si

E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox del Perú S.A., Resolución 0068-2009/SC1-INDECOPI del 24 de febrero de 2009.

²⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.**

11.1. 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, tales como:

(...)

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios

²⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.**

(...)

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

²⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 62. Libertad de contratar.-** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el

es que la negativa encierra un objetivo anticompetitivo.

53. Comúnmente, la negativa de trato es utilizada por un agente económico que goza de posición de dominio, bien sea directamente o a través de prácticas colusorias con otras empresas que operan en planos distintos en la cadena productiva, y que se niega expresa o tácitamente a proveer un producto o servicio, o el acceso a una infraestructura a un competidor real o potencial, con el fin de preservar su posición de dominio en el mercado relevante; es decir, con una finalidad exclusoria.
54. A nivel jurisprudencial en la práctica comparada, se han desarrollado diversos casos de negativa injustificada de trato. Por ejemplo, se tiene el supuesto en el cual una empresa con posición de dominio por sí sola o en concertación vertical con otras, se niega a proveer un producto o servicio a determinado agente económico si este, paralelamente, comercializa o contrata los productos o servicios de su competidor.
55. La negativa podría mantenerse hasta que el comprador deje de abastecerse del referido competidor; es decir, hasta que se abastezca de manera exclusiva. Así, en el caso *Lorain Journal Co. v. United States (1951)*, la Corte Suprema de Estados Unidos de América consideró que la negativa de trato de una editorial a aquellas empresas que también publicitaban sus productos en una nueva radio local entrante, constituía un intento de monopolización, considerando que la editorial poseía una participación de casi 99% y que tal práctica buscaba preservar su condición monopólica en el mercado de publicidad en medios de comunicación.
56. También es significativo el caso *United Brands v. Commission (1978)*, en donde United Brands, máximo productor mundial de plátanos con la marca “Chiquita”, dejó de suministrar dicho producto a Olesen, su principal distribuidor en Dinamarca, debido a que este incrementó sus ventas del producto del competidor (Standard Fruit), en perjuicio de las ventas de “Chiquita”. En dicho caso, la Corte de Justicia Europea consideró que tal negativa generaría el efecto de impedir o reducir la comercialización de los productos competidores por parte de los demás distribuidores, preservando así su posición dominante.
57. En general, las conductas relacionadas a negativa de trato descritas anteriormente buscan lograr un efecto exclusorio en el mercado, bien sea a través de conductas unilaterales directas con el uso del poder de mercado

contrato o contemplados en la ley (...)

(abuso de posición de dominio) o mediante conductas concertadas entre una empresa dominante y otras empresas que se ubican en un plano distinto en la cadena productiva (conductas colusorias verticales), con la finalidad de desplazar a los competidores.

58. Pese a ello, no toda negativa de trato de un agente económico hacia otro genera una afectación a la libre competencia, pues dicha conducta puede encontrarse justificada en consideraciones ajenas a un fin anticompetitivo. Por ejemplo, una negativa de trato puede responder a una morosidad o falta de confianza comprobada con determinado minorista, lo cual determina que el corte del suministro de bienes tenga como fin castigar a empresas que no cumplen con sus compromisos, lo cual podría resultar una justificación legítima basada en la mejora del negocio. Por ello, la autoridad de competencia debe evaluar y ponderar los efectos anticompetitivos con los efectos positivos, cuyo resultado determinará si la conducta resulta nociva para el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

III.2.3 Otras conductas anticompetitivas de efecto equivalente

59. El artículo 11.1 literal k)²⁸ de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece una cláusula general respecto a toda aquella conducta que no haya sido descrita en los demás literales y que tenga el efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia y que busque la obtención de beneficios por razones distintas a una mayor eficiencia económica.
60. En ese sentido, el boicot puede constituir una conducta anticompetitiva con efecto equivalente, en la medida que afecte a la libre competencia. Así, la doctrina ha definido al boicot de la siguiente forma²⁹:

“El suceso en el que un sujeto o un grupo de sujetos rescinde, o se niega a iniciar total o parcialmente relaciones económicas con otro u otro grupo de sujetos, como consecuencia de un requerimiento recibido en tal sentido por una tercera parte, la cual tiene intención de irrogarle un perjuicio al inquirido directo

²⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.**

11.1. 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, tales como:

(...)

k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

²⁹ EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. *El boicot como acto de Competencia Desleal contrario a la Libre Competencia*. Civitas, 2000, p.31.

o indirecto de no llevar a cabo la conducta encomendada”

61. Bajo tales premisas, el boicot puede establecerse mediante una práctica colusoria vertical consistente en la reducción o el retiro verticalmente coordinado de beneficios comúnmente otorgados (por ejemplo, descuentos por volumen o pronto pago) a los clientes que mantengan relaciones comerciales con un competidor de al menos una de las empresas involucradas.
62. De esta forma, aquellas conductas destinadas a privar o reducir los beneficios comúnmente otorgados a las empresas minoristas que mantengan relaciones comerciales con el competidor, como parte de un boicot hacia este, puede tener el efecto de afectar al proceso competitivo. Para ello, la empresa que aplica la política de boicot debe tener suficiente poder de mercado para influir en la conducta de los minoristas. A su vez, a las empresas que operan en el mercado aguas abajo debe resultarles sumamente importante para el desarrollo de su negocio los beneficios comúnmente otorgados, para que la amenaza de su reducción o cese determine la decisión de dejar de comercializar los productos de las empresas competidoras.
63. Por ejemplo, el beneficio consistente en brindar facilidades de pago o créditos respecto a la comercialización del producto con mayor preferencia en el mercado podría determinar que las empresas minoristas perciban un mayor margen de utilidad, el cual podría ser trasladado a los consumidores finales mediante una reducción en el precio. Por ello, el retiro o reducción de tal beneficio como potencial acto de boicot generaría que los minoristas tengan que dejar de comercializar el producto del competidor de una de las empresas que realice la práctica colusoria, pues lo contrario podría generar una reducción significativa del margen de utilidad para el desarrollo de su negocio.
64. En esos casos, tal conducta constituye una forma de presión, similar a la negativa de trato, que se ejerce sobre aquellos minoristas con la finalidad de disuadirlos de comercializar los productos del competidor y así lograr frenar o reducir su participación en el mercado. Por ello, habría que analizar si el beneficio otorgado se refiere a la comercialización de un producto cuyo proveedor tiene posición de dominio, así como las características de la conducta, de tal forma que se pueda determinar si el recorte del beneficio implicaría una reducción significativa de su utilidad que no pueda ser recuperable con la provisión de un producto competidor.

III.3 Análisis del presente caso

III.3.1 Metodología de análisis de las prácticas colusorias verticales

65. En el presente caso, como consecuencia de la denuncia de Malva y el inicio del procedimiento de oficio contra las denunciadas (Unacem, La Viga, Macisa, A. Berio y las personas naturales involucradas), corresponde analizar si estas incurrieron en una práctica colusoria vertical consistente en la negativa concertada e injustificada de venta y retiro de beneficios comúnmente otorgados a ferreterías minoristas, como una política de castigos por comercializar el producto de Cemex, empresa que compite con Unacem y sus distribuidoras.
66. Para ello, esta Sala analizará primero si al menos una de las denunciadas posee posición de dominio y si el acuerdo imputado se encuentra acreditado para luego verificar, y analizar, los efectos que se generen, o podrían generarse, de su realización. Finalmente, se evidenciará las justificaciones presentadas por las imputadas y se hará un balance entre la finalidad pro-competitiva y la finalidad restrictiva derivada del acuerdo, conforme a lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³⁰.
67. Siguiendo esta metodología, corresponde a continuación analizar si, en el caso concreto, alguna de las empresas imputadas ostenta posición de dominio en el mercado relevante.

III.3.2 Determinación del mercado relevante y posición de dominio de alguna de las empresas imputadas

68. La delimitación del mercado relevante se encuentra estrechamente asociada al concepto de posición de dominio, toda vez que será en el ámbito de un mercado en particular que un agente económico determinado gozará (o no) de posición dominante³¹. Al respecto, el artículo 6 numeral 6.1 de la Ley de

³⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales**

(...)

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

(...)

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.

³¹ En los Estados Unidos de América, el *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission*, aprobaron los *Horizontal Merger Guidelines* en el cual se señala que: “un mercado es definido como un producto o grupo de productos y el área geográfica en la cual se producen o venden...”.

Traducción libre al español del siguiente texto: “A market is defined as a product or group of products and a

Represión de Conductas Anticompetitivas señala que el mercado relevante está compuesto por un bien o servicio determinado y un ámbito geográfico donde se comercializarán dichos bienes³².

69. El mercado de producto relevante³³ incluye a todos aquellos bienes y servicios que los demandantes consideran sustitutos o intercambiables entre sí, en función a sus características, precio, calidad, usos y otras condiciones inherentes al producto^{34,35}. Así, anteriormente se ha sostenido que:

El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo³⁶.

geographic area in which it is produced or sold..."

Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>, (visitada el 30 de octubre de 2014).

En la Unión Europea, la Comisión ha aprobado la Comunicación sobre "Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia" (97/C 372/03) - Diario Oficial N C 372 publicado el 09 de diciembre de 1997, en el cual se señala que: "*el mercado de referencia en el mercado del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto t el mercado geográfico...*". Ver [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML), (visitada el 30 de octubre de 2014)

- ³² **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 6.- El mercado relevante.**

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

- ³³ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 6.- El mercado relevante**
(...)

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

- ³⁴ Conforme a la Comunicación de la Comisión Europea sobre Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia: "*El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos*".

- ³⁵ Sobre la definición del mercado producto vid., CONRATH, W, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 4, p. 2 - 11; HYLTON, Keith. *Antitrust Law. Economic theory and common law evolution*. Editorial Cambridge University Press, Primera Edición, Cambridge, 2003, p. 237 y ss.

- ³⁶ Ver Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A.

70. De otro lado, el mercado geográfico³⁷ relevante está delimitado por las áreas o espacios geográficos donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante ya delimitado. Esto se mide en función a las restricciones que tendrían tanto los productores de otras zonas geográficas para trasladar sus productos a donde se encuentran los clientes, como a las limitaciones que enfrentan los propios consumidores para acceder a las otras áreas donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento³⁸, debiendo evaluarse entre otros factores los costos de transporte y las barreras del comercio.
71. En el presente caso, la Sala asume como propio el análisis del mercado relevante efectuado por la Comisión en la medida que no ha sido cuestionado por las partes en esta instancia, en el cual se obtuvo el siguiente resultado:

Mercado de producto relevante: comercialización de cemento Portland gris tipo I, IP, IPM, MS y ICo.

Mercado geográfico relevante: Regiones de Lima, Ica, Ayacucho, Ancash, Huancavelica, Huánuco, Pasco y Junín.

72. Por otro lado, el artículo 7 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas define los parámetros para evaluar la existencia de una posición de dominio, a saber³⁹:

³⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 6.- El mercado relevante**
(...)

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

³⁸ Sobre el particular, Whish ha manifestado que: “*La delimitación del mercado geográfico ayuda a identificar qué otras firmas imponen una restricción competitiva sobre otro agente bajo investigación. El costo de transporte es un importante factor: algunos bienes son tan caros de transportar en relación a su valor que no sería económico intentar venderlos en mercados distantes...*”. WHISH, Richard. Op. Cit., p. 39. En ese mismo sentido ver, CONRATH. W, Craig. Op. Cit., Sección 4, p. 12 y ss.

³⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.**

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

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

- (i) Una participación significativa en el mercado relevante.
 - (ii) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
 - (iii) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
 - (iv) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
 - (v) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
 - (vi) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.
73. En el presente caso, la Sala aprecia en la siguiente tabla que durante el periodo 2007-2010 Unacem realizó en promedio un 63,9 % de ventas en el mercado relevante:

Tabla N° 1
Participación según ventas en el mercado relevante

Región	Empresa	2007		2008		2009		2010	
		Millones (t)	%	Millones (t)	%	Millones (t)	%	Millones (t)	%
Ancash, Ayacucho, Lima, Ica, Huancavelica, Huánuco, Pasco y Junín	Cemento Andino	1.12	31.44%	1.15	26.70%	1.15	26.20%	1.3	25.39%
	Unacem	2.21	62.15%	2.77	64.26%	2.9	66.06%	3.24	62.15%
	GRP	3.33	93.59%	3.93	90.97%	4.05	92.26%	4.54	93.59%
	Cemex*	0.06	1.69%	0.17	3.94%	0.1	2.28%	0.27	1.69%
	Otros	0.17	4.72%	0.22	5.10%	0.24	5.47%	0.31	4.72%
	Venta total	3.56	100.00%	4.32	100.00%	4.39	100.00%	5.12	100.00%

Nota: GRP: Grupo Económico Rizo-Patrón.

(*) Corresponden a las importaciones de Cemex que ingresó al mercado en agosto de 2007.

Fuente: INEI

Elaboración: ST- CLC

74. Sobre la base de diversos documentos que obran en el expediente⁴⁰, puede concluirse que durante el periodo investigado, el mercado relevante presentaba las siguientes características:
- (i) Alta concentración del mercado al existir pocos agentes económicos, en el cual Unacem contaba con una alta cuota de mercado.

⁴⁰ Memoria de Unacem de los años 2007 y 2008 y escrito presentado por Cemex el 11 de agosto de 2009. Al respecto, ver foja 231 del expediente.

- (ii) Baja rivalidad entre las empresas competidoras debido a la exclusividad geográfica.
 - (iii) Limitado poder de negociación de los clientes, debido a la falta de una base consolidada de ellos y de empresas que produzcan cemento con un mayor valor agregado.
 - (iv) Existencia de barreras de entrada: barreras económicas como requerimientos de inversiones elevadas en activos fijos y costos de transporte altos; barreras legales expresadas en los plazos necesarios (superiores a 1 año) que requiere un nuevo entrante para cumplir con determinados requerimientos legales para la instalación de una planta de cemento; y barreras estratégicas debido a la alta capacidad instalada de Unacem, la integración vertical de la red de distribución y la necesidad de crear una red propia para el entrante.
75. Conforme a la información analizada anteriormente, la Sala considera que Unacem ostentaba posición de dominio en el mercado relevante, e incluso si se toma en cuenta al grupo económico del cual forma parte Unacem (Grupo Rizo-Patrón, conformado por Unacem y Cemento Andino), la participación en el mercado relevante sería de un 91% promedio durante el periodo investigado.
76. Finalmente, las denunciadas no han cuestionado a lo largo del procedimiento que Unacem ostentara posición de dominio durante el periodo investigado; es decir, aceptaron que la mencionada empresa tenía la capacidad de comportarse estratégicamente en el mercado, pudiendo ejercer presión para modificar los precios.
77. Habiendo verificado que una de las empresas denunciadas ostentaba posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo investigado, corresponde analizar si se ha acreditado la existencia de la conducta investigada.

III.3.3. Sobre la negativa injustificada de trato

III.3.3.1 La existencia de la conducta

I. Acreditación del acuerdo

78. La Comisión concluyó que las empresas denunciadas habían acordado implementar, entre los años 2007 y 2008, una política de castigos contra aquellas ferreterías que vendieran cemento “Quisqueya”, con la finalidad de

contrarrestar el ingreso de Cemex como competidor. Así, la política concertada entre Unacem y sus principales distribuidoras consistía en que estas debían suspender el suministro de cemento “Sol” a las ferreterías minoristas mientras siguieran comercializando el producto de Cemex. La finalidad era disuadir a estas empresas de continuar con la venta del producto competidor y poder reducir su participación en el mercado.

79. Para ello, la Comisión analizó los diversos documentos y correos electrónicos recabados en las visitas inspectivas a las empresas denunciadas que acreditarían que, efectivamente, acordaron la implementación de una política de castigos en el canal ferretero, consistente en la negativa de venta de cemento “Sol” a aquellas ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya” de Cemex.
80. Por tal motivo, a continuación se analizarán los medios probatorios que obran en el expediente a fin de verificar si nos encontramos ante una práctica colusoria entre las empresas denunciadas.
81. El señor Javier Nikaido Hokama, Ejecutivo de Ventas de Unacem sostuvo una reunión con algunos representantes de La Viga, Macisa y A. Berio el 6 de agosto de 2007, en donde se acordaron los términos para fiscalizar a las ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya”. Ello se desprende del correo electrónico remitido por el señor Javier Nikaido Hokama de Unacem al señor Diego de la Piedra Minetti, Gerente General de La Viga; al señor Carlos Marsano Soto, Director de La Viga; al señor Luis Huancahuari Laguna, Gerente Administrativo de A. Berio; a la señora Nelly Huancahuari Cabrera, Secretaria de A. Berio; al señor José Antonio Rey Recavarren, Gerente General de Macisa; a la señora Rosmary Rondón Barriga, Jefe de Ventas de Macisa; y, en copia, a los señores Jorge Trelles Sánchez, Raúl Pinto Ruiz, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña y Fernando Godoy Castañeda de Unacem, en donde se señaló lo siguiente⁴¹:

“Asunto: Acuerdos Reunión día 06/08.

Sirva la presente para recordarles los acuerdos tomados en nuestra reunión del día de hoy:

Envío diario de un reporte con las observaciones y ocurrencias, por parte de la fuerza de ventas de c/u de los distribuidores al supervisor de zona.

Aviso inmediato de aquellas ferreterías que comercializan quisqueya para que el supervisor de zona confirme y evidencie (sic) (...)”.
(énfasis agregado)

⁴¹ Ver foja 642 del expediente.

82. Si bien esta comunicación no acredita por sí sola la existencia de una política de negativa de ventas, sí constituye un indicio de aquella, evidenciando el nivel de coordinación de las empresas denunciadas para vigilar y supervisar a las ferreterías que vendieran cemento “Quisqueya”. Igualmente, dicha prueba resulta de vital importancia debido a que descartaría cualquier argumento destinado a sustentar que la política de negativa de ventas era resultado de decisiones unilaterales de los vendedores de cada empresa denunciada. No obstante, en el siguiente correo electrónico enviado unos días después del anterior, por el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel de Unacem al señor Eduardo Mercado Céspedes, Jefe de Operaciones de La Viga; y, en copia, al señor Raúl Pinto Ruiz de Unacem, se señaló lo siguiente⁴²:

“Asunto: RV: Información del día martes 07-08-07.

*Lalo, **toda ferretería que hoy tenga Quisqueya deberá ser dejada de atender con nuestros productos de acuerdo a lo coordinado en la última reunión de distribuidores.** Verificar con vendedores la relación adjunta y proceder con lo dispuesto. (...).* (énfasis agregado)

83. En este correo se evidencia que en la reunión de distribuidores citada al comienzo del presente acápite se celebró un acuerdo entre Unacem y sus principales distribuidores (La Viga, Macisa y A. Berio) para aplicar una política destinada a dejar de suministrar los productos de Unacem a toda aquella ferretería que comercializara cemento “Quisqueya”. Es decir, no solamente se trataba de coordinar la fiscalización entre Unacem y sus distribuidoras del comportamiento de las ferreterías en la comercialización de cemento “Quisqueya”, sino también de aplicar una política de negativa de ventas a quienes comercializaran dicho producto.
84. Adicionalmente, tal conducta tendría por finalidad evitar que el cemento “Quisqueya”, importado por Cemex, tenga mayor presencia en el mercado relevante y frenar así el crecimiento de un competidor directo. Ello queda acreditado en el contenido del documento denominado “Propuesta de Marketing”, suscrito por los señores Jorge Trelles Sánchez, Gerente Administrativo de Unacem; Julio Ramírez Bardales, Gerente Legal de Unacem; Álvaro Morales Puppo, Gerente Financiero de Unacem; Carlos Ugás Delgado, Director y Gerente General de Unacem; y, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Gerente de Marketing de Unacem, altos funcionarios de Unacem, en donde se mencionó que existió una política de negativa de ventas coordinada con sus principales distribuidores con la finalidad de

⁴² Ver foja 1426 del expediente.

contrarrestar el ingreso de Cemex al mercado⁴³:

“(…)

2.1 Relación con Clientes

Durante mediados del año 2007 la compañía decidió implementar una política de defensa ante el ingreso del competidor Cemex con varias acciones entre ellas, penalizar a los clientes Mayoristas y Sub-Distribuidores que decidieron vender la marca Quisqueya en sus locales. Muchos clientes fueron sancionados, a unos se les dejó de atender y se generó mucho resentimiento en ellos. Peor aún, no todos dejaron de trabajar con Cemex, lo siguen haciendo a espaldas de Cementos Lima utilizando depósitos y razones sociales diferentes para evitar las penalizaciones.

