

PROCEDENCIA : COMISION DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISION)
PROCESO INICIADO DE OFICIO

DENUNCIADOS : ASOCIACION PERUANA DE AVICULTURA Y OTRAS (LAS
EMPRESAS AVICOLAS)

MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
PRACTICAS RESTRICTIVAS
CONCERTACION DE PRECIOS
REGLA "PER SE"
SUCEDANEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS
INDICIOS
INFRACCIONES CONTINUADAS
NORMA APLICABLE
APLICACION DE SANCIONES EN EL TIEMPO

ACTIVIDAD : 0100 AGRICULTURA, GANADERIA, CAZA Y
ACTIVIDADES DE SERVICIOS CONEXOS.
0122 CRIA DE OTROS ANIMALES; ELABORACION DE
PRODUCTOS ANIMALES

Lima, 19 de noviembre de 1997

I ANTECEDENTES

En el mes de marzo de 1996, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, inició una investigación preliminar sobre la comercialización de pollo carne vivo en Lima Metropolitana y el Callao.

En base a las pruebas e indicios encontrados durante esta investigación, que fueron recogidos en el Informe Técnico N°060-96-CLC, por Resolución N° 069-96-INDECOPI/CLC de fecha 13 de setiembre de 1996, la Comisión inició de oficio un procedimiento contra entidades y empresas del sector¹ por presunta concertación de precios en el período comprendido entre mayo de 1995 a julio de 1996; y, adicionalmente, contra algunas de estas mismas empresas², por presunta concertación de precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción, establecimiento de barreras de acceso al mercado y desarrollo de mecanismos anticompetitivos para impedir el ingreso o forzar la salida del mercado de algunos competidores, durante el período comprendido entre octubre de 1995 y julio de 1996. Posteriormente, mediante resoluciones números 071-96-INDECOPI/CLC y 072-96-INDECOPI/CLC del 20 de setiembre y 01 de octubre de

¹ Asociación Peruana de Avicultura (en adelante APA), Comité de Productores de Pollos Carne (en adelante CPPC), Agropecuaria Contán S.A., Alimentos Protina S.A., Avícola EL Rocío S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., Avícola Rosmar S.A., Avícola San Fernando S.A., Avícolas Asociadas S.A., Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., F.Car S.A., Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A., Molinos Mayo S.A. y Redondos S.A.

² Agropecuaria Contán S.A., Alimentos Protina S.A., Avícola San Fernando S.A., Corporación Ganadera S.A., Granja Los Huertos S.A., Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A. y Molinos Mayo S.A.

1996, respectivamente, se incluyó dentro del procedimiento a otro grupo de empresas del sector³.

Iniciado el procedimiento, se corrió traslado a las entidades y empresas investigadas para que presenten sus descargos y ofrezcan los medios probatorios que consideraran pertinentes. Vencido el término probatorio y emitido el Informe N° 001-97-CLC de la Secretaría Técnica, mediante Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC del 15 de enero de 1997, la Comisión sancionó a las mencionadas entidades y empresas por considerar que habían incurrido en infracción a las normas que regulan la libre competencia, imponiéndoles las siguientes multas:

Asociación Peruana de Avicultura	100 UIT
Avícola San Fernando S.A.	1,055 UIT
Molinos Mayo S.A.	1,055 UIT
Granja Los Huertos S.A.	1,055 UIT
Corporación Ganadera S.A.	1,045 UIT
Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez	384 UIT
Alimentos Protina S.A.	348 UIT
Molinera San Martín de Porres S.A.	349 UIT
Agropecuaria Villavictoria S.A.	100 UIT
Redondos S.A.	248 UIT
El Palomar E.I.R.L.	60 UIT
Agropecuaria del Pilar S.A.,	56 UIT
Avícola Asociadas S.A.	115 UIT
Avícola Galeb S.C.R.L.	113 UIT
Avícola Rosmar S.A.	75 UIT
Avícola El Rocío S.A.	64 UIT
Avícola del Norte S.A.	64 UIT
F. Car S.A.	37 UIT
Agropecuaria Contán S.A.	30 UIT
Granja de Reproductoras El Hatillo S.A.	10 UIT
Haidarliz S.A.	10 UIT

Con excepción de “El Hatillo” S.A. y Haidarliz S.A., los cuales interpusieron recurso de reconsideración, todas las demás entidades y empresas investigadas apelaron de la resolución. La Comisión calificó la impugnación de “El Hatillo” S.A. y Haidarliz S.A. como una apelación por considerar que no cumplía con los requisitos legales para ser calificada como reconsideración, y elevó el expediente a esta instancia. Sin embargo, recibido el expediente, la Sala declaró la nulidad del concesorio de la apelación, por considerar que el recurso de “El Hatillo” S.A. y Haidarliz S.A. sí debía considerarse como uno de reconsideración, y dispuso que la Comisión lo resuelva como tal. Devuelto el expediente, la Comisión declaró infundada la reconsideración y con la apelación presentada luego por “El Hatillo” y Haidarliz, se elevó en definitiva el expediente a la Sala el 19 de junio de 1997.

³ Agropecuaria del Pilar S.A., Agropecuaria Villa Victoria S.A., Granja Los Huertos S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A. y Haidarliz S.A.

El 30 de junio de 1997, la Sala emitió la Resolución N° 166-97-TDC, por la que, en resguardo de la confidencialidad de la información presentada por las empresas avícolas, declaró la reserva del procedimiento, y la Resolución N° 167 -97-TDC, suspendiendo la ejecución de las multas impuestas en la resolución impugnada en tanto no emitiera su pronunciamiento definitivo. Finalmente, los días 7 y 18 de julio de 1997, hicieron uso de la palabra los representantes de todas las empresas investigadas, por lo que el expediente se encuentra expedito para ser resuelto.

II CUESTIONES EN DISCUSION

De la revisión del expediente, la Sala considera que, en el presente caso, se debe determinar lo siguiente:

- i) si, de acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios deben sancionarse de acuerdo a la “regla de la razón” o de acuerdo a la regla “per se”. Esto es, si para que una concertación sea sancionable se requiere analizar la razonabilidad de la práctica en concreto, en función a su idoneidad para generar efectos perjudiciales en el mercado; o si, por el contrario, basta la sólo concertación, independientemente de su razonabilidad, para que se configure una infracción susceptible de ser sancionada;
- ii) cuáles son los medios probatorios que pueden ser utilizados en los procedimientos administrativos por infracción a las normas sobre libre competencia, y en todo caso, si está permitido utilizar sucedáneos de los medios probatorios;
- iii) si, del análisis y valoración de los medios probatorios que obran en el expediente puede concluirse que las empresas avícolas han incurrido en las prácticas infractorias materia del procedimiento; es decir, la presunta concertación de precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción; el establecimiento de barreras de acceso al mercado y el desarrollo de mecanismos anticompetitivos, para impedir el ingreso o forzar la salida del mercado de algunos competidores;
- iv) cuál es la escala de multas aplicable en el presente caso, teniendo en cuenta que las prácticas anticompetitivas imputadas se habrían desarrollado de manera continua, durante períodos en los que estaban vigentes regulaciones distintas, con escalas de multas también diferentes. Es decir, debe determinarse si procede aplicar la escala de multas establecida originalmente en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 y el Decreto Supremo N° 13-94-ITINCI, que permitía sancionar las concertaciones de precios con multas de hasta 50 UIT, o si, por el contrario, procede aplicar la escala de multas contenida en el mencionado artículo a partir de la modificación introducida por el artículo 11 del

Decreto Legislativo N° 807;

- v) si, conforme a lo solicitado por las empresas avícolas, corresponde declarar nula la resolución de primera instancia, en aplicación del inciso c del artículo 43 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por D.S. N° 02-94-JUS, por haber sido dictada prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la ley.
- vi) si, de ser el caso, las sanciones impuestas has sido graduadas de manera adecuada; y
- vii) si corresponde confirmar los precedentes de observancia obligatoria aprobados en la resolución de la Comisión.

III ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSION

III.1 El carácter de infracción “per se” ilegal de la concertación de precios.

Uno de los argumentos utilizados en reiteradas oportunidades por las empresas avícolas es que la Comisión y la Secretaría Técnica han cometido un error de interpretación al considerar que la concertación de precios es una práctica “per se” ilegal (es decir, una práctica que se sanciona por el solo hecho de realizarse, sin tomar en cuenta los posibles efectos anticompetitivos de la conducta en particular). En ese sentido, sostienen que la infracción debió ser analizada utilizando la llamada “regla de la razón”, en virtud de la cual sólo son sancionables las concertaciones, si se demuestra que han tenido efectos perjudiciales para el mercado⁴.

El argumento de las empresas avícolas obedece a una aplicación concordada del artículo 3 y del inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701. Las empresas sostienen que en ese contexto el artículo 3 establece que sólo están prohibidos y deben ser sancionados los actos y conductas que generen perjuicios al interés económico general⁵. Para sustentar su argumentación, recurren a la doctrina y la jurisprudencia europea (en particular las referidas a las normas comunitarias) y argentina, las mismas que, a su entender, deben ser consideradas como fuentes históricas del Decreto Legislativo N° 701, en particular del artículo 3, por lo que, al analizar los hechos materia de investigación, la

⁴ En realidad, la fundamentación que hacen las empresas avícolas se sustenta en una incorrecta apreciación de la “regla de la razón” y permanentemente sostienen que la concertación no tuvo efectos perjudiciales para el mercado. Como se verá más adelante, al aplicar la “regla de la razón”, el análisis no debe estar referido a los efectos concretos de la práctica, sino a la idoneidad de ésta para producir o no efectos perjudiciales, independientemente de si éstos se produjeron o no en los hechos.

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 701, ARTICULO 3.-** Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

Comisión debió aplicar la llamada “regla de la razón”, tal como lo hacen la jurisprudencia y la doctrina argentina respecto de su legislación.

La Sala discrepa con esta interpretación. La aplicación de la “regla de la razón” por las autoridades argentinas no responde al texto expreso de la ley argentina, sino a la interpretación que dichas autoridades y la doctrina de ese país hacen de la norma. Adicionalmente, debe tenerse presente que, si bien la redacción del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 tiene un texto similar al que tiene el artículo 1 de la Ley N° 22.262 argentina, el resto de ambas normas, en particular la parte referida a las prácticas restrictivas de la libre competencia, que incluyen los casos de concertación, guarda notorias diferencias que permiten llegar a interpretaciones diferentes.

También hay que tener presentes las modificaciones hechas a la ley peruana desde su promulgación, en particular las introducidas por los decretos legislativos números 788 y 807, puesto que permiten analizar la evolución de la norma original y, con ello, determinar el actual sentido de sus disposiciones, que difiere claramente del invocado por las empresas avícolas.

Como es sabido, en relación a los diversos métodos de interpretación jurídica reconocidos, no existe una determinada preferencia en el uso de unos métodos en perjuicio de otros, y a los resultados que se obtengan de la aplicación de cualquiera de ellos se les atribuye similar validez; sin embargo, deberá reconocerse mayor rigor y seguridad al resultado que se obtenga del análisis conjunto de las interpretaciones obtenidas con el uso de cada uno de estos métodos⁶.

Por eso, para esclarecer los alcances del inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, en concordancia con el artículo 3 de la misma norma, la Sala estima pertinente aplicar los distintos métodos de interpretación, comenzando con el método histórico, que es en el cual las empresas avícolas sustentan su teoría respecto de la aplicación de la regla de la razón.

III.1.1 El método de interpretación histórico.

Como ya se indicó, según la interpretación propuesta por las empresas avícolas, recogida fundamentalmente en el informe elaborado por el doctor Pinkas Flint, en aplicación del método histórico de interpretación los casos de concertación de precios deben ser analizados bajo la llamada “regla de la razón” y no en aplicación de la llamada “regla per se”.

El argumento se sustenta en que los antecedentes históricos del Decreto Legislativo N° 701, es decir los cuerpos normativos de otros países en los que se inspiró la norma (sistema europeo y argentino), consagrarían la “regla de la razón”

⁶ Rubio Correa, Marcial. “El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”, Fondo Editorial, 1984. p. 240.

es decir, que debe acreditarse la existencia de un efecto concreto de la práctica en el mercado para que la misma sea sancionable, pues el artículo 3 de esta norma exige que tales prácticas “generen perjuicios para el interés económico general”.

Sin embargo, por los motivos que se señalan a continuación, la Sala considera que la interpretación esgrimida no es la correcta.

Según Marcial Rubio, en aplicación del método histórico, la interpretación “...se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a ella [la norma], y se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica, llamada intención del legislador, que debe contribuir decisivamente a explicar su sentido.”⁷.

Como se puede apreciar, la finalidad específica de este método de interpretación es descubrir qué quiso decir o hacer el legislador, ésto es, descubrir su voluntad concreta y, por medio de ella, encontrar el significado de la norma.

En tal sentido, Rubio agrega que las normas en las que el legislador declara haberse inspirado pueden ayudar, por la vía de la comparación y el cotejo, a determinar la intención que éste tuvo; pero que también deben considerarse como antecedentes importantes las propias normas que se modificaron o derogaron, a fin de ayudar a comprender lo que se quiso decir o hacer en la nueva legislación. Sin embargo, no dejan de ser la fuente principal de interpretación auténtica las fundamentaciones expresas de los proyectos legislativos; en particular las llamadas exposiciones de motivos ⁸.

En consecuencia, para determinar la verdadera intención del legislador y poder realizar una interpretación histórica de la norma, habrá que recurrir a las llamadas fuentes directas e indirectas de la intención.

En este sentido, son consideradas fuentes directas aquellas en las que ha quedado indubitadamente explicitada la intención del legislador, en particular, las exposiciones de motivos. Las fuentes indirectas, en cambio, no contienen la intención expresa del legislador, sino que permiten deducirla por medio de una operación o razonamiento lógicos, por ejemplo a través del cotejo o comparación

⁷ Rubio Correa, Marcial, Op. Cit., p. 272.

⁸ “También son importantes para el método histórico las normas en que el legislador declara haberse inspirado, y las propias normas derogadas por la que ahora interpretamos, pues del cotejo por contraste entre éstas y aquéllas puede obtenerse importantes conclusiones sobre lo que el legislador decidió añadir o suprimir a la normatividad.” (Op. Cit., p. 274)

“(La) intención del legislador puede manifestarse a través de varias fuentes directas e indirectas. Las principales son:
- Las fundamentaciones expresas de los proyectos legislativos, dejadas por escrito por los mismos autores. (...) De un lado tenemos las llamadas “exposiciones de motivos” que generalmente son acompañadas a los proyectos de leyes elaborados por especialistas del Derecho que, así, dejan constancia de las razones por las que proponen las normas y sus contenidos específicos. Las exposiciones de motivos son útiles cuando el proyecto presentado no sufre ninguna modificación o, a lo sumo, unas cuantas accidentales.” (Op. Cit, p. 273).

de los textos legislativos.