Si bien es cierto que tácticamente funcionó (dado que limitó el crecimiento de Quisqueya y además hizo que la marca no tenga presencia ni visibilidad en los principales clientes), debemos reconocer que esta medida ha generado confusión y fastidio en muchos otros (...).

III. Propuesta Comercial

Implementar un nuevo modelo de negocios de Sub Distribuidores llamado PROGRAMA DE RELACIONES SOL (Progresol) en el cual:

- *Se tendrán como sub-distribuidores exclusivos al menos a los principales 25 clientes de cada zona (125 en total).*
- *Se eliminarán temporalmente las Ofertas del Mes.*
- ***Se eliminarán los castigos y penalidades a los clientes. (...)***

(énfasis agregado)

85. Los documentos antes citados, analizados en conjunto, permiten concluir que las empresas denunciadas acordaron implementar una política coordinada de negativa de ventas a aquellas ferreterías que decidieran comercializar cemento “Quisqueya”, con el fin de disuadirlas de dicha decisión y con ello evitar el crecimiento de Cemex en el mercado. Todo ello, a través del monitoreo y supervisión a las ferreterías.
86. Sin perjuicio de haber verificado la existencia de la conducta, a continuación se analizará si esta fue implementada en el mercado.

II. La ejecución del acuerdo

87. En el documento electrónico denominado “Informe de la Zona Norte Agosto 2007”, que se encontraba adjunto al correo del 14 de setiembre de 2007 remitido por el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel, Supervisor de

⁴³ Ver foja 1430 del expediente.

Ventas de Unacem al señor Raúl Pinto Ruiz, Jefe del Departamento de Ventas de Unacem; al señor Javier Nikaido Hokama, Ejecutivo de Ventas de Unacem; y, en copia, al señor Alberto Ballesteros Peña, Supervisor de Ventas de Unacem; al señor Fernando Godoy Castañeda, Supervisor de Ventas de Unacem; y, a la señora Ada Mendoza Yapó de Rueda, Asistente del Departamento de Ventas de Unacem, se señaló lo siguiente⁴⁴:

“En esta zona, los principales clientes: Jorge Cahuascanco, Distrib. Milenium y Herco – L&M han dejado de ser atendidos por continuar con la comercialización de quisqueya. Los demás clientes que compraron una vez este producto para probar han sido visitados por nuestro gerente administrativo, personal de gerencia del distribuidor y el Supervisor de zona a quienes nos han manifestado que continuaran comercializando nuestros productos aceptando nuestras condiciones. (sic) (...)

Durante este mes se ha estado visitando a los clientes que tenían quisqueya y se les informó de las medidas adoptadas por Cementos Lima respecto a la comercialización de nuestros productos, la mayoría de ellos han aceptado estando a la espera de poder notar las mejoras que gradualmente les estamos brindando (sic)(...)”. (énfasis agregado)

88. En el contenido del correo electrónico detallado previamente se verifica la ejecución de la política de negativa de ventas en la zona norte del mercado relevante, en donde las empresas denunciadas dejaron de suministrar cemento “Sol” a las principales ferreterías debido a que comercializaban cemento “Quisqueya”. Ello generó malestar entre las ferreterías minoristas de la zona, como puede evidenciarse en el correo electrónico denominado “Informe de la Zona Norte Setiembre 2007”, elaborado por el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel de Unacem, del mes de setiembre de 2007⁴⁵:

“(...)”

*Durante este mes nuestros clientes han comenzado a recibir con mayor frecuencia y cantidad el producto de la competencia principalmente por el tema del precio y del margen que les deja su comercialización. Aparte de las condiciones de “consignación” ó mayor cantidad de días de crédito. Nuestros clientes reclaman poder comercializar libremente todas las marcas de cemento y que sea el mercado el que decida la preferencia. **Los que decidieron por la competencia manifiestan que con la medida impuesta por Cementos Lima, ellos dejan de comercializar un gran porcentaje de ventas de nuestros productos (sic).**” (énfasis agregado)*

⁴⁴ Ver foja 886 del expediente.

⁴⁵ Ver foja 1427 del expediente.

89. Dicho malestar se mantuvo en la zona en mención, donde operaba La Viga como principal distribuidor durante varios meses después, en el periodo investigado. Así, en el documento electrónico denominado “Informe de la Zona Norte Enero 2008”, que se encontraba adjunto al correo remitido por el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel de Unacem al señor Jorge Trelles Sánchez de Unacem; al señor Raúl Pinto Ruiz de Unacem; y, en copia, al señor Javier Nikaido Hokama de Unacem; a la señora Patricia Cuadra Bustios, Secretaria de la Gerencia de Operaciones de Unacem; a los señores Alberto Ballesteros Peña y Fernando Godoy Castañeda de Unacem; y, a la señora Ada Mendoza Yapo de Rueda de Unacem, del 13 de febrero de 2008, se señaló lo siguiente⁴⁶:

“(…)

La medida de suspender totalmente la venta de nuestros productos a las ferreterías que comercializan quisqueya ha causado gran malestar en los clientes ya que manifiestan que el mercado es libre y ellos pueden vender en sus locales lo que ellos crean conveniente (sic) (...). (énfasis agregado)

90. Igualmente, en el correo electrónico remitido por el señor Jorge Vera Núñez, Supervisor Logístico de La Viga en Huaraz, a los señores Diego De la Piedra Minetti y Eduardo Mercado Céspedes de La Viga, del 22 de agosto de 2008, se evidencia la coordinación interna de La Viga en la ejecución de la política de negativa de ventas⁴⁷:

“Asunto: Ingreso de cemento quisqueya en Huaraz

(…)

romero churazo magnolio

(…) verificamos que aproximadamente tenía 150 bls de cementos quiskeya

(....)

mejía sotomayor alejandrina

Ella no nos compra desde 03/07/08 con 300bls, desde esa fecha compra 100% a hualcan, es allí donde encontramos el camión descargando aprox. 300bls.

(...) a estos clientes se les advirtió que sería informado a Cementos Lima, la cual aconseje que no lo volvieran a hacer porque Cementos Lima ordenará no abastecerle mas con el cemento (...)

Se está hablando, la cual no es confirmado, quiénes quieren entrar con más carros de quisqueya, el trabajo que haremos acá es estar alertas a la presencia de los mismos, como también aconsejar a los clientes

⁴⁶ Ver nota al pie anterior.

⁴⁷ Ver foja 642 del expediente.

de no hacerlo, la cual tendrían consecuencias (sic)". (énfasis agregado)

91. Los documentos antes citados advierten la ejecución de la política de negativa de ventas en la zona norte, en donde La Viga era el principal distribuidor; ello puede ser confirmado con el correo remitido por el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel de Unacem al señor Eduardo Mercado Céspedes de La Viga, del 22 de agosto de 2007, en el que se señaló lo siguiente⁴⁸:

"Lalo, GG & PP es reincidente, hay que comunicarle que ya no le vamos a seguir atendiendo hasta que deje de vender ese producto.

Dep. Alejo tengo entendido que es la primera vez, así que hay que indicarle las medidas de Cementos Lima.

Lakassa ya lo tiene desde el sábado pasado, ya se esta procediendo a bloquear la entrada de sus carros a planta de acuerdo a lo dispuesto por Raúl Pinto.

Además se está haciendo lo mismo con Prokassa, Diego, Cahuascanco y Dimza (...)". (énfasis agregado)

92. Cabe señalar que dicha política también fue ejecutada en las otras zonas del mercado relevante. Mediante diversas comunicaciones entre funcionarios de La Viga, A.Berio, Macisa y Unacem, se coordinó la implementación de la política de castigos mediante visitas y vigilancia a las ferreterías reportando quiénes comercializaban cemento "Quisqueya", las visitas y llamadas que los funcionarios realizaban a dichas ferreterías para disuadirlas de seguir comercializando el producto de Cemex, el monitoreo constante del stock de cemento "Quisqueya" que las ferreterías mantenían, las indicaciones entre Unacem y las distribuidoras para aplicar la negativa de ventas en caso las ferreterías sigan comercializando cemento "Quisqueya", el impedimento de ingreso de los camiones a la planta de Unacem a aquellas ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya", entre otras medidas adoptadas.

93. En ese sentido, se pueden evidenciar las coordinaciones de los funcionarios de Unacem con los de A. Berio para el inicio de la ejecución de la política de negativa de ventas en la zona sur del mercado relevante. Ello se desprende del correo electrónico remitido por el señor Fernando Godoy Castañeda de Unacem al señor Jorge Trelles Sánchez de Unacem; y, en copia, a los señores Raúl Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Alberto Ballesteros Peña y Jaime Fernando Bendayán Miguel de Unacem, del 10 de agosto de 2007, en donde se señaló lo siguiente⁴⁹:

⁴⁸ Ver foja 1426 del expediente.

⁴⁹ Ídem.

“Se tuvo una reunión con la fuerza de ventas de A. Berio donde se tocaron los temas de (...) así también que se iniciaba la medida para dejar de atender completamente a quien mantuviese stock de Quisqueya(sic) (...).” (énfasis agregado)

94. El nivel de coordinación entre Unacem y A. Berio fue manejado incluso con la participación de altos funcionarios de Unacem. En el archivo electrónico denominado “Informe de la Semana 24/09/2007”, adjunto al correo electrónico remitido por el señor Fernando Godoy Castañeda de Unacem al señor Jorge Trelles Sánchez de Unacem; y, en copia, a los señores Raúl Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel y Alberto Ballesteros Peña de Unacem, del 24 de setiembre de 2007, se evidencia la participación del señor Alvaro Morales Puppo, Gerente Financiero de Unacem⁵⁰:

“Al cliente Santa Patricia ubicado en Av. Tomás Marsano 4320 Surco, se le visitó con el señor Alvaro Morales Puppo (...). Al momento de la vista, este cliente tenía en su local aproximadamente unas 780 bolsas de Quisqueya. Se acordó que se iba a trabajar con Cementos Lima, y ya no con Quisqueya. Se va chequear a través de los vendedores de A. Berio el stock de Quisqueya. (sic) (...).” (énfasis agregado)

95. La presencia de un alto funcionario de Unacem en la ejecución de la política de castigos, conforme se evidencia en el correo electrónico anterior, generó un grado de persuasión tal que conllevó a que la ferretería decidiera dejar de vender cemento “Quisqueya” abocándose exclusivamente a vender cemento “Sol”. Dicho funcionario de Unacem, a su vez, mantuvo coordinaciones con el señor Luis Huancahuari Laguna de A. Berio sobre la ejecución de la política de negativa de ventas. En particular, en el correo que este le envió al señor Álvaro Morales Puppo de Unacem; y, en copia, a los señores Fernando Godoy Castañeda y Javier Nikaido Hokama de Unacem, del 22 de octubre de 2007, se señaló lo siguiente⁵¹:

***“Asunto: Caso: Depósito y Ferretería Nichar S.A.C.
(...)”***

Todos estos compromisos de parte de nuestra representada, tienen que verse reflejada con el compromiso del cliente DEPOSITO Y FERRETERIA NICHAR S.A.C. a quien se le pediría a no comercializar el cemento Quisqueya, ya que se tiene conocimiento que este cliente está ofreciendo a

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ver foja 1429 del expediente.

*los ferreteros de la zona e inclusive está recogiendo con su propio transporte dicho cemento en el callao. **Te informo todo ello para que se lo comuniques al cliente tal como acordaste la semana pasada.** (sic)(...)”. (énfasis agregado)*

96. Similar coordinación tuvo el señor Luis Huancahuari Laguna de A. Berio con el señor Kurt Uzátegui Dellepiani, Gerente de Marketing de Unacem. En la comunicación electrónica entre ambos del 2 de abril de 2008, se señaló lo siguiente⁵²:

“Asunto: Cliente: Sergio Ramos (Ica).

El día de hoy hemos recibido la llamada del cliente Sergio Ramos (en esta última semana varias veces), que tiene ferreterías ubicadas en Chíncha e Ica, para que podamos atenderlos con cemento en sus locales.

***Realmente no se en que situación se encuentra este cliente ya que me informaron que estaba suspendido por la venta de cemento Quisqueya. Además que este cliente no aparece en la lista que me enviaste del Sur chico, supongo que lo atiende otro distribuidor”.** (sic) (énfasis agregado)*

97. De igual manera, en la zona este se aplicó la política de negativa de ventas conforme se desprende del documento denominado “Informe zona este – febrero de 2008”, elaborado por el señor Alberto Ballesteros de Unacem⁵³:

*“La tendencia del mercado actualmente es la de querer comercializar libremente diferentes marcas de Cementos (Sol Andino y Quisqueya). De la misma forma **los comerciantes demuestran su malestar sobre las sanciones y suspensiones a los que no comercializan exclusivamente nuestro cemento.**” (énfasis agregado)*

98. Finalmente, uno de los correos electrónicos recabados demuestra cómo la política de negativa de ventas fue aplicada a una de las ferreterías⁵⁴:

“Raúl, te pongo en conocimiento de la presente, cuyo tema se evaluó con el sr. Trelles en la última reunión y se determino que siguiera suspendida:

“Señor Ballesteros:

⁵² Ver foja 1430 del expediente.

⁵³ Ver foja 1430 del expediente.

⁵⁴ Ver foja 1426 del expediente.

*Le escribo este correo tal y como me indicó por teléfono la semana pasada para que cementos lima **reconsidere levantar el castigo de ya no venderme cemento sol que me ha puesto por vender cemento quisqueya. Como le dije estoy dispuesta a vender solamente cemento sol.** Por favor tenga en cuenta que soy una mujer trabajadora y sigo perdiendo mucho dinero por el castigo que me han puesto injustamente. Yo me gano la vida honradamente y no he hecho nada malo.*

Muchas gracias.

Se despide cordialmente

Mirtha Atencio Herrera (sic)" (énfasis agregado)

99. En ese sentido, los correos electrónicos analizados acreditan que las empresas denunciadas implementaron una política de castigos, mediante la negativa de ventas del cemento Sol a aquellas ferreterías minoristas que comercializaran cemento "Quisqueya" en las distintas zonas del mercado relevante.
100. Ante el contenido de las comunicaciones descritas, las denunciadas esbozaron los siguientes alegatos en apelación:
- (i) No se efectuó un estudio o análisis factual sobre su actuación y el comportamiento del mercado durante y después del periodo investigado;
 - (ii) No se ha acreditado la existencia de negativa concertada e injustificada de venta, pues se ha demostrado que siempre existió abastecimiento de cemento "Sol", ni tampoco se ha probado la exclusión del mercado del cemento "Quisqueya" conforme a lo sustentado en el Informe PWC, siendo la Comisión quien debía actuar las pruebas conducentes a demostrar la conducta imputada;
 - (iii) Los correos electrónicos solamente muestran una intención que nunca se llegó a concretar, pues se debía acreditar si efectivamente la política de castigos se puso en marcha; y,
 - (iv) Si bien se presentaron casos aislados de negativas de venta y retiros de beneficios, estos se ejecutaron por iniciativa propia de determinados funcionarios. No obstante, de acuerdo con las denunciadas, los clientes siempre pudieron acceder a los productos de Unacem, ya sea a través del distribuidor, del mayorista o de otras ferreterías.

101. Al respecto, los medios probatorios anteriormente analizados (correos electrónicos y documentos internos) fueron recabados por la Secretaría Técnica de la Comisión en las visitas inspectivas realizadas el 7 de enero de 2009, lo cual permite concluir que en tanto estos no han sido desvirtuados por las partes, su contenido representa los hechos ahí detallados. Se debe considerar, además, que los correos electrónicos abarcan un espacio de tiempo, entre mediados del 2007 y fines del 2008, lo cual pone en evidencia toda la logística desplegada por las empresas denunciadas para poner la conducta analizada en marcha. Ello, descarta cualquier argumento destinado a sustentar que la conducta quedó en una mera intención.
102. Asimismo, las denunciadas admitieron que existió alguna negativa de venta pero en casos aislados, alegando que tal hecho no implicaba la existencia de una política empresarial. No obstante, los medios probatorios antes citados demuestran que dichas conductas no fueron aisladas ni mucho menos decisiones unilaterales de ciertos vendedores, pues las distribuidoras realizaban una labor de vigilancia y supervisión de las ferreterías en las zonas de distribución en el mercado relevante (La Viga en el norte, A. Berio en el sur y Macisa en el este), coordinando entre sí y con Unacem, con participación activa de algunos altos funcionarios de esta última empresa.
103. Adicionalmente, la Secretaría Técnica de la Comisión efectuó un análisis sobre una muestra de cuarenta y ocho (48) ferreterías a las cuales se les aplicó -o amenazó con aplicar- la política de castigos, y que fueron mencionadas en los correos electrónicos recabados en la visita inspectiva⁵⁵. Así, se demostró que la política fue ejecutada por todas las empresas denunciadas. Si bien estas últimas cuestionaron los resultados de la muestra, alegando que no sería representativa del total de ferreterías que existían en el mercado relevante –aspecto que se analizará con detalle más adelante–, lo cierto es que estas comunicaciones sí permiten evidenciar la existencia y ejecución de la política de castigos por parte de las imputadas.
104. La Sala considera que, a diferencia de lo argumentado por las denunciadas en apelación, no resultaba necesario efectuar un análisis sobre las condiciones del mercado a efectos de verificar la existencia de las conductas imputadas. La razón es que los medios probatorios recabados por la Secretaría Técnica de la Comisión, como los citados precedentemente, permitían cumplir con dicho objetivo.
105. Cabe resaltar que las partes han tenido la posibilidad de aportar los medios

⁵⁵ Anexo 2 de la resolución apelada.

probatorios suficientes destinados, en este caso, a desvirtuar la existencia de la política de castigos. De esta forma, se verifica que Unacem ha presentado el Informe PWC e informes elaborados por Apoyo Consultoría, lo cual evidencia que pudieron presentar medios probatorios para sustentar su posición a lo largo del procedimiento, de manera que contrariamente a lo señalado en las apelaciones, no se ha vulnerado el derecho de defensa de las recurrentes.