Así, recurrir a las normas de otros ordenamientos, en las que aparentemente se pudiera haber inspirado el legislador, permitiría inferir ciertas intenciones, aunque evidentemente con menor certeza de la que se consigue si dichas intenciones hubieran sido puestas de manifiesto de manera expresa y por escrito por el propio legislador.

También constituye una fuente indirecta el sentido de los cambios o derogaciones de normas anteriores. Así, la eliminación de una palabra, su sustitución por otra, o incluso la eliminación de un artículo, permitirán presumir cuál fue la intención legislativa pero, nuevamente, la intención expresa, puesta de manifiesto, contribuye de una manera más clara a comprender la intención real, y por tanto debe ser preferida sobre las intenciones deducidas o inferidas de fuentes indirectas.

Por otra parte, cuando la intención del legislador queda puesta de manifiesto (directa o indirectamente) por actos o declaraciones recientes (por ejemplo, por la última modificación de la norma), la fuerza interpretativa de dicho acto o declaración debe ser mayor que la de una declaración o acto más antiguo.

Ello porque un cambio reciente refleja una voluntad más actual y por ello tiene históricamente más valor, sobre todo a la luz de métodos de interpretación que lo complementen, como el sistemático, el literal y el lógico. El derecho es un sistema dinámico que se interrelaciona con la realidad y, por tanto, toda interpretación debe observar y respetar este carácter evolutivo, sobre todo en el caso de interpretaciones basadas en antecedentes originados en otros países o realidades.

La propuesta de interpretación histórica sugerida por las empresas avícolas acude a la llamada fuente indirecta, esto es, acude a algunas normas que, presumen, sirvieron de fuente para el Decreto Legislativo N° 701; en particular, la ley argentina y las normas comunitarias europeas.⁹

⁹ Incluso aplicando el método histórico, solamente a las normas inspiradas en el llamado sistema europeo, la interpretación propuesta por las empresas avícolas es discutible. Por ejemplo, en Venezuela, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, de evidente inspiración europea, ha sido interpretada por repetida jurisprudencia administrativa en el sentido de que las concertaciones para fijar precios son "per se" ilegales. Así, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Competencia (agencia encargada de la aplicación de la Ley) interpreta que la fijación de precios en ningún caso produce algún efecto colateral positivo, ya que no aporta beneficios a los consumidores o a la eficiencia económica y por tanto debe ser considerada per se ilegal. Esta agencia, al resolver uno de los tantos casos a su cargo, señaló lo siguiente:

"A todo evento, las defensas anteriormente reseñadas están dirigidas a determinar los efectos competitivos de la conducta juzgada ... En este sentido resulta absurdo suponer que la Ley Pro Competencia, al prohibir las prácticas multilaterales entre competidores para fijar precio, exige por separado la demostración de los efectos restrictivos de la competencia de tales conductas... Se concluye pues, que los supuestos previstos en el artículo 10 de la Ley [artículo 10.-Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para: 1) Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio] , deben entenderse como prohibidos objetivamente o per se (presunción legal), y que producen o tienden a producir inexorablemente restricciones o limitaciones a la libre competencia y así se lo declara".

(Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Doctrina Administrativa 1992-1993. Caracas, Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, 1996, pág.69).

Sin duda debe considerarse como un criterio válido, pero este valor será relativo en tanto se cuente con fuentes directas, o con otras fuentes indirectas de las cuales se pueda deducir con mayor precisión cuál fue la intención del legislador. Además, cualquier conclusión debe ser necesariamente contrastada con los resultados que se obtengan de otros métodos de interpretación, tal como se verá más adelante.

Un primer elemento a tener en cuenta es la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 788, que eliminó el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701. El artículo 7 contenía los casos en los que una concertación de precios podía ser autorizada, es decir, cuándo la misma podía tener alguna justificación. Dicha justificación debía obtenerse antes de adoptar el acuerdo, decisión o recomendación correspondiente. Esta disposición fue derogada y ello permite inferir la intención del legislador en el sentido de eliminar la posibilidad de justificar dichas prácticas. En este sentido, esta modificación del Decreto Legislativo N° 701 introdujo en el sistema peruano la aplicación de la regla “per se”.

Es cierto que al igual que los antecedentes normativos de otros países, ésta es una fuente indirecta de la intención del legislador, pero debe tenerse en cuenta que, al mismo tiempo, es más reciente que las mencionadas normas extranjeras, que fueron inspiradoras de la primera versión de la norma, en noviembre de 1991, mientras que el Decreto Legislativo N° 788 fue promulgado en diciembre de 1994, es decir antes del inicio del periodo investigado.

Un segundo elemento, tan o más importante, fue la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 807. Esta norma modificó el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, eliminando la palabra “injustificada”. Así, mientras la redacción original hablaba de la prohibición de las concertaciones injustificadas, en la actual se ha eliminado toda referencia a una posible evaluación sobre las justificaciones que pudiese tener la concertación.

Como se explicó, el término “injustificado” hacía referencia, por contraposición, a la posibilidad que daba la versión original del Decreto Legislativo N° 701 de justificar ante la autoridad competente y de manera previa, la razonabilidad de la práctica y por esa vía sustraerse de una posible sanción.

La eliminación del citado artículo 7 por el Decreto Legislativo N° 788 dejó a las empresas sin posibilidad de justificar los acuerdos de precios, manteniendo el término “injustificado” en el inciso a) del artículo 6, pero como una palabra vacía de contenido al haber desaparecido los supuestos que permitían tal justificación.

Pero para aclarar mejor la intención del legislador vía el método histórico, es necesario recurrir a las exposiciones de motivos, que son fuentes directas de la

intención del legislador.

Así, la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 807 estuvo sustentada en una Exposición de Motivos, e introdujo por tanto una fuente directa de la intención del legislador, y que como tal tiene un peso específico mayor, y debe primar sobre inferencias extraídas de fuentes indirectas de dicha intención.

Así, en la Exposición de Motivos del mencionado Decreto Legislativo N° 807, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de abril de 1996 se establece con toda claridad como razón de ser de la modificación bajo comentario lo siguiente:

“Dejar claramente establecido **que la concertación de precios es per se ilegal, es decir, un supuesto que no admite justificación.** El Decreto Legislativo N° 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701, que permitía a las empresas solicitar autorización para concertar. Esto constituía una posibilidad de justificación en la práctica, contraria a lo que señala no solo la doctrina jurídica, sino la doctrina económica, respecto a los perjuicios de la cartelización de la economía frente a la inexistencia de beneficios reales o potenciales generados por dicha cartelización. En otras palabras, carecía de sentido justificar la razonabilidad de la concertación. Lamentablemente, el Decreto Legislativo N° 788 omitió modificar de manera expresa el inciso a) del artículo 6 que se refería a la concertación “injustificada” de precios, dejando abierta la posibilidad de una errónea interpretación en el sentido de que podían existir concertaciones de precios justificadas. Debe interpretarse que dicha justificación era la que permitía el Artículo 7 ya derogado, por lo que es pertinente aclarar ello en la norma para evitar que se creen falsas expectativas en las empresas respecto a la posibilidad de llevar a cabo concertaciones de precios que puedan considerarse justificadas cuando estas son en realidad per se ilegales.” (el resaltado es nuestro).