106. Sobre este particular, las denunciadas señalaron que el Informe PWC concluye, sobre la base de un estudio de mercado, que no se implementó la política investigada. Sin embargo, el Informe PWC se contradice con la última opinión emitida por Apoyo Consultoría, ambas presentadas para sustentar la posición de Unacem⁵⁶, en la cual se afirmó lo siguiente:

(...) Si bien la intención de la conducta es suficientemente corroborada, los medios probatorios de los que la Resolución se vale (principalmente correos electrónicos) solo muestran intención, más no aplicación efectiva, solamente que se hicieron gestiones (...) (el subrayado es nuestro)

107. Tal como queda manifiesto, la argumentación contenida en la opinión de Apoyo Consultoría resulta contradictoria: por un lado sostiene que solo hubo intención de aplicar la política de castigos, mientras que, por otro lado, afirma que se hicieron gestiones. No obstante, si se reconoce que se realizaron gestiones y a ello se suma el contenido de los correos electrónicos, se evidencia que sí se implementó la política de castigos, por lo cual no se puede afirmar que dichas comunicaciones solo revelan una mera intención. En esa misma línea, el Informe PWC no aporta elemento alguno que desestime el valor probatorio de los correos electrónicos analizados o de la muestra utilizada a efectos de acreditar la implementación y ejecución de las conductas investigadas, pues el contenido de dichas comunicaciones es expreso al respecto. Tal documento concluye que no se generaron efectos en el mercado pero no llega a desvirtuar la existencia de la política de castigos.
108. Finalmente, el hecho que algunas ferreterías castigadas por las empresas denunciadas hubieran seguido adquiriendo cemento “Sol” -a través de terceros- no desvirtúa que existiera la política de castigos consistente en la negativa de venta por parte de los distribuidores La Viga, A. Berio y Macisa, conforme ha sido analizado previamente. Como se verá en el siguiente apartado, dichas compras acreditan que la conducta se aplicó en el mercado, y tuvo como efecto que deban recurrir a otros proveedores a precios más

⁵⁶ Aportado por Unacem al procedimiento mediante escrito del 19 de julio de 2013.

altos para adquirir el cemento “Sol”.

109. Considerando lo expuesto y pese a lo argumentado por las denunciadas, esta Sala estima que, efectivamente, se ha acreditado que Unacem y sus tres distribuidoras acordaron implementar y ejecutar una política de castigos a fin de disuadir a las ferreterías de comercializar el cemento “Quisqueya”, mediante la negativa de venta de cemento “Sol”.

III.3.3.2 Análisis de los efectos de la negativa injustificada de trato sobre el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores

110. Conforme a lo señalado anteriormente, la negativa de venta constituye una prohibición relativa; es decir, luego de acreditada la práctica se requiere la verificación de sus posibles efectos anticompetitivos para que se configure una práctica prohibida. Al respecto, el artículo 9 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece lo siguiente:

*“...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”.* (énfasis agregado)

111. Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que, con el “efecto de la conducta” no se está haciendo referencia exclusivamente a efectos concretos, puesto que también la capacidad de la conducta para generar un daño es determinante para sancionarla⁵⁷:

*“Al hablar del efecto de la conducta no se está haciendo referencia necesariamente a efectos concretos, puesto que **se evaluará también la potencialidad de la conducta para generar un daño**. De ahí que se incluya en el artículo 9 del Decreto Legislativo la posibilidad de probar que la conducta ‘podría tener’ efectos negativos”.* (énfasis agregado)

112. En relación a la verificación de efectos potenciales, corresponde a continuación analizar si la conducta investigada resultaba idónea para afectar la competencia; es decir, no será necesario que se acredite que la política investigada ha generado efectos negativos, sino que estos eran una consecuencia potencial de aquella a fin de excluir a Cemex del mercado⁵⁸.

⁵⁷ Ver: http://spij.minjus.gob.pe/DecretosLeg/DL-MATERIAS/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf (última visita: 30 de octubre de 2014)

⁵⁸ Ver: BELLO MARTÍN CRESPO, María Pilar. *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*. Editorial Aranzadi. Navarra. 2009. p. 129

113. Consecuentemente, el análisis de los efectos potenciales de la conducta infractora demanda que la autoridad se ponga en la situación del agente al momento de la comisión de la infracción, y analice si dicha actuación pudo generar un resultado lesivo para la competencia, de acuerdo a las circunstancias que existían en tal oportunidad⁵⁹.
114. A mayor abundamiento, la misma interpretación fue esbozada respecto al Decreto Legislativo 701, cuyo artículo 6 tampoco restringía la necesidad de acreditar efectos concretos (“...que produzcan o puedan producir efectos...”); así, se sostuvo en el caso de concertación en el mercado avícola desarrollado en la Resolución 276-97-TDC que:

“El término ‘puedan producir’ alude a la posibilidad de sancionar prácticas que efectivamente no hayan tenido efectos, bastando para ello que exista la posibilidad de que afecten la competencia. Si la norma sólo hubiera querido que se sancionen los casos en los que se demuestre un perjuicio concreto (...) se hubiera limitado a considerar como sancionable sólo las prácticas que ‘produzcan’ el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y no las que ‘puedan producir’ como hace el texto vigente.

La norma alude entonces a un análisis abstracto de cuando una práctica es idónea para causar perjuicios al sistema de mercado, no a un análisis de perjuicios concretos.”

115. En ese caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi consideró que cuando las conductas deban ser analizadas bajo la regla de la razón o de prohibición relativa, lo que se busca es someterlas a lo que se denominó como **análisis de razonabilidad** a efectos de evaluar si son idóneas para generar daños antes que beneficios a la competencia⁶⁰:

“Es cierto que demostrados los efectos perjudiciales de una práctica es fácil concluir en la ilicitud de la misma bajo la “regla de la razón”. Cuando una práctica produce efectos perjudiciales, será sancionada. Sin embargo, no se puede llegar válidamente a la conclusión que una práctica sea lícita, sólo porque no tuvo efectos concretos. El análisis de razonabilidad (...) está dirigido a establecer si la práctica es o no idónea para dañar la competencia, es decir si, de realizarse la práctica, esta generaría más perjuicios que beneficios. Así, la distinción entre la “regla per se” y la “regla de la razón” no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos, mientras que en el caso de la

⁵⁹ Ver Resolución 068-2009/SC1-INDECOPI.

⁶⁰ Ver Resolución 276-97-TDC

segunda sí. Por el contrario, en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica en concreto.

(...)

La diferencia entre la aplicación o no de la regla “per se” se deriva meramente del nivel de discrecionalidad de la autoridad a cargo de la aplicación de la ley. En los casos de la regla “per se” la definición de que la práctica es en abstracto perjudicial a la competencia ha sido hecha previamente y de manera definitiva por la ley. En cambio, cuando se aplica la “regla de la razón”, si bien hay una definición preliminar de la ley, se deja a la autoridad administrativa definir en abstracto si la práctica es perjudicial. Nótese que en ambos casos se considera que la práctica es perjudicial, lo que cambia es sólo la discrecionalidad del funcionario en su calificación.” (subrayado agregado)

116. La aplicación de dicha regla ha sido expuesta de manera clara en el siguiente ejemplo⁶¹:

“(...) si un conductor cambia intempestivamente de carril en un acto que podría ser considerado “maniobra temeraria”, sólo podrá ser sancionado con una multa si dadas las condiciones del tráfico vehicular en el momento de la conducta, puso en peligro, sin que existan motivos razonables, a otros conductores que se encontraban cerca de él. Se trata de analizar, aplicando la “regla de la razón” si era o no razonable cambiar bruscamente de carril en ese momento. Como se puede ver, en este supuesto tampoco es necesario que se demuestre la producción de un daño a otros vehículos o a sus conductores para imponer la sanción. Sólo basta que la conducta desarrollada, analizada en abstracto, haya sido idónea para causar un daño, es decir, si ha sido susceptible de producir “efectos” perjudiciales para la seguridad vial.”

117. En síntesis, basta con que la conducta tenga un “objeto” anticompetitivo y que se haya determinado que esta generó un peligro o potencialidad de resultado sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, para considerar que se ha configurado el supuesto de infracción, sin que la autoridad de competencia tenga la necesidad de comprobar la consumación de algún efecto o resultado negativo en el mercado.
118. Al respecto, conforme se ha señalado anteriormente, Unacem junto con sus distribuidoras acordaron la implementación de una política de castigos durante el periodo comprendido entre mediados de 2007 y noviembre de 2008. Aquella consistía en una negativa de ventas de cemento “Sol” a las ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya” para disuadirlas de tal decisión comercial, con la finalidad de excluir a Cemex del mercado.
119. De esta manera, según lo expuesto en los correos electrónicos detallados

⁶¹ Ver Resolución 276-97-TDC, p. 12.

previamente, la Sala considera que dicha política de negativa de ventas ha tenido evidentemente el “objeto” o propósito de restringir la competencia en la medida que buscaba impedir que Cemex aumente su participación en el mercado o que dicho crecimiento sea limitado. Ello ha sido manifestado en el documento denominado “Propuesta de Marketing”, suscrito por los gerentes de Unacem, en el cual se indicó lo siguiente:

“(…)

2.1 Relación con Clientes

*Durante mediados del año 2007 la compañía decidió implementar **una política de defensa ante el ingreso del competidor Cemex** con varias acciones entre ellas, penalizar a los clientes Mayoristas y Sub-Distribuidores que decidieron vender la marca Quisqueya en sus locales. Muchos clientes fueron sancionados, a unos se les dejó de atender y se generó mucho resentimiento en ellos. Peor aún, no todos dejaron de trabajar con Cemex, lo siguen haciendo a espaldas de Cementos Lima utilizando depósitos y razones sociales diferentes para evitar las penalizaciones.*

Si bien es cierto que tácticamente funcionó (dado que limitó el crecimiento de Quisqueya y además hizo que la marca no tenga presencia ni visibilidad en los principales clientes), debemos reconocer que esta medida ha generado confusión y fastidio en muchos otros (...). (énfasis agregado)

120. Del documento interno anteriormente citado se desprende que la propia Unacem reconoció mucho antes de que existiera la investigación que originó el presente procedimiento, que la política de negativa de ventas fue exitosa al limitar el crecimiento de Cemex en el mercado relevante, al evitar que su marca llegara a un porcentaje importante de los consumidores. Dicho documento evidencia el nivel de efectividad (a criterio de la propia Unacem) que la conducta poseía para generar el efecto exclusorio deseado, aprovechando la posición de dominio que ostentaba Unacem y la necesidad de las ferreterías de verse abastecidas de cemento “Sol”.
121. Sin perjuicio de lo señalado, a continuación se analizarán otros factores a fin de demostrar que la negativa de ventas implementada por las imputadas era idónea para generar efectos anticompetitivos en el mercado.

I. La importancia del cemento “Sol” y el concepto de producto “gancho”

122. La Comisión evidenció que las ferreterías preferirían negarse a comercializar el cemento “Quisqueya” en lugar de cemento “Sol”, debido a que este último es un producto muy importante para estos puntos de venta. Así, de acuerdo a la primera instancia, su sola presencia atraería a los consumidores a comprar no solamente cemento “Sol”, sino también otros productos

relacionados. Para resumir todo lo mencionado, la Comisión usó el término de producto “gancho” para referirse al cemento comercializado por Unacem.

123. Las apelantes han presentado en sus alegatos estudios que indican que la denominación de producto “gancho” estaría compuesta, además del cemento, por el fierro y el ladrillo de construcción⁶². Añadieron que la Comisión no presentó estudios que certifiquen al cemento “Sol” como un producto “ancla” o “gancho” a partir del cual los consumidores compren otros productos de construcción.
124. Sobre este punto, este Colegiado verifica que el cemento “Sol” es un producto altamente demandado (54,1% de las ventas de cemento para el periodo 2007-2008) por lo que se estima que su ausencia generaría pérdidas para las ferreterías. En efecto, conforme a lo señalado por las denunciadas, el cemento “Sol” era un producto de alta demanda y cuya marca era valorada por ser un producto considerado como “económico” y “comercial”⁶³. Más aún, de acuerdo a estudios presentados por las denunciadas, el producto cemento sería percibido como estándar, dando mayor prioridad al factor precio⁶⁴. En esa misma línea, el cemento “Sol” era percibido por los maestros de obra como la marca de cemento con el mejor precio y el que se vendía más⁶⁵. Debido a ello, generaba un nivel de ventas importante para las ferreterías.
125. De esta forma, esta Sala concluye que la importancia del cemento “Sol” ha sido debidamente acreditada, al margen de si el producto es considerado un producto “gancho” o no. Sin perjuicio de lo mencionado, inclusive tomando las ventas de fierro y ladrillos como constantes, el retirar el cemento “Sol” de las ferreterías suprimiría a uno de los tres elementos que componen al producto “gancho”. De esa forma, el producto “gancho” deja de existir como tal, con lo cual las ferreterías solo contarían con dos productos independientes, desincentivando a los clientes a acudir a una ferretería que no cuente con uno de ellos.
126. La importancia del cemento “Sol” se produce dentro de la red de más de 4 500 ferreterías que componen el canal ferretero tradicional, tema que será abordado en el siguiente apartado.

⁶² En estudio de Apoyo Consultoría presentado ante la Comisión. Ver foja 12178 del expediente.

⁶³ *Ídem*.

⁶⁴ *Ídem*.

⁶⁵ En estudio de Apoyo Consultoría presentado ante la Comisión. Ver foja 12180 del expediente.

II. Sobre la importancia del canal ferretero

127. El canal ferretero tradicional, compuesto por mayoristas y ferreterías minoristas (en adelante, ferreterías) fue responsable en promedio del 75% de las ventas totales de cemento durante el período de investigación, constituyendo el principal canal de ventas del mercado. Por otro lado, el canal ferretero moderno o *retail*⁶⁶ y el canal industrial⁶⁷ concentran el otro 25%. Así, en el canal ferretero tradicional se comercializan los productos de Unacem y, en particular el cemento “Sol”⁶⁸, teniendo este último más del 50% de las ventas durante el período investigado.
128. En tal sentido, la Comisión sostuvo que la implementación de negativas de venta por parte de Unacem y sus distribuidores contra las ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya” sería un mecanismo con capacidad de tener efectos exclusorios sobre Cemex. Al bloquear el canal ferretero a Cemex, se estaría cerrando el canal de distribución más importante, limitando el crecimiento de Cemex o incluso sacándolo del mercado.
129. Las apelantes alegaron que si bien el cemento “Sol” era un producto de alta demanda, el canal ferretero tradicional no constituiría una facilidad esencial, como habría señalado la Comisión, para lo cual citaron jurisprudencia norteamericana que desarrolla los alcances de dicha figura. Agregaron que el bajo volumen de importaciones de Cemex podría haberse redirigido al canal de *retail* moderno o al canal industrial.
130. Al respecto, la Sala considera que el efecto potencial de impedir el acceso al canal ferretero tradicional mediante la política investigada implicaba cerrar el

⁶⁶ Con ventas de cemento a grandes empresas como Sodimac o Ace Home Center.

⁶⁷ Responsable de grandes volúmenes de ventas de cemento a granel a constructoras o al Estado.

⁶⁸ Unacem ha señalado lo siguiente:

“La red Progresol a su vez atiende a más de 6 500 ferreterías independientes, así como a maestros de obra y auto constructores que representan entre el 50 y 60 % de la actividad constructora del país”.

Unacem. Documento de Información Anual 2010, pág. 11. Ver: <http://www.bvl.com.pe/hhii/B30121/20110310123401/MEMORIA32ANUAL322010.PDF> (última visita: 30 de octubre de 2014)

Además, Apoyo & Asociados, en su Informe de Análisis de Riesgo de Unacem, ha señalado lo siguiente:

*“Existencia de barreras de entrada, debido a la elevada capacidad instalada, requerimientos de inversión en activo fijo, costo de transporte y **necesidad de una red de distribución propia**”.*
[Énfasis agregado]

Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C. Informe de Análisis de Riesgo de Unacem. Mayo 2008 y 2010, pág. 5.

75% del mercado relevante; por lo que ello generaría un perjuicio significativo a Cemex. Efectivamente, al cerrar el acceso al principal canal de distribución de cemento implicaría un esfuerzo adicional de Cemex para reubicar sus ventas en los canales alternativos como el ferretero moderno o el industrial.

131. Dicha conclusión no recae en el supuesto que el canal ferretero tradicional constituya o no una facilidad esencial, sino que se basa en el elevado volumen de ventas que se registra en dicho canal. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que la Comisión tampoco calificó a dicho canal de ventas como una facilidad esencial, por lo cual carece de objeto cualquier cuestionamiento de las denunciadas en ese sentido.
132. Por lo expuesto, la Sala considera que el canal ferretero tradicional es de suma importancia para la competencia en el mercado aún sin que pueda calificársele como una facilidad esencial. En efecto, el cerrar el acceso a nuevos competidores a este canal impediría que estos nuevos entrantes accedan al canal responsable del 75% de las ventas de bolsas de cemento.
133. Dado que la práctica investigada se desarrolló en el canal ferretero, la primera instancia analizó información de un conjunto de empresas que reveló las coordinaciones para la ejecución de la política de castigos. Estas empresas constituyeron la muestra analizada por la Comisión, tema que se tratará en la siguiente sección.

III. Sobre la muestra utilizada por la Comisión

134. Durante la primera etapa de la investigación, la primera instancia determinó utilizar una muestra compuesta por cuarenta y ocho (48) ferreterías mencionadas en los documentos electrónicos (archivos y correos electrónicos) con la finalidad de acreditar la existencia de la política investigada. Así, la Comisión comprobó su efectiva aplicación sobre este conjunto de ferreterías.
135. Las denunciadas cuestionaron que se tomara a cuarenta y ocho (48) empresas como una muestra representativa de las más de cuatro mil quinientas (4 500) ferreterías que componen el canal ferretero y que a partir de tal muestra se infiera la aplicación de la política investigada sobre el resto de ferreterías.
136. Además, alegaron que en los correos electrónicos recabados por la Comisión se mencionan a setenta y dos (72) ferreterías y no solo a las cuarenta y ocho (48) utilizadas. Específicamente, afirman que de las cuarenta y ocho (48) ferreterías citadas por la Comisión, en cuatro (4) casos no se determinó

práctica alguna, seis (6) casos no fueron de negativa de ventas sino de retiro de beneficios y respecto a las treinta y ocho (38) restantes no se pudo acreditar las fechas de la amenaza, si estas dejaron de adquirir cemento por otros medios y si ello tuvo un impacto negativo sobre las ventas de Cemex.

137. Finalmente, señalaron que las boletas de ventas presentadas como medios probatorios acreditarían que un grupo de las ferreterías mencionadas en los correos electrónicos continuaron adquiriendo cemento “Sol” de manera continua en todo el periodo investigado. Para las apelantes, este hecho implicaría que la negativa a vender cemento “Sol” no se habría concretado. Añadieron que dichas pruebas no fueron analizadas por la Comisión, pese a que resultaban fundamentales para acreditar que la política de negativa de ventas no habría existido ni generado efecto alguno.
138. Respecto al tamaño de la muestra utilizada por la Comisión, la Sala considera que si bien una muestra de cuarenta y ocho (48) ferreterías no sería apropiada para realizar una inferencia estadística; el uso de esta muestra permitió acreditar la implementación efectiva de la política investigada a casos particulares. En ese sentido, la información de las ferreterías a las que se hace referencia en los correos electrónicos sirve fundamentalmente para evidenciar la existencia de los castigos específicos a quienes incumplían con la política de Unacem y sus tres distribuidoras.
139. Más aún, el objetivo de la Comisión al usar la muestra de cuarenta y ocho (48) ferreterías fue acreditar la existencia de la conducta y establecer que esta fue potencialmente aplicable a otras ferreterías. La primera instancia evidenció, a través de la muestra, cómo el reparto por zonas y el establecimiento de supervisores asignados a cada una de estas facilitó las coordinaciones para la aplicación de la conducta. Sin embargo, no pretendió afirmar que la política investigada se aplicó a la totalidad de ferreterías que componen el mercado relevante.
140. Por otro lado, en relación con el grupo de ferreterías que componen la muestra, la Comisión afirmó que si bien en las comunicaciones internas de Unacem y sus distribuidoras se hace referencia a sesenta y un (61) empresas, solo incluyó aquellas ferreterías sobre las que se comprobó la aplicación de la política investigada.
141. Como advirtió la primera instancia, el número de ferreterías mencionadas en los correos electrónicos obtenidos por la Comisión dependió directamente de la cantidad de material electrónico encontrado durante las visitas inspectivas. La razón es que muchas otras comunicaciones pudieron haber sido

eliminadas producto de las labores diarias de las empresas o registradas en otro tipo de documentos.

142. Sobre los cuestionamientos relativos a que la Comisión habría omitido emplear en su análisis las boletas de venta, este Colegiado discrepa con lo señalado por las recurrentes, pues para la primera instancia no fue un hecho controvertido que las ferreterías siguieran adquiriendo cemento “Sol”. Ciertamente, la provisión de cemento “Sol”, al no ser un punto en discusión, no requería ser acreditado, por lo que no era pertinente valorar las boletas de venta que sustentaban tal hecho.
143. Sin perjuicio de lo señalado, esta Sala analizó las boletas presentadas y advirtió que siete (7) de las cuarenta y ocho (48) ferreterías de la muestra cambiaron de proveedor entre los meses de agosto y octubre de 2007. Dichas pruebas evidencian que las ferreterías dejaron de comprar a los principales distribuidores de Unacem (La Viga, A. Berio y Macisa) para comprar a mayoristas.
144. En efecto, de las boletas de venta presentadas por las denunciadas respecto a la muestra tomada por la Comisión, se aprecian los casos de las ferreterías El Milenium E.I.R.L.⁶⁹, Gg & Pp⁷⁰, Najarro Ortega Alejandro⁷¹, Distribuidora San Hilarion E.I.R.L.⁷², Distribuidora y Comercializadora Pilar E.I.R.L. - Dicopil⁷³, Felipe Abarca Caycho⁷⁴ y Malva S.A.⁷⁵; las cuales dejaron de adquirir cemento “Sol” entre los meses de agosto y octubre de 2007 a sus respectivas distribuidoras.
145. La información de este grupo de ferreterías permite obtener tres importantes conclusiones respecto a la muestra empleada por la Comisión. En primer lugar, las boletas de venta presentadas por las denunciadas permiten demostrar que si bien sí estuvieron provistas de cemento “Sol”, lo hicieron a través de otros proveedores, en este caso los mayoristas. Es decir, dejaron de comprar al distribuidor al que habitualmente habían estado comprando

⁶⁹ Ver fojas 4659 a 4670 del expediente.

⁷⁰ Ver fojas 4155 a 4161 del expediente.

⁷¹ Ver fojas 4167 a 4172 del expediente.

⁷² Ver fojas 2661 a 2464 y 2846 a 2863 del expediente.

⁷³ Ver fojas 3975 a 3987 del expediente.

⁷⁴ Ver fojas 3367 a 3399 del expediente.

⁷⁵ Ver fojas 4508 a 4512 del expediente.

cemento para empezar a adquirirlo de los mayoristas, a un mayor precio. A continuación se muestra el detalle de las boletas presentadas por las denunciadas⁷⁶:

Tabla N° 2.
Ferreterías de la muestra utilizada por la Comisión que cambiaron de proveedor⁷⁷

Ferretería	Distribuidor frecuente	Mayorista	Fechas de cambio de proveedor	Precio Distribuidor	Precio Mayorista	Fojas
El Milenium E.I.R.L.	La Viga	Distribuidora Kanashiro	mayo a julio y diciembre 2007	16.12	16.3	04659 a 04670
Ferretería Gg & Pp	La Viga	Ferreterías diversas	setiembre 2007	16.12	-	04155 a 04161
Najarro Ortega Alejandro	La Viga	Service Prorecove	abril 2008	16.12	16.3	04167 a 04172
Distribuidora San Hilarion E.I.R.L.	Macisa	-	setiembre 2007- junio 2008	16.13	-	02661 a 02464 y 02846 a 02863
Distribuidora y Comercializadora Pilar E.I.R.L. - Dicopil	A. Berio	-	setiembre - octubre 2007	16.1245	-	03975 a 03987
Felipe Abarca Caycho	A. Berio	Defenichar S.A.C.	febrero 2008	16.1245	16.2	03367 a 03399
Malva S.A.	La Viga	-	Febrero 2008	16.1245	-	04508 a 04512

Fuente: Citada al interior de la tabla

Elaboración: ST-SDC

146. En segundo lugar, si bien se demuestra la aplicación de la política en siete (7) de las cuarenta y ocho (48) ferreterías, esta conducta tuvo el potencial de

⁷⁶

Al respecto debe señalarse que se excluyó a dos ferreterías que también cambiaron de proveedor para el mes de setiembre del 2007: Cahuascanco Usca Giovana-Codimax-Tupac Amaru y Distribuidora de Materiales de Construcción L & M. Estas ferreterías declaran haber comprado a La Viga a un precio de S/.16,12 hasta agosto del 2007, para luego comprar a la mayorista Lakassa a un precio de S/. 15,75 hasta octubre del 2007, para luego regresar a comprar a La Viga. Tal comportamiento representa una conducta atípica ya que se trata de empresas que regresan a comprar al distribuidor denunciado a un precio mayor. Por tal motivo son retirados del análisis. Debe acotarse además que el precio de S/. 13,81 es el precio promedio de venta de La Viga cobrado a sus clientes. Es decir, es probable que Lakassa haya sacrificado margen para intentar fidelizar a las ferreterías mencionadas y que sin embargo estas hayan decidido regresar con el distribuidor por otros motivos.

⁷⁷

Para ver el detalle de algunas de estas facturas ver el anexo I.

ser aplicada a determinadas ferreterías de manera directa y discrecional, pudiendo elegir estratégicamente aquellas a las que pudieran presionar en cuanto al cumplimiento de la política. Tal es el caso de la empresa “Distribuidora Vicky Eva S.A.C.”, citado por la Comisión en el Anexo 3 de la resolución apelada, a quien se le aplicó la política de negativa de ventas de manera exitosa mediante el uso de amenazas, siendo esta ferretería una de las que cuenta con mayores volúmenes de ventas de bolsas de cemento.

147. En tercer lugar, del análisis previo de las boletas de ventas, se evidencia que la política investigada fue ejecutada durante el periodo de análisis señalado por la Comisión. Particularmente, las boletas indican que a partir de agosto de 2007, fecha de entrada de Cemex al mercado, las ferreterías empezaron a sustituir a los distribuidores por mayoristas.
148. En conclusión, esta Sala considera que, independientemente del número de ferreterías analizadas, la muestra empleada por la Comisión permitió verificar las gestiones y coordinaciones para la ejecución de la política investigada sobre cualquier ferretería del mercado relevante. Este análisis no pretendió concluir que la conducta imputada se aplicó a todas las ferreterías que conforman dicho mercado, sino que potencialmente pudo ser aplicada sobre cualquiera de ellas.
149. Los alcances de la aplicación de la política de negativa de ventas sobre el total de ferreterías del mercado relevante se vinculan al efecto multiplicador de la conducta investigada, el cual se analiza a continuación.

IV. Existencia de un efecto multiplicador y la política de negativa de ventas como una amenaza creíble

150. La Comisión señaló que el objetivo de la política era poder “castigar” a las ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya” y que esto sea una señal que logre disciplinar al resto de ferreterías del mercado relevante. En otras palabras, el denominado “efecto multiplicador” describe cómo resultaba suficiente aplicar la política de negativa de ventas (bien sea con el corte del suministro de cemento “Sol” o su sola amenaza) a un número determinado de empresas para que el resto adopte la conducta deseada. En otras palabras, la primera instancia concluyó que no era necesario aplicar un castigo sobre la totalidad de ferreterías para ejecutar la política investigada, sino que bastaba que la conducta imputada sea percibida como una amenaza creíble y tenga el efecto de persuadir al resto de ferreterías de suspender sus relaciones comerciales actuales o futuras con Cemex.
151. Las apelantes indicaron que la Comisión se basó únicamente en conjeturas

sobre el efecto multiplicador y que nunca llegó a calcular una cifra que pueda medir su alcance. Además, argumentaron que el efecto multiplicador es un concepto perteneciente a la macroeconomía y no al campo jurídico, por lo cual no se podría utilizar en el presente caso.

152. Sobre el particular, al hacer referencia al efecto multiplicador esta Sala considera que la Comisión no pretendió establecer la aplicación de la política investigada sobre la totalidad de ferreterías del mercado relevante. La finalidad de dicho análisis consistió en explicar la idea teórica de cómo al aplicar un castigo sobre una ferretería lo sucedido con esta podría servir como una señal para que las demás disciplinen su conducta.
153. Por otro lado, aunque el concepto de “efecto multiplicador” es ampliamente usado en macroeconomía⁷⁸, este no es un concepto aplicado exclusivamente a tal campo ya que al capturar la idea de cómo una acción genera cambios sobre otras variables y/o agentes económicos este puede ser usado en cualquier disciplina.
154. En conclusión, la Sala estima que la referencia al efecto multiplicador no requiere un cálculo específico, pues es empleada para expresar la idea que la aplicación de la política investigada sobre una ferretería específica puede generar sobre otras ferreterías un efecto disuasorio de entablar relaciones comerciales con Cemex. De esa forma, el propósito de recurrir a dicho concepto fue únicamente demostrar que la política investigada tenía como objetivo ser aplicada sobre cualquier ferretería, sin necesariamente tener que ser aplicada sobre la totalidad o una proporción importante de las ferreterías del mercado relevante.
155. Debe notarse que el hecho de generar señales al mercado y que estas tengan el efecto deseado recae en que la amenaza de ejecución de la política investigada sea percibida como creíble por las ferreterías. En esa medida, para analizar qué tipos de amenazas constituyen una amenaza creíble, primero debe de establecerse un breve marco conceptual.
156. Por un lado, se sabe que los agentes económicos toman decisiones óptimas en todo momento⁷⁹. Por decisiones óptimas se entiende que son aquellas que

⁷⁸ Ver DE GREGORIO, José. *Macroeconomía Intermedia*. Banco Central de Reserva de Chile. Santiago de Chile. 2003. p. 412.

⁷⁹ Esto es lo que se conoce como principio de racionalidad, el cual establece que los agentes económicos toman sus decisiones como mejores respuestas ante las mejores respuestas de otros agentes; es decir toman decisiones óptimas en todo momento. Ver Pérez, J.; Jimeno, J. L. y Cerdá, E. *Teoría de Juegos*. Pearson Educación. Madrid. 2004 p. 242.

producen mayores beneficios como respuestas a las acciones de los demás agentes económicos⁸⁰, haciendo caso omiso a las estrategias cuya aplicación sea poco probable de ejecutarse. En particular, los agentes económicos evalúan qué estrategias deben de ejecutar ante amenazas de otros.

157. Las amenazas son estrategias que se ejecutan en caso un agente económico no adopte determinadas conductas indicadas como acciones a seguir. Específicamente, una amenaza creíble es una proposición o estrategia que se sabe que será cumplida con certeza⁸¹. Una vez identificadas las amenazas creíbles, los agentes se enfocan en responder a estas óptimamente, dejando de lado aquellas que no sean creíbles⁸². Desde otra perspectiva, se puede afirmar que las amenazas creíbles tienen la propiedad de poder influenciar sobre el comportamiento actual de los agentes, bajo la expectativa de que en el futuro les será aplicado, con certeza, un castigo; perjudicando los beneficios económicos que podrían obtener⁸³.
158. En el presente caso, se define a la política de negativa de ventas como una amenaza creíble debido a que presentó dos características fundamentales. En primer lugar, esta constituyó un conjunto de medidas para coordinar y gestionar la correcta aplicación de la negativa de ventas. El establecimiento de supervisores por zonas que informaban sobre la evolución de ventas de cemento “Quisqueya” y las visitas inspectivas para verificar el cumplimiento de los lineamientos impartidos fueron las medidas que constituyeron a la política planteada por Unacem y sus distribuidoras como una estrategia.
159. Las características de la política investigada, sumadas a los elementos propios de Unacem (posición de dominio, producto de alta demanda, mantenimiento de una red de distribución de cemento establecida, capacidad instalada y ubicación de la planta) permiten verificar que la conducta tuvo la capacidad de ser ejecutada potencialmente sobre cualquier ferretería del mercado relevante, constituyendo una amenaza creíble para las ferreterías.

⁸⁰ En particular, los agentes económicos responden a las estrategias de los demás agentes analizando los impactos de las mismas y la factibilidad de que dichas estrategias puedan ser ejecutadas. Ver FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *Organización Industrial*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 2006. BUP-CENDI. p.287.

⁸¹ *Ídem*.

⁸² GIBBONS, Robert. *Game Theory for Applied Economists*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1992. p.126.

⁸³ *Ídem*. p. 86.

160. En segundo lugar, para corroborar que la política de negativa de ventas fue una amenaza creíble debe demostrarse que tuvo el efecto de cambiar la conducta de las ferreterías⁸⁴. Así, el comportamiento mostrado por estas últimas evidencia que la política de negativa de ventas generó el efecto deseado, debido al cambio en sus patrones de compra de cemento “Sol”.
161. En el análisis efectuado por la primera instancia, contenido en el anexo 3 del Informe Técnico 039-2012/ST-CLC, se advierte información de las ferreterías que revela que se suspendió la venta de cemento “Sol” a aquellas que mantuvieran inventarios de cemento “Quisqueya”.
162. Al tratarse de una amenaza creíble, no era necesario aplicar la política sobre todas las ferreterías, sino solo sobre algunas, que servirían para dar una señal al mercado y hacer que el resto logre disciplinarse. Por ello, debe tomarse en cuenta el caso de las siete (7) ferreterías citadas en la tabla 2, las cuales cambiaron de distribuidor durante algunos meses para evitar el castigo producto de la ejecución de la política analizada.
163. Sin perjuicio de lo señalado, aún debe examinarse si la situación de las siete (7) ferreterías citadas previamente se presentó en otras para concluir si la política investigada constituyó efectivamente una amenaza creíble y si logró modificar los patrones de conducta de las ferreterías. Para realizar dicho ejercicio se procederá a analizar la información de ventas mensuales que remitieron las apelantes, en la cual se pueden observar las ventas de bolsas de cemento por empresa y los precios a los que se vendían.
164. Dado que el mercado siempre estuvo provisto por los cementos “Sol” y “Quisqueya”, examinar las ventas totales de las denunciadas no ofrece información adicional a analizar. En su lugar se analizarán el percentil 25⁸⁵ y percentil 50⁸⁶ (o mediana) de las ventas, los cuales pueden ser tomados como indicadores de “ventas pequeñas⁸⁷” y “ventas intermedias”,

⁸⁴ Debe de notarse que el hecho que la política de negativa de ventas sea una amenaza creíble no implicó que esta hubiese tenido efectos reales sobre la competencia. La esencia de una amenaza creíble es que esta logre que los agentes respondan óptimamente tomando en cuenta los posibles efectos sobre sus propios beneficios.

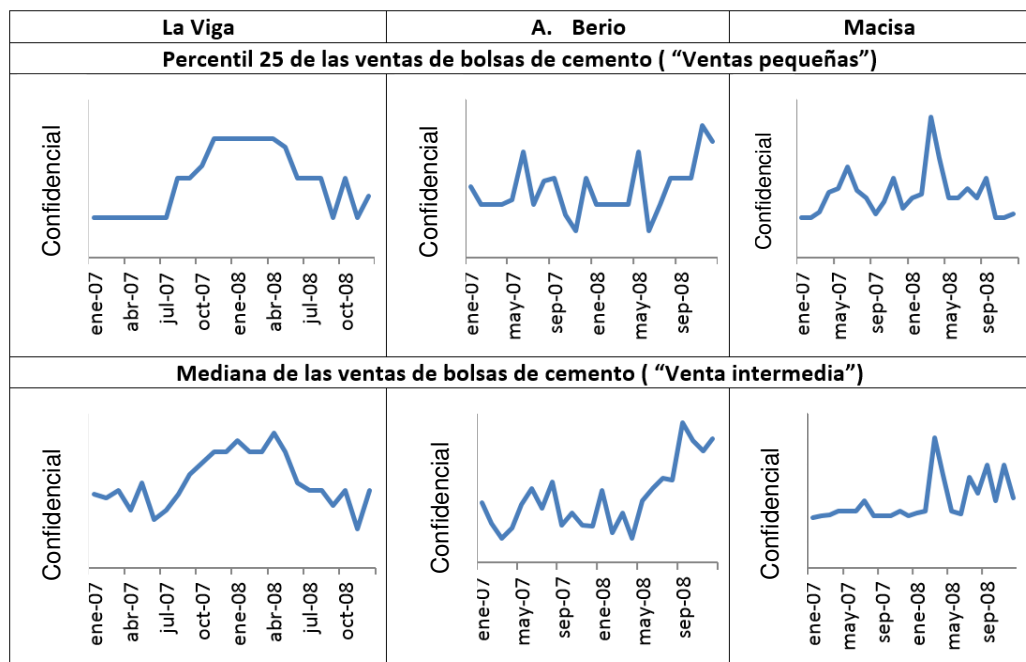
⁸⁵ El percentil 25, o también llamado primer cuartil es aquel punto de la distribución de una variable que resulta de ordenar de menor a mayor todos los valores u observaciones de la variable analizada. Seguidamente, en función a tres puntos de corte, se agrupa a los valores en cuatro grupos que tienen el mismo número de valores. El primer punto de corte que contiene al 25% de observaciones de menor valor se denomina, en estadística, percentil 25 o primer cuartil. El segundo punto de corte, el cual contiene al 50% de los valores menores se denomina segundo cuartil o mediana. Para mayor detalle ver: TOMA INAFUKO, Jorge y RUBIO DONET, Jorge Luis. *Estadística Aplicada*, Tomo I, capítulo 2. Universidad del Pacífico, 2004, Lima.

⁸⁶ *Ídem*.

⁸⁷ Es decir, el valor por debajo el cual se encuentran el 25% de las ventas de bolsas de cemento más bajas.

respectivamente. Así, en la Tabla 3 se detalla la evolución de estos indicadores estadísticos de las cantidades vendidas de bolsas de cemento “Sol” por parte de las tres principales distribuidoras de Unacem:

Tabla N° 3
Indicadores de ventas de bolsas de cemento de La Vega, A. Berio y Macisa, 2007 - 2008



Fuente: Unacem⁸⁸
Elaboración: ST - SDC

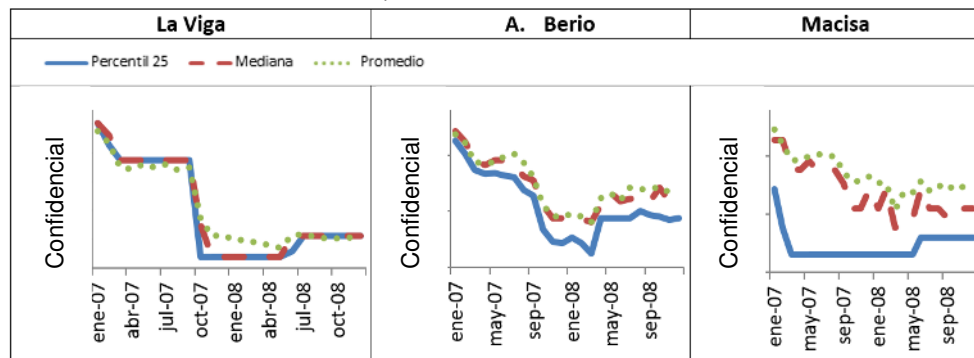
165. En la primera fila se analizan las “ventas pequeñas” mientras que en la segunda fila se analizan las “ventas intermedias”. Nótese que las “ventas pequeñas” de La Vega pasaron de **[confidencial]** bolsas en julio de 2007 a **[confidencial]** bolsas en agosto de ese mismo año, cayendo a partir de julio de 2008 pero sin tener una trayectoria definida. Lo anterior evidencia que el tamaño de “venta pequeña” se incrementó a partir de agosto 2007, debido a que el tamaño de venta promedio aumentó. Para los casos de A. Berio y Macisa este comportamiento no es tan evidente, debido a sus menores niveles⁸⁹ de ventas.