La intención del legislador aparece bastante clara de este párrafo y permite determinar, no sólo el sentido de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 807, sino incluso la introducida por el Decreto Legislativo N° 788, teniendo en cuenta que ambas normas fueron aprobadas por el mismo Poder Ejecutivo en uso de facultades delegadas por el Congreso de la República.

Siendo una exposición de motivos una fuente directa de la intención del legislador, su peso específico como elemento interpretativo debe primar sobre aproximaciones que se basen en la interpretación efectuada por agencias administrativas de competencia de otros países, pues los antecedentes en los que pudo inspirarse el legislador para elaborar la norma son sólo fuentes indirectas de la intención de este último.

Un tercer elemento a considerarse, es la modificación que hizo el Decreto Legislativo N° 807 del inciso d) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701¹⁰ referido a la concertación de la calidad de los productos, añadiendo que ello es ilegal cuando “afecte negativamente al consumidor”.

¹⁰ **DECRETO LEGISLATIVO N° 701, ARTICULO 6.-** (...) Son prácticas restrictivas de la libre competencia: (...) d) La concertación de la calidad de los productos cuando no correspondan a normas técnicas nacionales o internacionales y afecten negativamente al consumidor.

Esto ha sido utilizado por las empresas avícolas para sugerir que el sistema peruano recoge la “regla de la razón”, pues la referencia a efectos negativos al consumidor implica un análisis de razonabilidad de la práctica. Sin embargo, las empresas avícolas al hacer sus comentarios no han advertido ni analizado el hecho de que el nuevo texto fue introducido por la misma norma que modificó el inciso a) materia de comentario, es decir por el propio Decreto Legislativo N° 807, norma que eliminó el término “injustificado” del referido inciso. Si la intención del legislador era que todos los supuestos estuvieran sujetos a la regla de la razón, todas las modificaciones efectuadas a la norma deberían orientarse en el mismo sentido, salvo que se asuma que la intención es contradictoria.

En efecto, el supuesto regulado por el literal d) del artículo 6 debe ser evaluado aplicando la regla de la razón, pero sólo este supuesto, es decir la concertación de calidad. Es evidente que la intención era diferenciar supuestos en los que la infracción es “per se” ilegal, de supuestos en los que se debe aplicar la “regla de la razón”. Las concertaciones de calidad, en la doctrina, son sujetadas a la “regla de la razón” porque en ocasiones benefician a los consumidores, por eso no deben ser prohibidas siempre, sino solo cuando los afectan.¹¹ Pero en otros supuestos no aparece cuales podrían ser los beneficios para los consumidores.

El Decreto Legislativo N° 807 refleja la intención del legislador de ordenar las distintas infracciones distinguiendo las ilegales “per se” de las sujetas a la “regla de la razón”. Ello explica que en un inciso se elimine la palabra “injustificado” y en otro inciso se añada el término “afecte negativamente a los consumidores”, según lo explicado párrafos antes. De lo contrario, habría que aceptar que el legislador ha sido inconsistente en sus intenciones. Así, la interpretación que acoge la Sala hace que la intención del legislador aparezca como perfectamente coherente, consistente y clara.

En consecuencia la Sala llega a la convicción de que en base al método histórico, el Decreto Legislativo N° 701 ha establecido la regla “per se” para el análisis de las concertaciones de precios.

III.1.2 Los métodos de interpretación literal, lógico y sistemático.

Sin perjuicio del análisis que se ha hecho del método de interpretación histórico sugerido por las empresas avícolas, deben analizarse otras alternativas de interpretación. En particular la posición interpretativa de las empresas avícolas, que sugiere que la interpretación sistemática del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 con el artículo 6, inciso a) del mismo cuerpo legal conducen a interpretar que corresponde aplicar la “regla de la razón”.

¹¹ Por ejemplo, un acuerdo entre los fabricantes de cintas de vídeo para que todos las cintas tengan las mismas dimensiones. Si dicho acuerdo no existiese, los consumidores tendrían que contar con varias reproductoras de vídeo, de distintas características, para reproducir las imágenes de las cintas de cada productor, con los perjuicios consiguientes. Hacer “per se” ilegales esos acuerdos puede generar graves problemas al consumidor y es por ello que el legislador prefirió que queden sujetos a la regla de la razón.

La Sala considera que incluso una interpretación literal, conjuntamente con una interpretación sistemática del Decreto Legislativo N° 701 conducen a considerar que el principio aplicable a las concertaciones de precios es la regla “per se”.

Una norma que es bastante clara y que no deja margen de duda es el artículo 6 en su primer párrafo. Según dicha norma:

“Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas que produzcan o **puedan producir** el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.”

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, como sugieren las empresas avícolas, 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.

Por ello, las empresas avícolas hacen un análisis incompleto de lo que debe entenderse por “regla de la razón” pues confunden la prueba de los efectos perjudiciales de la práctica, con la razonabilidad de la misma.

En realidad, la razonabilidad de una práctica es un concepto que no se identifica plenamente con el hecho de si la misma tuvo o no efectos. Por ejemplo, en la doctrina de los países que tienen control de fusiones, el análisis de éstas se sujeta a la regla de la razón y sin embargo es evidente que para desaprobado una fusión no hay que esperar que ésta genere efectos. Lo que se analiza en estos casos es si la fusión es idónea para producir efectos anticompetitivos. La confusión que contiene el informe presentado por las empresas avícolas, elaborado por el Doctor Pinkas Flint, se origina en ignorar tal diferencia. 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, a diferencia de lo señalado por las empresas avícolas, 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 segunda si. Por el contrario, en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica en concreto.

Un claro ejemplo de ello se encuentra en las infracciones al Código de Tránsito, aspecto que será nuevamente comentado más adelante. Así, si un conductor cruza una intersección estando el semáforo en luz roja, será sancionado con una multa, independientemente de si esa persona atropelló o no a algún peatón, o si chocó o no con otro vehículo, es decir, independientemente de si la infracción tuvo o no efectos. Por lo tanto, no es necesario demostrar la existencia de un daño a las personas o a las cosas para imponer la multa; no es necesario demostrar los “efectos” de la conducta. Este sería un caso de la aplicación de la “regla per se”.

Por otro lado, 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.

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 calificación¹².

Por ello, la Sala estima que este punto no es relevante para determinar la ilegalidad de la conducta.

Basta por tanto el daño potencial, analizado en abstracto, para hacer sancionable la práctica. Como se desarrollará posteriormente, este efecto potencial es perfectamente consistente con la interpretación que se hará del artículo 3, en especial en lo concerniente a que el daño al interés económico general puede ser evaluado en abstracto, y no necesariamente en concreto.

¹² Ver punto III.5.1 de la presente resolución, en el que se analizan las facultades discrecionales otorgadas a la administración en determinados casos.

Las empresas avícolas sugieren también que la expresión “generen perjuicios económicos para el interés general” significa que en todas las infracciones producidas al Decreto Legislativo N° 701 la sanción sólo procede cuando exista un daño demostrado a los consumidores y a la competencia. Tal interpretación, además de entrar en abierta contradicción con el primer párrafo del artículo 6 que hace referencia a que las conductas “**puedan producir** el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia”, parte de entender el interés económico general como un bien jurídico considerado en concreto, esto es, que la práctica tenga efectos directos y medibles.

La Sala considera que el error en la interpretación propuesta parte de no considerar la afectación del bien jurídico “competencia” como una afectación en abstracto, esto es como la protección de un interés que puede ser dañado sin que existan efectos perjudiciales concretos. El artículo 3 se refiere al bien jurídico protegido por la norma, lo que no implica que la vulneración a dicho bien deba producirse necesariamente en concreto; bastando que sea una afectación abstracta.