⁸⁸ Cuestionario a empresas, respuestas a pregunta 2.7.

⁸⁹ A. Berio y Macisa distribuyen en conjunto una cantidad equivalente a las distribuidas por La Vega.

166. Por otro lado, en la Tabla 4 se observa cómo los tres indicadores estadísticos del precio de venta por bolsa de cemento, percentil 25, mediana y promedio, caen al inicio de la conducta (agosto de 2007) y aumentan hacia el inicio de la red Progresol (julio de 2008⁹⁰). Si bien esta caída en el nivel de precios promedio se atenúa a partir de julio de 2008, de acuerdo al contenido de los correos electrónicos antes analizados, la conducta es aplicada de manera residual hasta noviembre de 2008.

Tabla N°4
Indicadores de los precios de bolsas de cemento de La Viga, A. Berio y Macisa, 2007 - 2008



Fuente: Unacem
Elaboración: ST-SDC

167. De la Tabla 4 se evidencia la reasignación de las bolsas de cemento hacia las ventas de mayores volúmenes y menores precios a mayoristas, dejando de lado las ventas de menores volúmenes y mayores precios a ferreterías. Al tener menos ventas a ferreterías y mayores ventas a mayoristas el precio promedio, al igual que los otros indicadores estadísticos, cayó durante los meses de implementación de la política.
168. En el análisis previo, se constata que la aplicación de la política de negativa de ventas tuvo como consecuencia que las ventas a las ferreterías cayesen y que las ventas a los mayoristas aumentasen, debido a la sustitución de proveedores hecha por las ferreterías para seguir comercializando cemento “Quisqueya”.
169. En resumen, los efectos sobre los precios y las cantidades vendidas de bolsas de cemento revelaron que: (i) mientras que el número de ventas a pequeña escala (ferreterías) de las distribuidoras disminuyeron, dejando de

⁹⁰ Como explicará más adelante, la conducta se extendió hasta noviembre del 2008, como se comprobó a través de los correos electrónicos enviados.

atender a muchas ferreterías, el número ventas a mayor escala (mayoristas) aumentó; y, (ii) que el precio promedio de ventas para las distribuidoras descendió, debido a que concentraron sus ventas en mayores volúmenes a menor precio a los mayoristas. Este hecho se refleja en la caída en el número de clientes atendidos por La Viga, A. Berio y Macisa en más de 26%, 5% y 3%, respectivamente, durante el período agosto 2007 y noviembre 2008.

170. De esta forma, las boletas y facturas presentadas por las denunciadas permitieron reafirmar que la negativa de venta existió, en tanto demuestran que las ferreterías siguieron adquiriendo cemento “Sol” pero por vías distintas a las distribuidoras. Debe resaltarse que al adquirir el cemento “Sol” a través de mayoristas, las ferreterías estaban enfrentando un mayor precio. Este comportamiento sub-óptimo de las ferreterías reflejó el carácter persuasivo de la conducta investigada.
171. En conclusión, esta Sala considera que la política de negativa de ventas tuvo el efecto de cambiar los patrones de conducta de las ferreterías al adquirir cemento “Sol” de mayoristas en lugar de sus proveedores usuales, los distribuidores; por lo que puede afirmarse que la política investigada constituyó una amenaza creíble.

V. Otros cuestionamientos planteados por las apelantes

172. Las denunciadas cuestionaron en apelación la evaluación de la existencia de efectos potenciales, afirmando que solamente en caso se demuestre que se desplazó a Cemex del mercado se les debía sancionar, lo cual no habría sucedido en el presente caso, pues la participación de dicha empresa aumentó en los años posteriores al periodo investigado (2009 a 2012). Agregaron que para sancionar una práctica vertical en la jurisprudencia norteamericana se ha establecido que se deben probar solamente los efectos concretos de la conducta analizada, por lo cual la evaluación de la Comisión sobre efectos reales y potenciales resultaba inadecuada.
173. Al respecto, la Comisión concluyó que existió un efecto negativo real sobre las ventas de Cemex, expresado en la diferencia de sus ventas proyectadas y sus ventas reales. Esto se sustenta en la idea de que, de acuerdo a la primera instancia, la política de negativa de ventas aplicada por las denunciadas habría logrado disuadir a un número importante de ferreterías de la adquisición de cemento “Quisqueya”.
174. En primer término, tal como se señaló anteriormente, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, así como la norma derogada por esta,

establecen que la evaluación de los efectos en el mercado no debe restringirse solo a los efectos en concreto de la conducta imputada, pues el análisis de la conducta anticompetitiva sujeta a una prohibición relativa implica determinar, *ex ante*, si esta es idónea para generar un daño a la competencia y al bienestar de los consumidores.

175. Tal es la interpretación recogida por la jurisprudencia nacional, tanto en el caso iniciado de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y otras empresas avícolas⁹¹ como en el caso de Group Multipurpose y Dispra contra Clorox Perú y Quimpac⁹² conforme se ha desarrollado anteriormente (ver *supra* numerales 113 al 117). En ese sentido, el hecho que no se haya reducido la participación de Cemex del mercado ni generado efectos negativos sobre el precio, innovación, entre otros indicadores, no enerva la ilicitud de la conducta.
176. Por el contrario, en este caso se acreditó la existencia de una política diseñada para desplazar a Cemex del mercado y que resultaba idónea para hacerlo; prueba de ello es la declaración de los altos directivos de Unacem en ese sentido (ver *supra* numeral 84).
177. Por otra parte, el hecho que en la jurisprudencia norteamericana se haya fijado como regla que solamente se deban probar los efectos concretos sobre la competencia para calificar la conducta como ilícita, no deja de lado que en sede nacional se adopte una regla distinta, como se ha señalado precedentemente.
178. Sin perjuicio de ello, no resulta acertado afirmar que la jurisprudencia norteamericana hubiese fijado la regla de la evaluación exclusiva de efectos concretos sobre la competencia. En el caso *Lorain Journal Co Vs. United States* 342 U.S. 143 (1951) antes citado, una empresa editora que contaba con una participación cerca del 99% en el mercado de publicidad en medios de comunicación en la ciudad de Lorain, buscaba desplazar a la nueva radio local mediante la amenaza de negativa de trato a clientes que también publicitaban sus productos en dicha radio. Así, la Corte Suprema de Estados Unidos de América estableció en su oportunidad que “*para establecer la trasgresión al § 2 [del Sherman Act], no era necesario demostrar si la intención de monopolizar por parte de la empresa editora fue exitosa*”⁹³.

⁹¹ Resolución 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997.

⁹² Resolución 68-2009/SC1-INDECOPI del 24 de febrero de 2009.

⁹³ Traducción libre de: “*To establish this violation of § 2 as charged, it was not necessary to show that success rewarded appellants’ attempt to monopolize*”

179. Las denunciadas agregaron que la Comisión utilizó hipótesis, conjeturas y suposiciones no probadas para sustentar la existencia de efectos anticompetitivos.
180. Sin embargo, los términos manejados por la Comisión estaban destinados a evaluar si –conforme lo exige la ley- la conducta tenía la capacidad de generar efectos exclusorios; es decir, si era apta para excluir a Cemex del mercado relevante y no si efectivamente se generó un daño concreto al mercado. Por ello, el uso de los términos cuestionados por las denunciadas en apelación resultaba pertinente para determinar que la conducta podía generar efectos negativos potenciales.
181. Finalmente, cabe resaltar que el potencial efecto exclusorio de la negativa de venta reposa en la capacidad para cerrar el canal ferretero a Cemex, haciendo que no pueda acceder al 75% de las ventas del mercado relevante y manteniendo, de esta manera, la alta participación de Unacem. Todo ello a través de una política destinada a disuadir a las ferreterías de comercializar cemento “Quisqueya” al privarles (o amenazar con privarles) del producto que concentra el mayor nivel de ventas en el mercado, el cemento “Sol”.
182. En ese sentido, el efecto anticompetitivo potencial sobre el mercado derivado de la negativa de ventas era netamente exclusorio, lo cual en sí mismo encierra un fin contrario al objetivo protegido por las políticas de defensa de la competencia⁹⁴.
183. En resumen, estas son las características que dotan a la negativa de venta de cemento “Sol” de la capacidad necesaria para generar un efecto exclusorio en perjuicio de Cemex:
- (i) La importancia de cemento “Sol” para las ferreterías y consumidores.
 - (ii) El abastecimiento de cemento “Sol” por canales alternativos a mayor precio.
 - (iii) Capacidad de la política de castigos para disciplinar a todas las empresas del canal ferretero (efecto multiplicador).

⁹⁴

Para un desarrollo sobre la importancia de combatir las conductas exclusorias de igual forma que las conductas colusorias, ver BAKER, Jonathan B. *Exclusion as a core competition concern*. Articles in Law Reviews & Other Academic Journals. Paper 279, 2013. http://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/279 (revisado el 30 de octubre de 2014)

- (iv) Importancia del canal de ferreterías existente.
- (v) Control y supervisión de ferreterías mediante la organización en la distribución de zonas por parte de las denunciadas.

184. En consecuencia, la Sala considera que la negativa de ventas tenía un objeto restrictivo de la competencia y que tenía la potencialidad de generar un efecto exclusorio en el mercado relevante.

III.3.3.3 Balance de efectos anticompetitivos y pro competitivos

185. En los acápites anteriores, se ha demostrado que la conducta referida a la negativa de ventas podía generar efectos exclusorios en el mercado y afectar sustancialmente el proceso competitivo, por lo cual correspondería analizar si aquellos efectos superan a los efectos pro competitivos alegados por las denunciadas.

186. No obstante, las denunciadas no han presentado argumento alguno ante esta instancia⁹⁵ que sustente que la negativa de venta se encontraba justificada o que esta tenía por fin o efecto generar eficiencias a favor de Unacem y/o sus distribuidoras.

187. Sin perjuicio de ello, la Sala no ha identificado eficiencias (productiva, innovativa o asignativa) que puedan generarse mediante la conducta imputada ni mucho menos que esta se encontrara justificada en circunstancias atendibles. Por el contrario, ha quedado acreditado que su única finalidad –reconocida en documentos internos de las propias denunciadas–, era frenar el crecimiento de Cemex en el mercado relevante. A su vez, la negativa de ventas genera ineficiencias al reducir los márgenes de utilidad de las ferreterías viéndose obligadas a adquirir cemento “Sol” a mayor precio al tener que acudir a un canal alternativo (mayoristas), considerando que el precio final es dado a los consumidores. Por ello, puede concluirse que en tanto la conducta solo genera obstáculos a la competencia sin generar eficiencias, su efecto neto es anticompetitivo, tal como se reconoce en la práctica comparada:

“En ciertas circunstancias no es necesario que la Comisión efectúe una evaluación detallada antes de concluir que es probable que la conducta perjudique a los consumidores. Si resulta que la conducta no puede sino crear

⁹⁵ Si bien las empresas denunciadas presentaron alegatos en primera instancia destinados a justificar las conductas imputadas en su contra, como por ejemplo, que estas eran una respuesta frente a la política de aplicación de precios dumping por parte de Cemex y a la reducción de la tasa de los derechos arancelarios para la importación de cemento, lo cierto es que la Comisión desvirtuó tales argumentos y no han sido reiterados en apelación.

obstáculos a la competencia y que no genera ninguna eficiencia, cabe deducir que produce un efecto anticompetitivo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si la empresa dominante impide que sus clientes prueben los productos de los competidores o si ofrece incentivos económicos a sus clientes a condición de que no prueben esos productos, o si paga a un distribuidor o a un cliente para que retrase la introducción del producto de un competidor.”⁹⁶

188. Al respecto, este Colegiado considera que la negativa de venta, en un contexto en el que Unacem gozaba de posición de dominio en el mercado de producción y suministro de cemento, tenía la capacidad para generar un resultado negativo al proceso competitivo. Al negar la provisión directa de cemento “Sol” a las ferreterías, se generaba un efecto disuasivo en estos agentes que llevaba a cerrar al competidor el canal de ventas predominante en el mercado relevante, mediante la implementación de una práctica reñida con la eficiencia económica.
189. Finalmente, las denunciadas cuestionaron en su apelación que la Comisión había omitido pronunciarse sobre los medios probatorios que acreditarían que no existió una política de castigos, ni que se implementó ni ejecutó ni mucho menos generó efectos negativos en el mercado, pues no se disciplinó a las ferreterías como consecuencia de tal conducta. En ese sentido, alegaron que la Comisión debió motivar su resolución al determinar si la conducta imputada se produjo y si se generaron efectos en el mercado, lo cual no sucedió por lo que se vulneró el principio de legalidad y el debido procedimiento.
190. Sobre el particular, la Sala advierte que la Comisión sí motivó su decisión expresando las razones por las cuales consideró que la conducta se encontraba plenamente acreditada y que esta generó efectos perjudiciales en el mercado relevante, lo cual fue debidamente desarrollado en el Anexo 2 de la resolución apelada, por lo que dicho alegato queda desestimado.
191. En consecuencia, en el presente caso ha quedado acreditada la práctica colusoria vertical entre las empresas denunciadas referida a la implementación de una política de castigos, durante el periodo de mediados del año 2007 hasta noviembre del 2008, consistente en dejar de proveer cemento “Sol”, a aquellas ferreterías minoristas que comercializaran los productos de Cemex, con un fin exclusorio en perjuicio de esta empresa.

⁹⁶

Ver *Directrices de la Unión Europea relativas a las restricciones verticales*, versión en español, numeral 22, sobre el cierre anticompetitivo del mercado.
Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC0411&from=ES> (Fecha de última visita: el 21 de octubre de 2014)

192. Por tales consideraciones, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró fundada la denuncia y el procedimiento de oficio contra Unacem, La Viga, Macisa y A. Berio por infracción de los artículos 1, 11.1 literal g) y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en la modalidad de negativa injustificada a vender cemento “Sol” a aquellas ferreterías que también comercializaran el cemento de Cemex.

III.3.4. Sobre el retiro de beneficios comúnmente otorgados

III.3.4.1. Sobre la existencia y ejecución de la conducta

193. La conducta consistente en el retiro de beneficios concertado entre las empresas denunciadas a aquellas ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya”, pese a que no ha sido un hecho controvertido más allá de los argumentos esbozados sobre la negativa de venta y que han sido desvirtuados líneas arriba, puede evidenciarse en los siguientes medios probatorios:

- i. En el correo electrónico remitido por el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel de Unacem al señor Jorge Trelles Sánchez de Unacem y, en copia, a los señores Raúl Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Alberto Ballesteros Peña y Fernando Godoy Castañeda de Unacem, del 7 de agosto de 2007, se señaló lo siguiente⁹⁷:

“El día lunes se impartió la instrucción a la fuerza de ventas del distribuidor de manifestar a los clientes que actualmente están comercializando quisqueya, que tienen esta semana para terminar con sus stocks, el cual se viene monitoreando día a día. De volver a reincidir se les va suspender la atención y de ser el caso el flete para sus camiones. (sic) (...)”. (énfasis agregado)

- ii. En el correo electrónico remitido por el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel de Unacem al señor Eduardo Mercado Céspedes de La Viga; a la señora Silvia Orellana Villanueva, Asistente de Créditos y Cobranzas de La Viga; y, en copia, a los señores Raúl Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Fernando Godoy Castañeda y Alberto Ballesteros Peña de Unacem, del 15 de octubre de 2007, se señaló lo siguiente⁹⁸:

“(...) se está procediendo a sancionar al Cliente Prhokassa con la

⁹⁷ Ver foja 1427 del expediente.

⁹⁸ Ídem.

*suspensión del reconocimiento de flete por encontrarse comercializando quisqueya a pesar de habersele advertido. **Desde hoy no le reconocemos el flete por las compras que realice** (sic)(...)*". (énfasis agregado)

- iii. En la comunicación electrónica remitida por el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel de Unacem al señor Raúl Pinto Ruiz de Unacem; al señor Eduardo Mercado Céspedes de La Viga; y, en copia, al señor Javier Nikaido Hokama de Unacem, del 29 de enero de 2008, se señaló lo siguiente⁹⁹:

"Asunto: RV: Clientes que llegaron a la meta Noviembre.

*Lalo, te envió la relación (en rojo) de los clientes que tenían Quisqueya y no se les va a dar el incentivo. Por ello, haces una nota de crédito de **acuerdo a lo coordinado**" (sic) (énfasis agregado)*

- iv. En comunicación electrónica del señor Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani de Unacem al señor Diego de la Piedra Minetti de La Viga; y, en copia, a los señores Jaime Fernando Bendayán Miguel, Javier Nikaido Hokama y Raúl Pinto Ruiz de Unacem, el 11 de junio de 2008, informó lo siguiente¹⁰⁰:

"Asunto: RV: Información.

*Sí hemos hablado con Giovanna y varias veces. **La última conversación la tuvo Fernando la semana pasada y le dijo que se le terminaría el stock de Quisqueya el sábado.** Al parecer no se le ha terminado o ha comprado más. En todo caso, Fernando le va a caer en este momento se sorpresa para conversar y evaluar. Si quiere salir que salga **pero perderá todos los beneficios.***

Es más, yo diría que Lalo mande a sus "tigres" a checkearla y que pidan Quisqueya, pero exíjanle que sea fresco, recién llegado a ver qué dicen. (...) (sic)". (énfasis agregado)

194. En dichos medios probatorios se acredita que: (i) existió una política de retiro de beneficios a aquellas ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya" con un fin anticompetitivo, esto es, disuadirlas de tal decisión con el propósito de frenar el crecimiento de Cemex en el mercado; y, (ii) tal conducta se implementó y ejecutó durante el periodo investigado, mediante un sistema de monitoreo y fiscalización coordinado entre las empresas denunciadas hacia las ferreterías.

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ Ver foja 1426 del expediente.

195. Conforme se evidencia, la política de retiro de beneficios fue aplicada de la misma forma que la política de negativa de ventas, bajo el mismo esquema de fiscalización y monitoreo.
196. A continuación corresponderá analizar si el retiro de beneficios tenía la capacidad para generar un efecto exclusorio en el mercado; es decir, si era una conducta idónea para lograr tal efecto.

III.3.4.2 Sobre los efectos en el mercado del retiro de beneficios comúnmente otorgados

197. La Comisión consideró que el retiro de beneficios no tenía la capacidad de lograr un efecto exclusorio en perjuicio de Cemex, dado que este podía ser compensado con la venta de cemento “Quisqueya” y por ello no tenía la capacidad suficiente de disuadir a las ferreterías de comercializar dicho producto y cemento “Sol” a la vez.
198. Por su parte, Cemex señaló en su apelación que la negativa de trato y el retiro de beneficios formaron parte de una única política de castigo, de forma conjunta con otras conductas que eran parte del boicot concertado entre las denunciadas, tales como las amenazas, el control y monitoreo, visitas a ferreteros, la quema de stock de cemento “Quisqueya”, rumores falsos, el aleccionamiento, entre otros; en ese sentido, el retiro de beneficios también sirvió para disuadir a las ferreterías de seguir comercializando cemento “Quisqueya”. Agregó que incluso el retiro de beneficios podía ser más perjudicial que la negativa de ventas.
199. Sobre el particular, de los correos electrónicos analizados anteriormente se desprende que la negativa de venta y el retiro de beneficios constituían dos conductas implementadas por las empresas denunciadas con el fin de lograr desplazar a Cemex del mercado relevante. No obstante, y como se verá más adelante, ambas conductas pueden generar efectos diversos en el mercado, lo que amerita realizar un análisis independiente de cada una de ellas con el propósito de verificar si ambas tienen la capacidad de excluir a Cemex.
200. Por otro lado, las conductas referidas a las amenazas, control y monitoreo, el aleccionamiento, entre otras, no han sido imputadas a título de cargo contra las denunciadas, por lo cual no pueden ser materia de pronunciamiento por esta Sala, pues ello contravendría el principio del debido procedimiento contenido en el artículo 230 numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁰¹.

¹⁰¹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

201. Sin perjuicio de lo anterior, todas la conductas señaladas por Cemex en sus alegatos finales ante esta Sala refieren a la aplicación de la política de negativa de ventas: la amenaza de dejar de suministrar a las ferreterías el cemento “Sol” de seguir comercializando cemento “Quisqueya”; el control y monitoreo de dicha conducta; las visitas a ferreteros para dotar a la negativa de ventas del nivel de persuasión óptimo; el esconder y/o quemar el cemento “Quisqueya” como parte de la consumación de la conducta de negativa de venta; y, los rumores falsos y el aleccionamiento con el fin de dotar a la negativa de venta del efecto multiplicador deseado¹⁰².
202. La Sala considera que los efectos que podían generar ambas conductas con su aplicación no necesariamente pueden coincidir. Por ejemplo, el beneficio de descuento solo era otorgado a ciertas ferreterías, pues dependía del volumen de ventas de cemento en una fecha específica y solo se podía atender hasta cierto número de ferreterías. Asimismo, el beneficio de flete era otorgado a las ferreterías que recogían en planta o depósito; es decir, solo a las ferreterías que contaban con medios de transporte. Igualmente, el beneficio de bono por cumplimiento de meta de venta era otorgado solo a algunas ferreterías, es decir, a las que se les había establecido una meta y la cumplían¹⁰³. En conclusión, al ser una política que solo afecta a ciertas ferreterías, no llega a tener los mismos efectos anticompetitivos que la política de negativa de ventas.
203. A diferencia de la política de negativa de ventas, la conducta referida al retiro de beneficios a las ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya” no podía ser aplicada de manera homogénea a la totalidad de ferreterías. Mientras que todas las ferreterías minoristas comercializaban cemento “Sol” y la negativa de ventas constituía por esta razón un mecanismo de presión efectivo, los beneficios otorgados por la venta de dicho producto eran percibidos solo por algunos, por lo cual su retiro solo afectaría a algunas ferreterías, siendo insuficiente para lograr con dicha conducta el cierre del mercado relevante a Cemex.

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

¹⁰² Ver los ejemplos tomados por Cemex en su escrito de alegatos finales presentado el 2 de diciembre de 2014.

¹⁰³ Por ejemplo, se evidencia que solo a las ferreterías Distribuidora Demaja E.I.R.L., Enrique Franklin Guevara Monteagudo, Inversiones y Representaciones Miguelito S.A.C., Comercial SV Chavín E.I.R.L., Soledad Najarro Amao y Corporación Misael S.A.C., se les aplicó el retiro de beneficios de la muestra analizada por la Comisión en tanto eran las únicas que los tenían en un principio, por lo que la conducta no era replicable al total de ferreterías existentes.

204. Adicionalmente, Cemex sustentó que en el dictamen elaborado por el señor Luis Diez-Canseco Núñez se indicó la siguiente afirmación aplicable a este extremo del procedimiento:

“Desde un punto de vista económico, una política de retiro de beneficios a un subdistribuidor, significa para este un incremento inmediato en sus costos de operación, lo cual puede ser tanto o más perjudicial que una negativa de trato. Ello redundaría negativamente en su capacidad de mantenerse en el mercado y le obliga a elegir entre aceptar el esquema impuesto para seguir gozando de los beneficios o sostenerse sin ellos en el mercado, frente a competidores que sí los estarían recibiendo. Ello desnivela el piso de juego.”

205. Sobre el particular, la opinión citada anteriormente tiene como fin demostrar, más allá del presente caso, que una política de retiro de beneficios **podría** ser más perjudicial que una negativa de trato. No obstante, dicha circunstancia debe ser evaluada caso por caso, a efectos de verificar si los beneficios percibidos resultan importantes para la operatividad de las empresas, de tal forma que su retiro pueda constituirse como una medida de presión y amenaza efectiva con el propósito de lograr persuadirlas para dejar de comercializar el producto del competidor.
206. De esta forma, la opinión citada no resulta concluyente a efectos de demostrar, como plantea Cemex, que el retiro de beneficios cuestionado era idóneo para generar un efecto exclusorio, incluso superior a la política de negativa de ventas.
207. En ese sentido, corresponde realizar un análisis similar al efectuado respecto a la negativa de ventas, con el fin de determinar si el retiro de beneficios tenía la capacidad de excluir a Cemex del mercado relevante, ya sea frenando su crecimiento o logrando que dicha empresa salga del mercado.
208. Así, la Sala demostró que la negativa de venta de cemento “Sol” era una medida idónea para lograr ejercer una presión efectiva sobre las ferreterías, pues las obligaba a dejar de comercializar cemento “Quisqueya”. Ello obedeció a dos factores principales: la importancia del cemento “Sol” para el mantenimiento del negocio de las ferreterías y la posibilidad de replicar la conducta a todas las ferreterías.
209. Sin embargo, el retiro de beneficios no era una conducta aplicable a todas las ferreterías considerando que estos se otorgaban solo a un número determinable de aquellas, ya que no todas recibían beneficios. Por ello, no era una conducta factible de ser replicada a todas las ferreterías de tal manera que la amenaza pueda ser calificada como cierta e inminente.

Mientras que todas las ferreterías comercializaban cemento “Sol” y la negativa de ventas constituía por ello un mecanismo de presión efectivo, los beneficios otorgados por la venta de cemento “Sol” eran percibidos solo por algunos, por lo cual su retiro solo afectaría a algunas ferreterías, siendo insuficiente para persuadirlas de no vender cemento “Quisqueya” y lograr el cierre del mercado relevante a Cemex.

210. La Sala considera que si la conducta no era pasible de ser aplicada potencialmente a cualquier ferretería (“efecto multiplicador”), esta no se encontraba en la capacidad de persuadir a la mayoría de ferreterías de dejar de comercializar el cemento “Quisqueya”, pues ello podía ser percibido por el empresario ferretero como una medida que no afectaría su negocio si es que no gozaba de tales beneficios.
211. Sin perjuicio de lo mencionado, aún si dicha conducta fuera replicable en la totalidad del canal ferretero, no hay evidencia que acredite que los ingresos percibidos por los beneficios tenían una importancia similar a los obtenidos por las ventas del cemento “Sol”. En efecto, cemento “Sol” representaba aproximadamente el 60% de las ventas en el mercado relevante lo cual demostraba la preferencia de los consumidores por dicho producto, por lo que su desabastecimiento hubiese generado una pérdida importante para las ferreterías como consecuencia del margen obtenido por volumen de ventas.
212. Bajo tal línea de argumentación, la negativa de venta de cemento “Sol” a aquellos que vendían el cemento “Quisqueya” implicaba una medida de presión eficaz para lograr amenazar y condicionar las decisiones comerciales de las ferreterías, para que estas participen en la política exclusoria contra Cemex.
213. Si decidían no vender cemento “Sol” debido a tal amenaza, las ferreterías podían padecer un descenso en sus niveles de ventas y, por consiguiente, en sus ingresos, frente a la opción de dedicarse a vender otros productos (como cemento “Quisqueya”), que en dicha oportunidad aún no gozaban de preferencia por la gran mayoría de los consumidores.
214. En consecuencia, aun cuando el retiro de beneficios pudiese haber sido aplicado a todas las ferreterías, estas no se hubieran sentido amenazadas con tal medida pues la pérdida mínima sufrida de tal política podía ser compensada con los ingresos captados por la venta de cemento “Quisqueya” y cemento “Sol”, considerando que no hay evidencia que demuestre que los beneficios representaban un ingreso **determinante para todas las ferreterías.**

215. Por tales motivos, el retiro de beneficios solo podía afectar a un grupo determinado de ferreterías, en cuyo caso, no existe prueba alguna que demuestre que el nivel de afectación sufrido hubiera sido determinante para dejar de comercializar cemento “Quisqueya”.
216. En consecuencia, la Sala concuerda con lo señalado por la Comisión, debido a que:
- (i) El retiro de beneficios no implicaba dejar de contar con el suministro de cemento “Sol”. Así, las ferreterías podían seguir comercializando cemento “Sol”, solo que privadas de los beneficios de flete, descuentos, crédito o bono por cumplimiento de ventas.
 - (ii) Los beneficios no se otorgaban a todas las ferreterías generando que el impacto de su retiro pudiera afectar solo a un número determinable de ellas, perdiendo así su capacidad de disuadir a la totalidad del canal ferretero.
 - (iii) No es posible sustentar que el retiro de beneficios puede ser más perjudicial que la negativa de ventas; el primero solo implica la pérdida de un beneficio en el caso de las ferreterías que contaban con aquel, mientras que el segundo comprende las pérdidas por no vender cemento “Sol”, incluida la pérdida de beneficios de haberlos tenido.
217. A mayor abundamiento, no existe evidencia suficiente que demuestre que el retiro de beneficios hubiese implicado una reducción significativa de las utilidades para las ferreterías de tal magnitud que determinara que estas no pudieran cubrir eficientemente sus gastos y, como consecuencia de ello, tuviera la capacidad de disuadirlas de seguir adquiriendo cemento “Quisqueya” para consumar el boicot. Por el contrario, la venta de dicho producto podría compensar los costos dejados de percibir por el retiro de beneficios, sin dejar de tomar en cuenta que estos no eran aplicados de manera homogénea.
218. En ese sentido, la política de retiro de beneficios no presentaba las características que hacen que la negativa de ventas fuera idónea para excluir a Cemex, esto es, que se pudiera aplicar masivamente a todas las ferreterías y disuadirlas de seguir comercializando cemento “Quisqueya”.
219. En la medida que no se ha acreditado que la política de retiro de beneficios fuera idónea para generar un efecto exclusorio en el mercado relevante en perjuicio de Cemex, corresponde confirmar la resolución apelada que declaró infundado el procedimiento iniciado de oficio contra las denunciadas, conforme a lo establecido en la metodología desarrollada anteriormente.

III.3.5. Sobre la responsabilidad de las personas naturales

220. Los artículos 2.1 y 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establecen que quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes infractores podrán ser sancionados hasta con 100 UIT, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa¹⁰⁴.
221. En tal sentido, la sanción de las personas naturales que participan en los órganos de dirección, gerencia o gestión, o que toman la decisión de llevar a cabo una conducta calificada como anticompetitiva, permite desincentivar eficazmente la adopción de estas conductas, toda vez que fueron tales personas quienes actuaron dentro de sus atribuciones funcionales en las empresas denunciadas y cuyo rol y participación fue determinante en la comisión de la infracción.
222. Por tal motivo, corresponde analizar si los señores Carlos Ugás Delgado, Jorge Trelles Sánchez, Kurt Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Fernando Godoy Castañeda, Javier Nikaido Hokama, Diego de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Carlos Ernesto Marsano Soto, Luis Huancahuari Laguna, Rosmary Rondón Barriga, Álvaro Morales Puppo, Julio Rodríguez Palacín, José Antonio Rey Recavarren, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosa Elizabeth Salcedo López ejercían algún cargo, dirección o representación en las empresas denunciadas y si, en tal sentido, participaron en la implementación y/o ejecución de la negativa concertada e injustificada de ventas.
223. Sobre el primer punto, las personas mencionadas pueden clasificarse según el nivel del cargo que desempeñaban en las empresas denunciadas:
- a) Los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Álvaro Antonio Morales

¹⁰⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. 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.
(...)

Artículo 43.- El monto de las multas.

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

Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiane, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Diego Miguel De la Piedra Minetti, Carlos Ernesto Marsano Soto, Luis Eduardo Huancahuari Laguna y José Antonio Nicolás Rey Recavarren ocupaban cargos directivos y gerenciales en sus respectivas empresas y, en tal sentido, ejercían la dirección y gerencia, representando así a las empresas investigadas.

- b) Los señores Raúl Alberto Pinto Ruiz, Eduardo Mercado Céspedes, Rosmary Martha Rondón Barriga y Rosa Elizabeth Salcedo López cumplían funciones que implicaban actuar en nombre y por encargo de sus respectivas empresas, ejerciendo por tanto su representación. Adicionalmente, estas personas se encargaban de la gestión de determinadas jefaturas o sucursales directamente vinculadas con la venta de productos.
 - c) Los señores Jaime Fernando Bendayán Miguel, Fernando Erik Godoy Castañeda, Javier Nikaido Hokama y Julio César Rodríguez Palacín podían realizar coordinaciones directamente con los distribuidores de Unacem y, por tanto, actuar en nombre y por encargo de esta empresa, ejerciendo su representación.
 - d) El señor Jorge Pedro Vera Nuñez cumplía funciones que implicaban actuar en nombre y por encargo de La Viga, ocupándose de la gestión del depósito de La Viga en Huaraz y de la supervisión de la logística.
224. Luego de acreditado que las personas señaladas ocupaban cargos de dirección o representación en las empresas denunciadas, corresponde verificar si tuvieron participación alguna en el planeamiento, implementación o ejecución de la conducta infractora.
225. De conformidad con el contenido de los correos electrónicos evaluados en la resolución apelada y que no han sido desvirtuados en apelación, se ha acreditado que:
- (i) Los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo y Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani conocieron la política de castigo contra las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya” pues suscribieron el documento denominado “Propuesta de Marketing” donde se reconocía que, a mediados de 2007, Unacem implementó una política de defensa ante el ingreso del cemento “Quisqueya” al mercado peruano, a través de la penalización a las ferreterías que comercializaban dicho producto.

En efecto, en la “Propuesta de Marketing” se reconoció expresamente

que, de manera previa, se *“decidió implementar una política de defensa ante el ingreso del competidor Cemex con varias acciones entre ellas, penalizar a los clientes Mayoristas y Sub-Distribuidores que decidieron vender la marca Quisqueya en sus locales”*.

Asimismo, las firmas allí consignadas evidencian el conocimiento y la conformidad de los suscriptores con todo el contenido del documento, referido tanto a una política de castigo contra las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya” como a la implementación posterior de la red Progresol. Se debe considerar, además, que dado que los funcionarios antes mencionados desempeñaban cargos de alta dirección en las empresas denunciadas, la implementación coordinada de una política de negativa de ventas con el fin de excluir a un competidor tenía que ser controlada y dirigida, necesariamente, por ellos. Sin perjuicio de ello, resultaría improbable que un alto funcionario advirtiera una política de ventas como la cuestionada y mostrara indiferencia, tal cual se aprecia en la “Propuesta de Marketing”.

Por otro lado, en el caso del señor Carlos Alfonso Ugás Delgado, considerando la naturaleza de las funciones que desempeñaba en su calidad de Director y Gerente General de Unacem, y que se trataba de una política aplicada a nivel institucional, resulta razonable concluir que participó en su planeamiento, realización o ejecución.

Sobre el particular, el artículo 188 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades establece como atribuciones del gerente de una sociedad, la celebración y ejecución de los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; así como la representación de la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil. En consecuencia, se evidencia que, por la naturaleza del cargo del señor Carlos Alfonso Ugás Delgado y las implicancias de la política de castigo, esta no pudo haber sido implementada sin su conocimiento y participación.

En relación con el señor Jorge Enrique Trelles Sánchez¹⁰⁵, este realizó visitas a las ferreterías que compraban cemento “Quisqueya”, con el objetivo de advertirles sobre las implicancias de dicha comercialización. Del mismo modo, remitió y reenvió correos electrónicos donde se aprobó la adopción de medidas de castigo contra dichas ferreterías; expresó su malestar al informársele que las medidas impuestas por

¹⁰⁵ Ídem.

Unacem y sus distribuidoras no se estaban cumpliendo pese a lo acordado e incluso impartió la orden de aplicar con firmeza la política de negativa contra las ferreterías que comercializaban el referido producto.

Del mismo modo, el señor Álvaro Antonio Morales Puppo¹⁰⁶ realizó visitas a algunas ferreterías con el objeto de verificar si comercializaban cemento “Quisqueya” y de advertirles sobre las consecuencias de dicha comercialización; así como brindar una solución a aquellos clientes que no se encontraban conformes con las políticas comerciales de Unacem, para persuadirlos de que no comercializaran el cemento de la competencia.

Igualmente, el señor Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani¹⁰⁷ realizó coordinaciones respecto a la supervisión realizada a un cliente que comercializaba cemento “Quisqueya”, proponiendo que el Jefe de Operaciones de La Viga se apersonara a su local para verificar si dicho cliente aún tenía el cemento de la competencia.

- (ii) Los señores Raúl Alberto Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Fernando Erik Godoy Castañeda y Eduardo Mercado Céspedes conocieron la política de castigo contra las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya” y participaron activamente en su planeamiento, realización y ejecución.

Así, el señor Raúl Alberto Pinto Ruiz¹⁰⁸ ordenó bloquear el ingreso de ciertos vehículos a la planta, por tratarse de camiones de clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”; realizó las coordinaciones necesarias para la implementación del registro de los clientes sancionados; encargó que se le informe sobre la cantidad, tipo y precio del cemento que comercializaban algunas ferreterías; y, reenvió al señor Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani información sobre el reportaje emitido por el canal de línea abierta de Ica en relación a la venta de cemento, donde se informaba la prohibición de Unacem de vender cemento a aquellos clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”.

De otro lado, el señor Javier Nikaido Hokama¹⁰⁹ acordó, conjuntamente

¹⁰⁶ *Ídem.*

¹⁰⁷ Ver foja 1430 del expediente.

¹⁰⁸ Ver foja 885 del expediente.

¹⁰⁹ Ver foja 1427 del expediente.

con representantes de los distribuidores de Unacem, la forma en la que se realizarían las labores de supervisión a los comerciantes de cemento “Quisqueya”; así como la información que debía proporcionarse sobre dichos clientes.

Asimismo, el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel¹¹⁰ remitió correos electrónicos en los cuales ordenó aplicar la negativa de venta e informó sobre el alcance de la política de negativa de venta, sobre la suspensión de la atención a determinados clientes por comercializar cemento “Quisqueya” y sobre clientes que, a pesar de haberse comprometido a no vender cemento “Quisqueya”, continuaron con la venta de este producto.

Por su parte, el señor Fernando Erik Godoy Castañeda¹¹¹ remitió información sobre las reuniones sostenidas con representantes de A. Berio para coordinar el inicio de la política de negativa de venta contra las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya”; sobre la labor de supervisión de estos; y sobre las sanciones que correspondía aplicar a estas ferreterías. Además, informó sobre ciertos camiones que transportaban cemento “Quisqueya”, con la finalidad de que se procediera a su suspensión, y sobre las negociaciones que se llevaron a cabo con ciertos clientes para que no comercializaran “Quisqueya”.