Así, una práctica restrictiva podría haber afectado sólo a un competidor o a un consumidor concreto. Mal podría decirse entonces que se afecta un interés económico general en concreto, pero sí puede decirse que se ha afectado el principio de competencia, y con ello se afecta el interés económico general en que la competencia se desarrolle de manera sana y leal.

Para comprender mejor lo expuesto, puede recurrirse al ejemplo de dos equipos de fútbol que se ponen de acuerdo para empatar en el partido que les toca jugar, pues dicho resultado les favorece a ambos para avanzar en el campeonato; tal acuerdo es ilegal porque traiciona valores como la sana competencia, el espíritu deportivo y el respeto al público. Si durante el partido el acuerdo se frustrara, como consecuencia de un autogol accidental ocurrido al final del encuentro, ello no hace que el acto de haber concertado el resultado deje de ser ilegal o libre de sanción, a pesar que no surtió los efectos acordados.

Un acuerdo de este tipo es “per se” ilegal y por tanto sancionable, sin perjuicio de su efecto concreto y no admite justificación alguna, porque daña bienes jurídicos considerados en abstracto. Afecta así el interés general de que los espectadores y los deportistas que consideran que los resultados son consecuencia de una autentica competencia, y no de acuerdos que la distorsionan. Afectan, a fin de cuentas, la confianza en el sistema como uno transparente y justo.

Esto es perfectamente aplicable a las concertaciones de precios. Los consumidores confían, cuando concurren al mercado, en que los precios reflejen una competencia real, y asumen que no existirán acuerdos o intentos que la distorsionen. Por ello, la sanción “per se” de acciones o acuerdos que afectan o puedan afectar la confiabilidad de los agentes económicos en el mercado, evita

que se perjudique el interés económico general. La traición a esa confianza constituye una afectación al interés económico general.

Así, se confunde en la posición de las empresas avícolas la regla aplicable con el bien jurídico protegido. La regla es un medio para proteger el bien jurídico, no el bien en sí mismo. Esto concuerda plenamente con el sentido del artículo 6, primer párrafo que permite sancionar por peligro potencial a la competencia. De lo contrario, no se podría explicar como se puede sancionar una práctica que “pueda producir” el efecto de restringir a la competencia si de acuerdo a la interpretación sugerida por las empresas avícolas sólo se puede sancionar los casos que perjudiquen el interés económico general concreto.

En la legislación administrativa sancionadora peruana se puede encontrar distintos ejemplos de normas que sancionan la afectación de intereses en abstracto, que son protegidos por reglas “per se”, en cuanto éstas se sancionan sin perjuicio del efecto concreto, bastando el perjuicio abstracto al bien jurídico protegido.

Uno de dichos ejemplos es el Código de Tránsito y Seguridad Vial (Decreto Legislativo N° 420), que define una serie de objetivos. Por ejemplo, el artículo 3 señala como objetivo de la ley lograr la seguridad en el tránsito y la disminución de daños a las personas y bienes¹³. Así, si bien la seguridad es concebida como el interés general protegido, ello no significa que sólo sean sancionables actos que afecten la seguridad de manera concreta.

En efecto, hay conductas que afectan potencialmente la seguridad de manera abstracta, y que se sancionan sin tomar en cuenta sus consecuencias concretas. Así, cruzar una intersección con el semáforo en luz roja es una conducta “per se” ilegal, frente a la cual el infractor no podrá argumentar que no hubo accidente (efecto concreto) o que en el momento en que cruzó no había ningún otro vehículo atravesando la intersección (justificación del acto). Cruzar cuando en el semáforo está encendida la luz roja afecta el interés general y abstracto “seguridad”, sin perjuicio de la ausencia de consecuencias concretas (por ejemplo un accidente de tránsito).

De la misma manera que en el ejemplo anterior, la concertación de precios afecta en abstracto la competencia, sin perjuicio de sus consecuencias en concreto.

El artículo II de la recientemente promulgada Ley General de Salud (Ley N° 26842), que define como fin de la ley (y por tanto bien jurídico protegido) la protección de la salud pública, es otro ejemplo en el mismo sentido¹⁴.

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO N° 420, ARTICULO 3.-** El presente Código tiene los siguientes objetivos: (...) Lograr seguridad en el tránsito y la disminución de daños a personas y bienes

¹⁴ **LEY N° 26842, ARTICULO II.-** La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

Así, la venta de un producto sin Registro Sanitario puede no constituir un riesgo para la salud pública en concreto. El producto en cuestión podría ser en realidad perfectamente seguro y adecuado. Sin embargo, la falta de dicho registro será sancionable “per se”, sin perjuicio de la razonabilidad del producto mismo, en atención a la afectación en abstracto de la salud pública.

Un último ejemplo, de los muchos posibles, se encuentra en el Código del Medio Ambiente que define como bien jurídico protegido el medio ambiente y por tanto la protección y conservación de los recursos naturales a fin de hacer posible el desarrollo integral de la persona humana, con una adecuada calidad de vida¹⁵.

Sin embargo, no es necesario demostrar que un acto afecta en concreto el medio ambiente para que éste sea sancionable. La obligación de presentar Estudios de Impacto Ambiental no puede ser incumplida (y por tanto librarse de la sanción correspondiente) argumentando que su no presentación era indiferente, pues a fin de cuentas el impacto real de la actividad en el medio ambiente no era dañino. La afectación en abstracto del interés general protegido es evidente, sin perjuicio de que se demuestre o no una afectación en concreto.

Este concepto de afectación del interés general, que puede desprenderse de una serie de normas, es consistente con el Decreto Legislativo N° 701 y no se aprecia razones para excluir a dicho Decreto de esta interpretación.

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 debe ser analizado conjuntamente con el resto de normas de la ley peruana, especialmente con el artículo 6 y con la intención del legislador según fue analizada en el acápite anterior.

Si adicionalmente se interpretan, sistemáticamente, el artículo 3 y el artículo 6 inciso a) con otras normas del Decreto Legislativo N° 701, se verá como se llega a la misma conclusión. El texto del Decreto Legislativo N° 701 y sus sucesivas modificaciones han estructurado un sistema en el que es posible distinguir supuestos “per se” ilegales de supuestos en los que corresponde aplicar la “regla de la razón”. La norma se ha cuidado de señalar cuando se aplica una regla frente a la otra.

Cuando el legislador ha querido que se haga un análisis de razonabilidad, ha incluido en la norma términos que claramente lo indican. Por el contrario, cuando el objeto ha sido tipificar infracción y sin establecer ningún requisito de análisis adicional, entonces la norma se limita a definir la infracción de manera lata y simple. Lo más interesante en este caso es que tal tipificación coincide con lo que la doctrina y jurisprudencia comparada suele considerar supuestos “per se” o

¹⁵ Es necesario destacar que en concordancia con este objetivo, el Código es más claro aún cuando señala en el inciso 5 del mismo artículo, que es fundamental: “Observar...el principio de la prevención, entendiéndose que **la protección ambiental no se limita a la restauración de daños existentes ni a la defensa contra peligros inminentes, sino a la eliminación de posibles daños ambientales.**”

supuestos sujetos a la “regla de la razón”, dándole coherencia real a los supuestos en discusión, tal como se puede apreciar, en primer lugar en infracciones tipificadas en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701.

El inciso a) establece que es ilegal la negativa **injustificada** de satisfacer demandas de compra u ofertas de venta. El término injustificado deja abierta la posibilidad de que ciertas negativas sean razonables (por ejemplo se deja de abastecer de mercadería a un cliente moroso), y por tanto queden sujetas a la “regla de la razón”. Esto guarda concordancia con la doctrina, legislación y jurisprudencia extranjera que considera este tipo de conducta sujeta a la regla de la razón.

El inciso b) del mismo artículo dispone que es ilegal la aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, de tal manera que se coloque a unos competidores en desventaja frente a otros. Sin embargo, no es ilegal esta conducta si ella se encuentra justificada, es decir, si es razonable llevarla a cabo. Es el mismo inciso el que señala los casos en los que se justifican el tratar diferenciadamente a unas empresas respecto de otras¹⁶. Esta es una clara aplicación de la “regla de la razón” .

Así, si el único proveedor de determinada maquinaria otorga descuentos a una empresa, y no a otra (ambas son competidoras) por la compra al contado del producto, la empresa que usualmente no paga al contado, y que en consecuencia no se hace acreedora a descuento alguno, no podrá alegar que existió abuso de posición de dominio, por la sola existencia de precios diferenciados.

A continuación, el inciso c) prohíbe las “cláusulas de atadura”, tal como se las conoce en la doctrina¹⁷. Según este inciso, es ilegal condicionar o “atar” la venta de algún producto, a que el consumidor acepte otro producto distinto del primero, que no necesariamente desea.

Por ejemplo, si existiera un único fabricante y vendedor de automóviles, este no podrá “atar” la venta del automóvil a que el consumidor compre también una motoneta, fabricada y vendida por la misma empresa. Con este procedimiento, el fabricante lograría “obligar” a los consumidores a que compren no sólo sus autos sino también sus motonetas, extendiendo su dominio en el mercado de los autos al mercado del “producto atado”, es decir, el mercado de motonetas.

¹⁶ “...No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se conceden u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones”

¹⁷ “Son casos de abuso de posición de dominio: ...La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarios que, por su naturaleza no guarden relación con el objeto de tales contratos”

Sin embargo, no toda “cláusula de atadura” es sancionable. Sólo se penan aquellas conductas que no estén justificadas, aquellas ataduras que no sean razonables. Y el inciso señala que es justificado atar dos productos o servicios cuando éstos estén relacionados entre sí. Evidentemente, este tipo de prácticas comerciales no son susceptibles de perjudicar al consumidor, por tanto, están justificadas como establece la excepción contemplada en la propia norma, debiendo la autoridad evaluar si la relación es razonable y no perjudica la competencia.

Lo mismo sucede con el artículo 6, que tipifica las prácticas restrictivas de la competencia.

El inciso a), como ya se señaló, contiene una infracción que se sanciona per se, sin analizar la razonabilidad de la conducta, pues no existe ninguna palabra o enunciado que haga pensar lo contrario. El legislador no ha introducido ninguna causal o condición que permita justificar la infracción. Sucede lo mismo con los incisos b), c), h) e i), que no aluden a justificación alguna¹⁸

Por el contrario, el ya mencionado inciso d), referido a la concertación de la calidad de bienes y servicios, sí permite justificar la infracción, pues señala que sólo es sancionable la infracción cuando afecte negativamente al consumidor, es decir, cuando se produzca un perjuicio por la reducción en el mercado de la competencia entre empresas, y por tanto de las distintas opciones que debe tener el consumidor.

Con los incisos e), f) y g) del artículo 6 ocurre lo mismo que con los incisos a), b) y c) del artículo 5 ya analizado. En todos estos casos, de la lectura de ellos se puede desprender el uso de la “regla de la razón”, que queda establecida mediante diversas fórmulas gramaticales.

En algunos casos se utiliza la palabra injustificado o sinónimos de la misma, lo que revela que las normas no pretenden establecer una prohibición absoluta, existen ciertas conductas que a pesar de estar contempladas por la ley como infracciones, se permiten en supuestos señalados en las propias normas, abriendo el análisis a la discrecionalidad¹⁹ de la autoridad en la evaluación de los supuestos. En otros casos se incluyen expresiones como “afectar negativamente”,

¹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 701. ARTICULO 6.-** ...Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

(...)

a) la fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

b) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;

c) el reparto de las cuotas de producción;

(...)

h) la limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;

i) el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

¹⁹ Ver el punto III.5.1 de la presente resolución.

“colocar en posición desventajosa”, que aluden la racionalidad de la conducta respecto de su capacidad para causar un daño.

La Sala considera además, que sin perjuicio de las claras interpretaciones que resultan de aplicar los métodos usados (que demuestran cuál es el sistema al que se acogió en nuestra legislación), existen razones prácticas que sustentan la regla “per se” como la más adecuada para este tipo de casos, razones que se encuentran en la “ratio legis” de la norma²⁰.

Existen conductas cuyo carácter anticompetitivo es tan claro que la legislación no ha querido que las autoridades incurran en costosas y largas investigaciones para establecer su irracionalidad. En estos casos, los beneficios de la práctica para la sociedad en su conjunto no parecen claros, mientras que los costos, expresados en una reducción de rivalidad (competencia) entre las empresas como consecuencia del acuerdo resultan evidentes. Ante tales, circunstancias se declara la ilegalidad por el simple hecho de que la conducta se haya desarrollado. Así, en los acuerdos de fijación de precios no existe ninguna integración productiva de la cual se pueda derivar una mayor eficiencia que implique reducción de costos para la sociedad. Pero sí existe una reducción de rivalidad evidente que afecta el derecho de los consumidores de participar en el proceso de formación de precios. De esta forma, su carácter de infracción “per se” ahorra costos y concede lógica al sistema.²¹

²⁰ La “ratio legis” es la razón de ser de la norma, y se obtiene utilizando el método lógico de interpretación (Rubio, Marcial. Op. Cit., pág. 264).

²¹ Esto ha llevado a considerar que sólo los llamados acuerdos de precios “desnudos” (“naked cartels” según la jurisprudencia norteamericana) sean considerados “per se ilegales”. Ello no sucede, por ejemplo, con un contrato de asociación profesional (como es el caso de un estudio de abogados) o con un “joint venture”, que pueden llevar implícito un acuerdo de precios entre los integrantes. En el caso del estudio de abogados, sus integrantes cobran una tarifa común y el “joint venture” produce un bien o presta un servicio a un precio o con contraprestación pre establecidos; pero en tales casos no se trata de un acuerdo aislado (“desnudo”) sino de un acuerdo complementario del cual la fijación de un precio común es sólo una decisión suplementaria. Esto es conocido por la doctrina norteamericana como la “ancillary doctrine”, que establece que no es “per se” ilegal un acuerdo de precios que complementa alguna forma de integración entre competidores reales o potenciales. En tales casos lo que corresponde es aplicar la llamada “regla de la razón” (Bork, Robert “The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself” The Free Press: New York, 1978, p. 479).