El señor Eduardo Mercado Céspedes¹¹² propuso la adopción de medidas de castigo contra los comerciantes de cemento “Quisqueya” y remitió información sobre la labor de supervisión a los clientes que continuaban vendiendo este producto.

- (iii) Los señores Carlos Ernesto Marsano Soto¹¹³, Diego Miguel De la Piedra Minetti¹¹⁴, Luis Eduardo Huancahuari Laguna¹¹⁵, José Antonio Nicolás Rey Recavarren¹¹⁶ y Rosmary Martha Rondón Barriga¹¹⁷ conocieron la

¹¹⁰ Ver foja 1426 del expediente.

¹¹¹ Ver foja 1426 del expediente.

¹¹² Ver foja 1426 y 1427 del expediente.

¹¹³ Ver foja 642 del expediente.

¹¹⁴ Ver foja 1426 del expediente.

¹¹⁵ Ver foja 886 del expediente.

¹¹⁶ Ver foja 885 del expediente.

¹¹⁷ Ver foja 642 del expediente.

política de castigo contra las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya” y participaron activamente en su planeamiento, realización o ejecución, al acordar la forma en la que se realizarían las labores de supervisión a los ferreteros que comercializaban cemento “Quisqueya”; la información que debía proporcionarse sobre dichos clientes; así como la instrucción de dejar de vender los productos de Unacem a las ferreterías que mantuvieran *stock* de cemento “Quisqueya”.

- (iv) Así, los señores Julio César Rodríguez Palacín, Rosa Elizabeth Salcedo López y Jorge Pedro Vera Nuñez participaron activamente en el planeamiento, realización o ejecución de la política de negativa de venta.

A mayor abundamiento, el señor Julio César Rodríguez Palacín¹¹⁸ remitió información sobre los clientes que continuaban vendiendo cemento “Quisqueya”, con la finalidad de que los distribuidores adoptaran las medidas de suspensión de venta.

La señora Rosa Elizabeth Salcedo López¹¹⁹ informó qué clientes comercializaban cemento “Quisqueya”; las advertencias realizadas en caso continuaran comercializando dicho producto; y la posible comercialización de cemento “Quisqueya” en ciertos distritos.

El señor Jorge Pedro Vera Nuñez¹²⁰ informó a las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya” que, si volvían a comercializar esta marca, Unacem ordenaría no abastecerlas más con sus productos.

226. Las personas naturales apelantes sostuvieron que, durante el ejercicio de sus labores, ni el Directorio ni la Gerencia General ni ninguna otra gerencia de las empresas involucradas, instruyeron a su personal sobre la supuesta política implementada contra los clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”. Asimismo, indicaron que el haber sido destinatarias de algunos correos electrónicos no implicaba que hayan tomado conocimiento o manifestado su conformidad respecto de su contenido.
227. No obstante, conforme se ha evidenciado previamente, del contenido de diversos documentos electrónicos analizados en la presente resolución, se desprende que Unacem y sus distribuidores, a través de sus principales funcionarios y representantes, acordaron implementar una política de

¹¹⁸ Ver foja 1426 del expediente.

¹¹⁹ Ver foja 1427 del expediente.

¹²⁰ Ver foja 642 del expediente.

negativa de venta de cemento contra las ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya”.

228. En ese sentido, las comunicaciones electrónicas, aun cuando no hayan merecido respuesta por parte de sus destinatarios, demuestran la existencia de coordinaciones y directivas destinadas a realizar una aplicación eficaz de la política de castigos. Específicamente, al describir cada etapa del proceso implementación de la política investigada, se evidenciaron las coordinaciones en todos los niveles de la empresa.
229. Finalmente, las personas naturales apelantes argumentaron que no existió premeditación para infringir las normas de libre competencia. Contrariamente a dicha alegación, la Sala ha identificado que el diseño, implementación y ejecución de la política de castigos tuvo como única finalidad desplazar a Cemex del mercado mediante mecanismos que no obedecen a parámetros de eficiencia económica. Prueba de ello, es el siguiente correo electrónico obtenido en una de las visitas inspectivas efectuadas por la Secretaría Técnica de la Comisión:

“Asunto: Caso Codimax - G. Cahuascanco.

Kurt, estuve recordando por que no se bloqueó a los camiones de G. Cahuascanco (u otros sancionados) el ingreso a fábrica cuando se le aplicó la sanción. El motivo es porque nosotros le deberíamos poder seguir atendiéndole pero sin otorgarle ningún beneficio, para que sienta todo lo que ha perdido.

Inclusive el distribuidor nos hizo todas las consultas y hasta se le indicó que para recoger de depósito debería el distrib. cobrarle el flete que Cementos Lima ya había gastado trasladando el producto.

Al nosotros bloquearle el ingreso a planta creo que incurrimos en error de no vender el producto de manera libre a cualquier persona que quiera recoger de planta y creo que eso ahora está tipificado como delito en Conductas anticompetitivas – Abuso de dominio. (...)”
(énfasis agregado)

230. En consecuencia, habiendo corroborado que las personas naturales apelantes sí tuvieron una participación en la implementación y/o ejecución de la conducta infractora, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que halló responsables a los señores Carlos Ugás Delgado, Jorge Trelles Sánchez, Kurt Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Fernando Godoy Castañeda, Javier Nikaido Hokama, Diego De la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Carlos Ernesto Marsano Soto, Luis Huancahuari Laguna, Rosmary Rondón Barriga, Álvaro Morales Puppo, Julio Rodríguez Palacín, José Antonio Rey Recavarren, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosa Elizabeth Salcedo López.

III.4. Graduación de la Sanción

231. Habiendo quedado demostrada la existencia de una infracción de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, consistente en la negativa injustificada de ventas de cemento “Sol” a aquellas ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya”, corresponde determinar la sanción a imponer a cada uno de los infractores.
232. El artículo 230.3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹²¹, consagra el principio de razonabilidad como uno de los principios rectores que debe guiar todo procedimiento administrativo sancionador establecido en leyes especiales, señalando que 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.
233. Las sanciones de tipo administrativo tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. Ello implica que la magnitud de dichas sanciones debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar las infracciones¹²². El objetivo es garantizar que las sanciones tengan realmente un efecto disuasivo, no sólo sobre las empresas infractoras, sino sobre el resto de agentes económicos del mercado. Sin perjuicio de ello, la autoridad de competencia tiene la posibilidad de graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que resulten aplicables en cada caso concreto.
234. Al respecto, el artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas

¹²¹

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 230.- 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 deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

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

¹²²

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 5ta. Ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. p. 627. “...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, sino su aspecto represivo carecería de sentido. Calificar o sancionar una conducta prohibida pero que genere alta rentabilidad con una sanción leve, es una invitación a transgredir la norma”.

Anticompetitivas establece los criterios para determinar la gravedad y graduar la sanción en los procedimientos sobre conductas anticompetitivas:

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

235. Los dos primeros criterios, es decir, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción, responden al principio de razonabilidad¹²³. En efecto, dado que la sanción debe cumplir una función disuasiva, debe procurarse que esta sea mayor o igual a los beneficios que el infractor esperaba obtener¹²⁴ como consecuencia de su conducta ilícita.

236. Así, estos dos criterios permitirán determinar un monto base de la multa que, en atención al principio de razonabilidad, garantice el cumplimiento de la función disuasiva de la sanción.

237. No obstante, también deben tenerse en cuenta 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 al principio de proporcionalidad¹²⁵.

238. En ese sentido, los criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales sobre otros competidores y los consumidores, la

¹²³ Ver nota al pie 118.

¹²⁴ La Sala ha utilizado en anteriores oportunidades como una aproximación del beneficio esperado, el beneficio efectivamente obtenido como consecuencia de la conducta.

¹²⁵ Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

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

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.

239. 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 razonabilidad¹²⁶. Al respecto, este Colegiado ha señalado lo siguiente:

“...una vez determinado el beneficio esperado y la probabilidad de detección de la infracción, la autoridad administrativa podrá tener en consideración otros factores como los efectos reales o potenciales en los consumidores y en el mercado de la conducta infractora, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a imponerse”¹²⁷.

240. Una vez definidos los criterios que deben tenerse en consideración al momento de graduar la sanción, corresponde evaluar los cuestionamientos a la determinación de la multa calculada por la Comisión para cada uno de los infractores.

III.4.1 Duración de la conducta

241. En relación con la duración de la conducta, la Comisión consideró, a partir de los correos electrónicos obtenidos en la visita inspectiva de enero de 2009, que la política de castigos fue ejecutada entre agosto de 2007 y noviembre de 2008. A este periodo, la primera instancia agregó un mes adicional por posibles remanentes y problemas de coordinación para la suspensión de la aplicación de la política de negativa de ventas.
242. Al respecto, las apelantes señalaron que incluso bajo el supuesto de que se hubiera cometido una infracción, esta debería haber terminado con el cambio de política comercial hacia el canal ferretero; es decir, con la implementación de la red Progresol desde julio de 2008, con lo cual la conducta habría culminado en junio de dicho año.
243. Como se detalló en la sección correspondiente a la evaluación de efectos de la conducta, las ventas registradas por las distribuidoras permiten concluir

¹²⁶ 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.

¹²⁷ Resolución 0960-2008/TDC-INDECOPI del 19 de mayo de 2008.

que la práctica tuvo efectos plenamente visibles sobre las ventas de cemento desde agosto 2007 hasta junio de 2008. En particular, durante ese periodo se observó un desplazamiento de las ventas de cemento, desde las distribuidoras hacia los mayoristas. Este movimiento de bolsas de cemento en la industria habría sido causado por la implementación de la política de negativa de venta a aquellas ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya”.

244. Sin embargo, de las secciones anteriores y tal como lo planteó la Comisión, se demuestra que la conducta se planeó y ejecutó inclusive hasta el mes de noviembre 2008. Esta evidencia fue recopilada a través de los correos electrónicos recabados en las visitas inspectivas a las empresas denunciadas.
245. Por lo expuesto, la Sala considera que la conducta se llevó a cabo en un horizonte temporal de dieciséis (16) meses; es decir, desde agosto de 2007 hasta noviembre de 2008, por lo que el beneficio ilícito esperado debe calcularse para el referido periodo.

III.4.2 Metodología para el cálculo de la multa por parte de la Comisión

246. En el presente caso, la Comisión sancionó a Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa con una multa de 1 488,20 UIT, 33,52 UIT, 13,25 UIT y 17,04 UIT respectivamente, así como con 5 UIT por persona natural a los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel De la Piedra Minetti, Luis Eduardo Huancahuari Laguna y José Antonio Nicolás Rey Recavarren y 2,5 UIT por persona natural a los señores Raúl Alberto Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosmary Martha Rondón Barriga; multas que suman en conjunto 1 617,01 UIT.
247. Las apelantes cuestionaron la metodología utilizada por la Comisión para calcular la multa, puesto que la primera instancia determinó el beneficio ilícito considerando la diferencia entre el volumen de importaciones proyectado por Cemex y el volumen efectivamente vendido por esta empresa.
248. Por otro lado, las apelantes se pronunciaron respecto de tomar a las importaciones proyectadas de Cemex como las ventas que habría obtenido esta empresa bajo un escenario de competencia. Para las recurrentes, las importaciones proyectadas no pueden ser tomadas en cuenta para el cálculo del beneficio ilícito debido a que:

- (i) Cemex importó niveles inferiores a los proyectados desde su primer mes de operación en agosto 2007.
- (ii) Las ventas de Cemex no necesariamente son equivalentes al volumen importado en un periodo, debido a la existencia de inventarios.
- (iii) Las proyecciones de Cemex son lineales y no incorporan efectos adicionales por cambios en el mercado, invalidándolas a nivel estadístico.

249. Cabe resaltar que la Comisión incorporó los cuestionamientos efectuados por las apelantes en el cálculo de la multa. La primera instancia usó un factor de ajuste para los años 2007 y 2008, el cual atribuía solo un porcentaje de la diferencia entre proyecciones e importaciones a la política de negativa de ventas. Lo restante de esta diferencia sería atribuido a la dinámica del mercado.

250. Debe tenerse en consideración que la Comisión consideró la existencia de un daño concreto sobre Cemex para el cálculo de la multa. Dado que la Sala considera que hubo un efecto potencial, el uso de las proyecciones de las importaciones de Cemex no se ajustan a lo requerido para el cálculo del beneficio esperado por las denunciadas como consecuencia de la aplicación de la conducta. Así, la Sala estima que para el cálculo de la sanción a imponer debe crearse un escenario hipotético en el cual la política de negativa de ventas hubiera desplazado a Cemex del mercado. En la literatura económica esto es denominado como un escenario contrafactual¹²⁸.

251. En el presente caso, el escenario contrafactual se configura a partir de los beneficios que Unacem y sus distribuidoras esperaban obtener como consecuencia de su conducta. Bajo dicho escenario, Unacem lograría mantener su participación en el mercado relevante y lograría a su vez estabilidad en el nivel de precios¹²⁹. Este hecho se da debido a que el objetivo de la política fue en todo momento mantener el nivel de precios estable, tal como había estado evolucionando en los meses previos a la aplicación de la política de negativa de ventas.

¹²⁸ Ver Fumagalli, C.; Padilla, J. y Polo, M. *Damages for exclusionary practices: a primer*, 2010: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/fumagalli_padilla_polo.pdf. Visitado por última vez el 23 de Noviembre del 2014.

¹²⁹ Al respecto, de acuerdo con la información de INEI el precio del cemento al público en general tuvo un promedio de S/. 16,7 y una desviación estándar de 0,19 durante el año previo a la implementación de la conducta. La misma conducta se dio para el caso del precio de distribución.

252. Así, en el escenario contrafactual planteado durante todo el período de análisis, Unacem y sus distribuidoras estarían cobrando el mismo nivel de precios que habían aplicado antes de la política, en lugar de reducir sus precios, tal como ocurrió en el mercado una vez que Cemex entró en agosto 2007.
253. Por otro lado, las apelantes cuestionaron el uso de la probabilidad de detección y de la fórmula empleada por la Comisión para la graduación de la sanción. En particular, señalaron que la primera instancia no se basó en una metodología aprobada en un precedente de observancia obligatoria o en una norma legal.
254. Al respecto, cabe resaltar que los criterios utilizados por la Comisión, incluyendo la probabilidad de detección y las fórmulas cuestionadas, están contemplados en el artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Específicamente, la fórmula utilizada para el cálculo de la multa base se encuentra aprobada y publicada por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, aspecto detallado por la Comisión en la resolución apelada.
255. Adicionalmente, las denunciadas cuestionaron que la conducta hubiese sido calificada como muy grave por el mero hecho que el cálculo de la multa superaba las 1 000 UIT. Ante dicha alegación, la Sala aprecia que la calificación de la gravedad de la infracción fue efectuada por la Comisión luego de evaluar los parámetros establecidos en la norma, como la modalidad y alcance de la conducta infractora, la cuota de mercado de las empresas infractoras, la duración de la restricción a la competencia, la dimensión del mercado afectado y los efectos reales y potenciales sobre otros competidores y los consumidores. Por tanto, el referido cuestionamiento debe ser desestimado.
256. Asimismo, las empresas denunciadas cuestionaron que la Comisión hubiese utilizado para el cálculo de la multa el margen de utilidad bruta y no el margen de utilidad neta, pues el impuesto a la renta pagado no constituiría parte del beneficio esperado.
257. Sobre este punto, la Sala coincide con la Comisión al utilizar el margen de utilidad operativa pues no resulta 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 en materia de defensa de la libre competencia, en donde se debe considerar el factor de **beneficio ilícito esperado** por el agente infractor.

258. En esa línea, el principio de razonabilidad anteriormente citado, demanda que la conducta infractora no resulte más beneficiosa que la sanción a imponer, por lo cual esta debe ser igual o mayor al beneficio esperado de dicha conducta, lo cual justifica el uso del margen de utilidad operativa.

259. Una vez resueltos los argumentos de apelación planteados por las personas naturales y jurídicas denunciadas, se procederá a calcular la sanción que corresponde a cada una de ellas.

III.4.3 Cálculo de la multa

III.4.3.1 Para las empresas denunciadas

260. De acuerdo a lo anterior, para el cálculo de la multa base, se utiliza el beneficio ilícito extraordinario esperado y la probabilidad de detección de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. En ese sentido, el cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula¹³⁰:

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

261. Como se señaló previamente, deben tenerse en consideración los beneficios que esperaban obtener Unacem y sus distribuidoras como consecuencia de la implementación de su conducta. En particular, se evalúa cómo la conducta tenía la potencialidad de excluir a Cemex del canal ferretero, al preservar la posición de dominio de Unacem y lograr que el precio se mantenga al mismo nivel que tenía antes del ingreso de Cemex al mercado peruano¹³¹.

262. Así, en el presente caso, el beneficio ilícito esperado está representado por las ganancias que Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa esperaban obtener de

¹³⁰ Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado
 B^{NL} = Beneficio ilícito esperado
 B^L = Beneficio con competencia
 P_{det} = Probabilidad de detección
 B_{Ext} = Beneficio extraordinario

¹³¹ Ver Tabla 4 en la cual se aprecia la evolución constante de los precios de las distribuidoras siete meses antes de la entrada al mercado de Cemex en agosto de 2007.

la aplicación de la política de negativa de ventas a aquellas ferreterías que comercializaran cemento “Quisqueya”, de manera que estas últimas suspendan o eviten mantener relaciones comerciales con Cemex, cerrándole el canal ferretero.

263. Este beneficio ilícito esperado estaría configurado por el sobre-precio cobrado a todas las unidades vendidas por Unacem y sus distribuidoras, producto de la exclusión de Cemex del mercado. Sobre el particular, cabe recordar que el objetivo de la política de negativa de ventas fue en todo momento mantener tanto la participación de mercado como el nivel de precios. De esta forma, este sobre-precio cobrado estaría dado por la diferencia entre el nivel de precios que querían mantener y la caída del precio como consecuencia de la entrada de Cemex.
264. De lograr excluir a Cemex del mercado, la diferencia de precios mencionada, o sobre-precio, hubiese sido cobrada a todas las unidades vendidas por Unacem y sus distribuidoras, producto de la ausencia de fuerzas competitivas que lleven a los precios a su nivel de equilibrio de mercado. En consecuencia, el beneficio ilícito esperado se aplica sobre todas las unidades vendidas por Unacem y sus distribuidoras.
265. Ciertamente, como consecuencia de los bajos precios que ofertaba Cemex, en el escenario contrafactual, Unacem se habría visto obligada a bajar sus precios para hacer frente a la competencia del entrante. Este comportamiento resulta atípico en relación a la conducta de conservar el nivel de precios constante que había mantenido durante los meses previos a la entrada de Cemex¹³².
266. En resumen, el beneficio ilícito de Unacem estaría dado por el sobre-precio cobrado sobre todas las unidades vendidas. Este beneficio ilícito esperado se define de la siguiente forma:

$$B_{Ext} = (p_t^{contra} - p_t^{real}) * Q_{t,Unacem}^{real} * Mg_t$$

Donde:

p_t^{Contra} : Precio promedio ponderado de cemento de Unacem (soles por bolsa) en el periodo “t”¹³³ en el escenario contrafactual¹³⁴.

¹³² Ídem.

¹³³ Para Unacem, el precio es calculado en base a sus ingresos y volúmenes de ventas de cemento en bolsa a La Viga, A. Berio y Macisa para el periodo agosto 2007- noviembre 2008, ajustado según la variación mensual del IPC de Lima del Banco Central de Reserva del Perú. Ver: escrito de Unacem del 17 de noviembre de 2011 (respuesta a la pregunta 5.5).

- P_t^{real} : Precio promedio ponderado de cemento de Unacem (soles por bolsa) en el periodo " t "¹³⁵ en el escenario real.
- $Q_{t,Unacem}^{real}$: Cantidad de bolsas de cemento vendidas por Unacem y sus distribuidoras tras la entrada de Cemex al mercado en el escenario real.
- Mg_t : Margen de utilidad operativa de la venta de cemento de Unacem en el periodo " t "¹³⁶ en el escenario real.

267. En primer lugar, P_t^{contra} representa el precio que Unacem esperaba recibir como consecuencia de la política implementada, en el escenario contrafactual. Este precio está dado por el precio promedio ponderado al que vendieron los tres distribuidores de Unacem en los siete (7) meses previos a la conducta; es decir, entre enero y julio de 2007¹³⁷.

Para La Viga, A. Berio y Macisa, el precio es calculado a partir de la información entregada por cada una de ellas sobre precios promedio ponderado de cemento en bolsa a ferreterías, distribuidoras y Progresol, para el periodo agosto 2007- noviembre 2008, ajustados según la variación mensual del IPC de Lima del Banco Central de Reserva del Perú. Cabe señalar que para el caso de Macisa, los precios considerados fueron a nivel de Lima mientras que para La Viga y A. Berio a nivel del mercado relevante. Ver: escrito de La Viga del 15 de noviembre de 2011, escrito de A. Berio del 14 de noviembre de 2011 y escrito de Macisa del 2 de noviembre de 2011 (respuestas a la pregunta 3.3).

¹³⁴ El precio que habrían cobrado de no haber aplicado la política se calculó como el promedio de los siete meses previos a la aplicación de la mencionada política, es decir de enero a julio de 2007.

¹³⁵ Para Unacem, el precio es calculado en base a sus ingresos y volúmenes de ventas de cemento en bolsa a La Viga, A. Berio y Macisa para el periodo agosto 2007- noviembre 2008, ajustado según la variación mensual del IPC de Lima del Banco Central de Reserva del Perú. Ver: escrito de Unacem del 17 de noviembre de 2011 (respuesta a la pregunta 5.5).

Para La Viga, A. Berio y Macisa, precio calculado a partir de la información entregada por cada una de ellas sobre precios promedio ponderado de cemento en bolsa a ferreterías, distribuidoras y Progresol, para el periodo agosto 2007- noviembre 2008, ajustados según la variación mensual del IPC de Lima del Banco Central de Reserva del Perú. Cabe señalar que para el caso de Macisa, los precios considerados fueron precios a nivel de Lima mientras que para La Viga y A. Berio a nivel del mercado relevante. Ver: escrito de La Viga del 15 de noviembre de 2011, escrito de A. Berio del 14 de noviembre de 2011 y escrito de Macisa del 2 de noviembre de 2011 (respuestas a la pregunta 3.3).

¹³⁶ La Viga entregó información de su margen de utilidad operativa mensual por la venta de cemento en bolsas en su escrito del 15 de noviembre de 2011 (respuesta a la pregunta 1.3). Al respecto, el margen de utilidad operativa utilizado es un promedio ponderado de los márgenes de utilidad operativa de los tipos de cemento comercializados por La Viga para el periodo agosto 2007 – noviembre 2008.

Para el resto de empresas se utilizó como proxy el promedio de los márgenes de utilidad operativa de cada una de las empresas de los años en que se aplicó la conducta, es decir, 2007 y 2008.

La información de Unacem fue obtenida de los Estados Financieros que se encuentran publicados en la página web de la Superintendencia de Mercado de Valores. La información de A. Berio fue obtenida de sus Estados Financieros entregados en su escrito del 14 de noviembre de 2011. La información de Macisa fue obtenida de sus Estados Financieros entregados en su escrito del 2 de noviembre de 2011.

¹³⁷ Se toma este período debido a que es el período más cercado a la conducta del cual se cuenta con información completa.

268. De otro lado, p_t^{real} representa el precio que efectivamente se cobró en el mercado en cada uno de los meses en que tuvo lugar la conducta. La diferencia entre el primer precio, p_t^{contra} , y el segundo, p_t^{real} , representa el sobre-precio o beneficio adicional que esperaba obtener Unacem como consecuencia de su conducta.
269. Dado que se trata de un monto que Unacem esperaba ganar por todas sus ventas, esta diferencia será aplicada a todas las unidades que dicha empresa y sus distribuidoras esperaban vender en el período de análisis. Por ello, debe tenerse en cuenta que se toma a las ventas reales de Unacem y sus distribuidoras como la mejor aproximación a las ventas esperadas de la ejecución de la conducta, dada la información disponible brindada por las denunciadas.
270. De este modo, dicha diferencia queda multiplicada por $Q_{t,Unacem}^{real}$; que representa el total de ventas registradas por Unacem durante la conducta. Finalmente, este monto total, que representa el éxito de la política de Unacem y sus distribuidoras, es multiplicado por Mg_t que representa el margen operativo de Unacem¹³⁸.
271. Sobre la base de lo anterior, los valores de la multa serían los siguientes:

¹³⁸ Sobre las ventas reales de las denunciadas como aproximación de las ventas esperadas de la conducta debe hacerse una corrección. Tal consideración consiste en aplicar un factor de ajuste a los meses de julio a noviembre de 2008. La razón es que durante esos meses solo se habría aplicado la conducta de manera residual sobre las ferreterías del mercado relevante. En este caso, al igual que la Comisión, esta Sala considera que solo un porcentaje menor en la caída de las ventas de Cemex puede ser atribuido a la política de negativa de ventas. En particular, se analiza el período post conducta, en el cual se puede asumir que la diferencia entre lo proyectado por Cemex y lo efectivamente importado que no es consecuencia de las fuerzas de mercado puede ser atribuido a efectos residuales de la política de negativa de ventas. Este monto ascendería a 5.3%, el cual se asigna como factor de ajuste para el período de aplicación residual de la conducta, es decir entre los meses de julio y noviembre del 2008.

Tabla N°5
Multas impuestas a las empresas infractoras (Confidencial)

	Cantidad	Diferencia en precios (promedio)	Margen de utilidad operativa	Beneficio ilícito esperado	Multa Final*	Multa Final*
	(Bolsas)	(S/. BI)	%	(S/.)	(S/.)	(UIT)
Unacem	57,323,843.00	0.53	Confidencial	7,005,073.27	9,856,231.44	2,663.85
La Viga					221,776.54	59.94
A. Berio					87,242.63	23.58
Macisa					114,102.60	30.84

* Ajustado por Inflación y por probabilidad de detección
Elaborado por la ST-SDC

272. Así, la sanción final durante el período de comisión de la infracción ascendería a 2,663.85 UIT, 59.94 UIT, 23.58 UIT y 30.84 UIT para Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa, respectivamente.

273. En ese sentido, este Colegiado considera que hubiera correspondido una multa mayor a la impuesta por la Comisión. No obstante, el artículo 237.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General prohíbe vulnerar el principio de interdicción de la reforma en peor o “reformatio in peius”¹³⁹, que impide la imposición de sanciones más graves para el sancionado cuando haya sido este quien impugne la resolución adoptada; por lo tanto, corresponde confirmar las multas impuestas por la Comisión a las empresas denunciadas, las cuales ascendieron a mil cuatrocientos ochenta y ocho y 20/100 (1,488.20) UIT, treinta y tres y 52/100 (33.52) UIT, trece y 25/100 (13.25) UIT y diez y siete y 04/100 (17.04) UIT, para Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa, respectivamente

III.4.3.2 Para las personas naturales

274. El artículo 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁴⁰

¹³⁹ Ver Sentencia del 25 de agosto de 2004 emitida en el EXP. N.° 1803-2004-AA/TC, donde se estableció lo siguiente:
“25. La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. Exp. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.

26. En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación. (...)”

¹⁴⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. Artículo 43.- El monto de las multas.-**

establece que además de la sanción que corresponde imponer a los infractores, podrá imponerse una multa de hasta cien (100) UIT a los representantes o personas naturales encargadas de la dirección o administración de las personas jurídicas sancionadas, según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

275. La sanción impuesta contra una persona natural tiene como objetivo que, al realizar determinada conducta, el agente considere las consecuencias que le puede acarrear dicha conducta y no pretenda protegerse en la ficción de la persona jurídica. En otras palabras, se busca que las personas naturales también sean responsables por sus decisiones y actos que generan una infracción.
276. Así, la sanción a imponer a las personas naturales deberá guardar relación directa con el grado de responsabilidad en la toma de decisiones. Por tanto, en la mayoría de casos, quienes ostenten un cargo de mayor jerarquía y participen en la adopción de prácticas anticompetitivas serán objeto de una sanción más elevada, debido a su acceso a mayor información de la empresa y su capacidad de determinar la adopción de una decisión empresarial que conlleva efectos anticompetitivos.
277. Al respecto, la Comisión sancionó a los funcionarios que planearon, realizaron o ejecutaron la conducta anticompetitiva con multas de 5 UIT y 2,5 UIT dependiendo si ocupaban un cargo gerencial y/o de dirección o de gestión, respectivamente.
278. En ese sentido, a los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Gerente General de Unacem; Jorge Enrique Trelles Sánchez, Gerente Administrativo de Unacem; Álvaro Antonio Morales Puppo, Gerente Financiero de Unacem; Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Gerente de Marketing de Unacem; Carlos Ernesto Marsano Soto, Director de La Viga; Diego Miguel De La Piedra Minetti, Gerente General de La Viga; Luis Eduardo Huancahuari Laguna, Gerente Administrativo de A. Berio y José Antonio Nicolás Rey Recavarren, Gerente General de Macisa se les impuso una multa de 5 UIT a cada uno debido a su participación en la conducta infractora y que dichas personas desempeñaban cargos de alta dirección en cada una de las empresas denunciadas.
279. Por otro lado, los señores Raúl Alberto Pinto Ruiz, Jefe del Departamento de

(...)

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

Ventas de Unacem; Javier Nikaido Hokama, Ejecutivo de Ventas de Unacem; Jaime Fernando Bendayán Miguel, Supervisor de Ventas de Unacem; Fernando Erik Godoy Castañeda, Supervisor de Ventas de Unacem; Julio César Rodríguez Palacín, Supervisor de Ventas de Unacem; Eduardo Mercado Céspedes, Jefe de Operaciones de La Viga; Rosa Elizabeth Salcedo López, Administradora de la sucursal de Lima Norte de La Viga; Jorge Pedro Vera Nuñez, Supervisor Logístico de La Viga y Rosmary Martha Rondón Barriga, Jefe de Ventas de Macisa fueron sancionados con una multa de 2,5 UIT cada uno pues, sin perjuicio de haber participado activamente en la implementación de la conducta infractora, se consideró que los cargos que desempeñaban en las empresas denunciadas tenían un menor grado de influencia en comparación con las demás personas naturales.

280. Las personas naturales presentaron, en conjunto con las personas jurídicas, una serie de argumentos en apelación, los cuales han sido desvirtuados por la Sala precedentemente. Al margen de ello, las denunciadas no han aportado mayores elementos que ameriten una reducción de las sanciones impuestas hacia las personas naturales.
281. Bajo tal premisa, la Sala considera que dado que se han desvirtuado los alegatos de apelación y que no se han presentado argumentos adicionales contra el monto de las sanciones impuestas a las personas naturales, corresponde confirmar la resolución apelada en tales extremos, conforme a los montos señalados en los numerales 278 y 279 de la presente resolución.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por Malva S.A. y el procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. por la comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unión Andina de Cementos S.A.A. a aquellos clientes que comercializaran cemento “Quisqueya”, conducta tipificada en los artículos 1, 11.1 literal g) y 12 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI, en el extremo que declaró infundado el procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. por la comisión de una presunta práctica colusoria vertical en la modalidad de boicot consistente en el

retiro de beneficios derivados de la comercialización de los productos de Unión Andina de Cementos S.A.A. a aquellos clientes que comercializaran cemento “Quisqueya”, conducta tipificada en los artículos 1, 11.1 literal k) y 12 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

TERCERO: confirmar la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI, en el extremo que halló responsables a los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez, Luis Eduardo Huancahuari Laguna, José Antonio Nicolás Rey Recavarren y Rosmary Martha Rondón Barriga, debido a su participación en el planeamiento, implementación y/o ejecución de la conducta infractora cometida por Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A., conforme a lo previsto en los artículos 1, 11.1 literal g), 12 y 43 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

CUARTO: confirmar la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI, en el extremo que sancionó a Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. con una multa de 1 488,20 UIT, 33,52 UIT, 13,25 UIT y 17,04 UIT, respectivamente.

QUINTO: confirmar la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI, en el extremo que sancionó a los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel de la Piedra Minetti, Luis Eduardo Huancahuari Laguna y José Antonio Nicolás Rey Recavarren con multas individuales de 5 UIT; y a los señores Raúl Alberto Pinto Ruiz, Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosmary Martha Rondón Barriga con multas individuales de 2,5 UIT.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Julio Carlos Lozano Hernández, José Luis Bonifaz Fernández y María Soledad Ferreyros Castañeda.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Presidenta

Anexo I

1. Para el señor Abarca Caycho Felipe, se muestran las compras de bolsas de cemento en enero de 2008 a S/. 16,12 a A. Berio y luego para febrero de 2008 a S/. 16,20 a un mayorista. Cabe destacar que el señor Abarca Caycho compró incluso una cantidad mayor en febrero. Por otro lado, en febrero de 2008 el distribuidor siguió cobrando S/. 16,12.

ABERIO A. BERIO Y CIA S.A.C.		Av. 26 de Noviembre N° 2473 Virgen de Luján (Paradero 14) V. María del Trunfo Telfs.: 291-0242 - 291-2315 Av. Guillermo Dansey N° 1799 - LIMA Esquina Nicolás Dueñas N° 1007 - LIMA Telfs.: 336-7920 - 336-7921 Fax: 336-8315 www.aberio.com.pe		R.U.C. N° 20100029 00330 FACTURA 001 N° 022718	
SEÑOR (ES): ABARCA CAYCHO FELIPE		CODIGO: 3745	N° ORDEN 001 - 0173539		
R.U.C.: 10102083321		ANEXO: 3745	Fecha: 03/01/2008		
DIRECCION: ANT. PANAM SUR URB LA VIRREYNA MZ A191 T. 18 - LURIN		Unidad: BLS 42.5 Kg. m			
COND. PAGO: C/ENTREGA		OFICINA: OF. ATOCONGO	FACTURA: 001 - 0227181		Fábrica: ATOCONGO
CANTIDAD	CODIGO	DETALLE	P. UNITARIO	IMPORTE	
200	BLS	1 CEMENTO TIPO 1 (SOL)	16.1245	S/.	3,224
		Reembolso gasto recojo en planta	0.6100	S/.	122
TOTAL :				S/.	3,10
Valor Venta:				S/.	2,60
I.G.V. 19.00% :				S/.	45
TOTAL :				S/.	3,10
CONDIC. DE VENTA: Cada vez que se produzca una VARIACION de Precios, el valor del Cemento y/o de las bolsas que por cualquier motivo no haya sido Entregado será Automáticamente reajustado, pidiendo el comprador escoger entre: A) Recoger la Menor Cantidad de Cemento resultante del precio incrementado, o B) Pagar la Diferencia de Precio antes del Recibo del Cemento, o C) Obtener la Inmediata Devolución del Dinero Abonado por el Cemento No entregado. Entrega de las bolsas de cemento es puesta en faja, su exhibición es responsabilidad del comprador. La Recepción de esta Factura constituye la plena aceptación de las condiciones que esta contiene.					
SON: TRES MIL CIENTO DOS Y 9/100 NUEVOS SOLES (s.o.u.) CANCELADO					
Ortética Industrial S.R.L. U.C. 20100058603 Telf: 438.8802 Los Pieleros 225 - Aja 18-12-2007 Aja. Sunat 2285A0011 001-0227001 AL 0242000		LIMA,	DE	DEL	Usuario: MSO
COD. V. 11		COPIA SIN DERECHO A CREDITO FISCAL DEL I.G.V.			

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 857-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 003-2008/CLC

DEPOSITO - FERRETERIA DEFENICHAR
MATERIALES DE CONSTRUCCION
DISTRIBUIDOR EXCLUSIVO DE LA
AGREGADOS - TRANSPORTE
Av. 27 de Diciembre N° 652 - Tablada
Villa Maria del Triunfo - Telfs.: 295-2221 295-1824 E-mail:

DEPOSITO EFECTIVO EN CUENTA CORRIENTE M.N.
OF. -022-7226-M-E20417 15/02/2008 OP. -0000107
A. BERIO Y CIA. S.A.C.
CODIGO DE CUENTA: 192-0629966-0-91
IMPORTE ENTREGADO: S/. *****12,960.00

0500864703
CURA
016114

Señor(es): 11
Dirección: ABARCA CAYCHO F

GUIA: 001-5114

CANT.	DESCRIPCION	NIT.	IMPORTE
800.00	001-SOL-000 CEMENTO SOL TIPO I	16.20	12,960.00

CHEQUE BANCO MONTO

Lima 25 de 2 del 2008
p. DEFENICHAR S.A.C.
COPIA SIN DERECHO A CREDITO FISCAL DEL I.G.V.

SUB-TOTAL
I.G.V.
TOTAL 19

003394

2. En el caso del señor Alejandro Najarro Ortega se muestran compras de cemento "Sol" en junio de 2008 a S/. 16,30 a otro proveedor y a La Vega a S/. 16,12 en abril de 2008. Cabe resaltar que la distribuidora La Vega también cobró el precio de S/. 16,12 a sus clientes habituales.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN 857-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 003-2008/CLC

04170



SERVICE PRORECOVE E.I.R.L.
Dep.: Av. Elmer Faucett 261 - Maranga - San Miguel
Teléfono: 562-0436 / 562-2325 / 452-2352
Lima

R.U.C. 20254134318

FACTURA

010- Nº 001549

Señor(es): **NAJARRO ORTEGA ALEJANDRO**
R.U.C.: **00000001549**
Dirección: **AV. RIVERA AGUIRRE 500 URB. FANOS SAN MIGUEL**
Código Postal: **01091**

Fecha: **13** de **06** del **2008**
Guía N°: **010** Cód. de Pago: **06/10**

CANTIDAD	DESCRIPCION	P. UNITARIO	TOTAL
100.000	CEMENTO SOL TIPO 1	13.69	1.369.75

CON: **UN MIL TRESCIENTOS TREINTA CON 00/100 NUEVOS SOLES**

Sub Total 5% **1.369.75**

I.G.V. 12% 5% **260.25**

TOTAL **1.630.00**

CANCELADO

Lima, **1** de **06** del **2008**

COPIA SIN DERECHO AL CREDITO FISCAL DEL I.G.V.

EMISOR

PRECEDENTE: 04169

FECHA: 27/05/2008

Vendedor: **04169**

FACTURAS DE GRUPO ECONOMICO
ABRIL DE 2008

CLIENTE: **00000001549 NAJARRO ORTEGA, ALEJANDRO**

Numero	Emisión	Versión	Producto	U.M.	Cantidad	SOLES		DOLARES	
						Valor-Venta	I.G.V.	Importe	Importe
24998-NAJARRO ANAS, EDUARDO									
FAC/2008/0456	09/04/2008	11/04/2008	CEMENTO TIPO 1 SOL	BOLS	100.000	1.355.00	257.45	1.612.45	
TOTAL CLIENTE:						1.355.00	257.45	1.612.45	
TOTAL ABRIL:						1.355.00	257.45	1.612.45	
TOTAL GENERAL:						1.355.00	257.45	1.612.45	
00000001549			CEMENTO TIPO 1 SOL	BOLS	100.000				