En este sentido, en la Resolución N° 206-97-TDC emitida el 13 de agosto de 1997 en el procedimiento seguido por Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. con Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. sobre reparto de mercado y concertación de precios, la Sala aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

- i) los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;
- ii) las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;

Así, es correcto el uso de la regla “per se” hecho por la Comisión al emitir su pronunciamiento. Asimismo, si bien el análisis de los efectos hecho por la Comisión (que utiliza el doctor Flint en sustento de su posición) no era necesario para determinar la existencia de infracción a la norma, sí es relevante para definir su gravedad y, en virtud de ello, la sanción aplicable, tal como sucedió en el caso de la resolución apelada, cuando declara:

“En consecuencia, los acuerdos y prácticas que han sido acreditados en el expediente, han tenido como objeto o **efecto** limitar la competencia en el mercado del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao, impidiendo el libre juego de la oferta y la demanda perjudicando a los consumidores y otros competidores”

“...las infracciones cometidas ...deben ser calificadas como muy graves, teniendo en cuenta: a) **los perjuicios sufridos por los consumidores, quienes se han visto forzados a incrementar sus gastos para adquirir la carne de pollo;** b) **la importancia del pollo en la canasta básica de consumo** - representa 7.9% del gasto total en alimentos;...d) la dimensión geográfica del mercado afectado: en el Mercado de Lima Metropolitana y el Callao se comercializa 65% de la producción nacional de pollo carne; e) el porcentaje de participación en el mercado de las empresas involucradas - aproximadamente 80% del mercado; f) **los beneficios extraordinarios obtenidos por las empresas involucradas en base al desarrollo de prácticas restrictivas de la competencia;** g) **el daño causado a los competidores tanto potenciales como efectivos;...**” (el resaltado es nuestro).

Estas conclusiones se sustentan en el análisis de numerosas cifras y cuadros incluidos en el Informe Técnico, y en el propio texto de éste último y de la resolución.

Por tanto, aún si se considerara que debió aplicarse la “regla de la razón” y que por tanto debió haberse tomado en cuenta el daño o perjuicio a los consumidores y al sistema de mercado en general (supuesto que la Sala no comparte), la resolución tampoco podría ser revocada por esta razón, pues en ella se realiza un examen concreto de la situación del mercado y de los efectos perjudiciales sufridos por los consumidores.

Así, la aplicación de otros métodos de interpretación conduce a una conclusión consistente con la derivada de la interpretación histórica, es decir que la concertación de precios es una práctica considerada “per se” ilegal.

Bajo tal perspectiva, los análisis y estudios elaborados por el señor Carlos Paredes que constan en el expediente, presentados para analizar los posibles efectos económicos de la concertación de precios en el mercado investigado, no aportan a la determinación de la legalidad o no de la conducta.

Así, respecto de la práctica, el señor Paredes sostiene que:

iii) los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia. De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal.”

“...para sancionar el comportamiento de las empresas avícolas bajo análisis, **se requiere comprobar que su comportamiento ha ido en detrimento del consumidor.**”²²

“...es evidente que una coordinación de acciones tendientes a estabilizar el precio del pollo, supuesto negado en el caso bajo estudio, no debería ser tildada de **perjudicar al consumidor**”²³

“Aún si se aceptara por un momento el supuesto que hubo intención - **ingenua** - de manipular los precios por parte de los productores avícolas, es importante contestar a la pregunta sobre si ¿este objetivo fue logrado? La evidencia mostrada no prueba en absoluto que la supuesta concertación haya afectado el comportamiento de los precios”²⁴

Sin embargo, la Sala considera que la posibilidad de concertar y tener éxito (dejando de perder lo que se hubiera perdido en condiciones de competencia, por ejemplo) en el corto o en el mediano plazo en un mercado como el analizado, están siempre presentes, a pesar de que en el largo plazo el mercado pueda tornar en ineficaces los acuerdos. Así lo señala Peter Pashigan, Profesor de la Escuela de Negocios de la Universidad de Chicago:

“...los persistentes esfuerzos por formar y volver a formar carteles indican que los beneficios a corto plazo de un precio por encima del competitivo son lo suficientemente grandes en algunas industrias como para justificar el esfuerzo. Las empresas pueden formar un cartel por el beneficio de monopolio a corto plazo, aunque reconocen de antemano que el acuerdo fracasaría a largo plazo”²⁵

Según ello, no sería necesariamente irracional concertar respecto de los términos de la comercialización del pollo, sin perjuicio de que esta apreciación tampoco aporta a la determinación de la legalidad o no de la práctica. Tal como se expuso anteriormente, la decisión de imponer o no una sanción debe tomarse al margen de los efectos concretos de los acuerdos adoptados o de la demostración del éxito o fracaso del cartel; sin embargo, ello sí deberá ser tomado en cuenta para determinar la cuantía de dicha sanción.

III.2 Los medios probatorios que se pueden emplear en los procedimientos administrativos por infracción a la Ley de Libre Competencia y el uso de sucedáneos de los medios probatorios.

Como fundamento de sus impugnaciones, las distintas empresas y entidades investigadas en el presente proceso han cuestionado que existan medios probatorios que acrediten las conductas que les han sido imputadas. En

²² Paredes, Carlos “Análisis económico del Informe de Investigación sobre la presunta Concertación de Precios del Pollo realizada por la Comisión de Libre Competencia”, pág. 1.

²³ Op. Cit., pp. 2-3.

²⁴ Op. Cit., páginas 3, 7 y 11.

²⁵ Pashigan, Peter. “Teoría de los Precios y Aplicaciones”, p. 373.

particular, varias de las procesadas han cuestionado que proceda el empleo de sucedáneos de los medios probatorios para estos propósitos, y otras, cuestionan la forma en que estos auxilios probatorios han sido utilizados en la resolución apelada y en el Informe Técnico en que ésta se sustenta.

Un primer aspecto que debe ser anotado es que, ni el Informe Técnico de la Secretaría, ni la resolución de la Comisión, se basan únicamente en medios sucedáneos, sino que también se sustentan en documentos y declaraciones que constituyen pruebas directas de varios de los hechos materia del procedimiento.

En lo que concierne al uso de sucedáneos de los medios probatorios, cabe señalar que las leyes que regulan la actividad probatoria en los procedimientos administrativos, en particular aquéllos tramitados ante los órganos funcionales del Indecopi, permiten la actuación de pruebas instrumentales, periciales y de inspección que tengan pertinencia con la cuestión que se discute²⁶ y, además, facultan a las Comisiones y Oficinas del Indecopi para requerir y actuar todo tipo de documentos, así como para citar e interrogar a las partes, sus representantes o terceras personas²⁷. Pero, adicionalmente, nuestro sistema legal permite el empleo de los sucedáneos de los medios probatorios - esto es, de auxilios, establecidos por la ley o asumidos por el juzgador, para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos²⁸-, que están regulados en el Código Procesal Civil y cuya aplicación es supletoria al procedimiento administrativo en virtud de la Primera Disposición Final de dicho código²⁹.

Son sucedáneos de los medios probatorios los indicios, las presunciones y las

²⁶ **DECRETO SUPREMO Nº 02-94-JUS, ARTICULO 76.-** ... Se actuarán solamente las pruebas instrumentales, periciales y de inspección, que tengan pertinencia con la cuestión que se discute, y su actuación se sujetará a los reglamentos y principios del procedimientos administrativo.

²⁷ **DECRETO LEGISLATIVO Nº 807, ARTICULO 2.-** Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video.

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas.

²⁸ **CODIGO PROCESAL CIVIL, ARTICULO 275.- Finalidad de los sucedáneos.-** Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

²⁹ **CODIGO PROCESAL CIVIL, PRIMERA DISPOSICION FINAL.-** Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

ficciones legales. Para efecto del presente caso, resulta importante diferenciar los conceptos legales de indicios y presunciones³⁰, a fin de comprender cómo éstos son elementos que se complementan entre sí.

El indicio es un hecho material, mientras que la presunción es una forma determinada de razonar. En tal sentido el Profesor Devis Echandía señala que:

“La presunción (...) es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez la inferencia que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo.”

“Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, si no se le vincula a una regla de experiencia, mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquél un argumento lógico - crítico (...). Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica - crítica que lo valora.”

“El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla...”³¹

Los indicios pueden, en algunos casos, por sí solos, generar convicción plena sobre los hechos (indicio necesario) o, en otros casos, contribuir a alcanzar este resultado conjuntamente con otras pruebas e indicios (indicio contingente).

“Se entiende por indicio necesario el que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado (...) con independencia de cualquier otra prueba.

(...)

Los demás indicios serán contingentes y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidad y no en una relación lógica de certeza; pero varios de ellos (...) pueden otorgar ese pleno convencimiento.”³²

El indicio es pues un hecho que se acredita por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a la administración a utilizar (un documento, una

³⁰ CODIGO PROCESAL CIVIL:

ARTICULO 276.- Indicio.- El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

ARTICULO 277.- Presunción.- Es el razonamiento lógico - crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado.

La presunción es legal o judicial.

ARTICULO 281.- Presunción judicial.- El razonamiento lógico - crítico del juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción en torno al hecho o hechos investigados.

ARTICULO 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.- El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

³¹ Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, pp. 696, 611 y 613.

³² Ibidem, p. 627.

declaración, etc.). Probada la existencia del indicio (o hecho indicador), la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado). Negar la utilización de estos sucedáneos es negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida por la ley, mediante la aplicación supletoria del Código Procesal Civil.

En lo que concierne al ámbito específico de los procedimientos por infracción a las normas de Libre Competencia, los indicios y presunciones³³ resultan ser una herramienta particularmente importante. Por lo general, las empresas, conscientes en muchos casos de la ilegalidad de estas conductas, suelen desarrollarlas de la manera que haga más difícil su detección. Muchas decisiones no son colocadas por escrito o, si lo son, se usa un lenguaje del que no se puede derivar la intencionalidad o la manera cómo ocurrieron exactamente las cosas³⁴.

³³ Por ejemplo, en la comunidad europea es usual el empleo de presunciones para probar la existencia de prácticas concertadas. Al respecto, Bellamy y Child (BELLAMY Christopher y Graham CHILD. Derecho de la Competencia en el Mercado Común, p. 91) señalan lo siguiente: "**Prueba de las prácticas concertadas.** Una práctica concertada debe ser probada adecuadamente, pero puede ser suficiente la prueba por presunciones. En la práctica si se prueba una conducta paralela en el mercado y un contacto entre las partes, se presumirá de inmediato una práctica concertada." En ese sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España en la denuncia de la Asociación Nacional de Industriales Envasadores y Refinadores de Aceites Comestibles (ANIERC) contra Frint España S.A. y otras, Expediente Nº 294/91, estableció que:

"Hay que tener en cuenta que es de ocurrencia corriente que para probar los acuerdos colusorios y anticompetitivos es infrecuente contar con otros medios de prueba como documentos, testigos y, menos aún, con la confesión de los acusados. Por ello ha de recurrirse a la prueba de presunciones. Lo que también ha hecho repetidamente el Tribunal de la Comunidad Europea (entre otras en las sentencias de 16 de diciembre de 1975 en el asunto Suiker, de 14 de julio de 1977 en el asunto Materias Colorantes, de 14 de julio de 1981 en el asunto A.G. Zuechner contra Bayerische Vereinsbank A.G., de 7 de junio de 1983 en el caso Hi Fi Pioneer, 21 de febrero de 1984 en el asunto Hasselblad). Lo que es preciso para usar esta prueba, como ha dicho la jurisprudencia constitucional, es que se parta de hechos básicos objetivamente acreditados y que la inferencia lógica que parte de esos hechos no sea irrazonable ni irrazonada."

³⁴ Como bien señala, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de las Competencia de España:

"...los infractores -para los cuales es mucho más rentable coludir que competir- no dejan pruebas evidentes de su mal hacer concurrencia. Antes bien procuran por todos los medios a su alcance evitar el ofrecer medios de prueba ya que son profesionales que entre sus pautas de conducta tienen que incorporar necesariamente la legislación antitrust. Así, siempre que pueden, evitan dejar rastros que permitan su persecución". (citado por CASES PALLARES, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, p. 742.)

Asimismo, Alberto Bercovitz (BERCOVITZ, Alberto. Tratado de la Comunidad Económica Europea, p. 358) expresa que: "Notables dificultades suscita la prueba de una práctica concertada, pues es frecuente que las empresas traten de suprimir todo rastro del concierto previo a la ejecución de la práctica. Por ello es preciso apoyar la prueba normalmente en indicios y presunciones sobre la existencia, basados fundamentalmente en el hecho de que el comportamiento de las partes en el mercado sea inexplicable sin partir de la existencia de algún tipo de concertación entre ellas. A tales efectos, es claro también que la prueba de contactos entre las empresas implicadas puede adquirir una gran relevancia."

Por otro lado, Guerin y Kyriazis (GUERRIN Maurice y Georgios KYRIAZIS. Carteles: Aspectos Procesales y Probatorios, en: Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia, abril 1994, p. 278) señalan:

"Este planteamiento se hallaba plenamente justificado, especialmente si se considera el claro desequilibrio existente entre los autores de un cártel secreto y las autoridades encargadas de su verificación. Los primeros poseen la prueba que demuestra la infracción de las normas de competencia, y despliegan todos los medios a su alcance para ocultar dicha infracción. Por su parte, las autoridades, a pesar de sus amplias facultades para llevar a cabo investigaciones y de su determinación de llevarlas a cabo, se encuentran muchas veces impotentes ante los sofisticados métodos de ocultación y destrucción de pruebas utilizadas por los responsables de la organización de un cartel".

Luego, los mismos autores, en la página 304, señalan:

"Además, la prueba de una práctica concertada equivalente a un cartel se obtiene generalmente de pruebas circunstanciales que salen a la luz durante las investigaciones de la Comisión. Es, por lo tanto, la combinación de estas presunciones - caso de ser precisas y pertinentes - la que casi siempre, permite por sí misma, probar la existencia de una práctica concertada, corroborada por la conducta real de las empresas involucradas (que debe ser probada) y, finalmente, tan sólo le resta al Juez comunitario determinar si las pruebas presentadas por la Comisión son

Por otra parte, la mecánica y dinámica del mercado suelen no dejar huellas claras de cómo ocurrieron los hechos³⁵. Probar negativas verbales de venta, existencia de discriminaciones o intenciones predatorias suele ser complicado por la rapidez con la que ocurren los hechos, por la evidente conducta cautelosa y defensiva de los infractores, y por lo dificultoso que es encontrar información relevante. En este sentido, la Sala ha expresado en anteriores oportunidades, refiriéndose a este tema, que:

“...si bien no se requiere encontrar una prueba concluyente, como un acuerdo firmado o una grabación de una reunión en que se acuerdan medidas que restrinjan o limiten la competencia entre las empresas que concurren en un mercado en particular, sí es necesario que las pruebas o indicios evaluados en conjunto demuestren directa o indirectamente la existencia de tal acuerdo. Así, por ejemplo, pruebas de reuniones excepcionales entre los competidores, documentación posterior en que se vigile el cumplimiento de las condiciones pactadas, lineamientos de políticas a adoptarse elaborados por un gremio que agrupa a los competidores, entre otros, podrían constituir indicios que harían presumir la existencia de un acuerdo.”³⁶

En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá en base a pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. Así, por ejemplo, puede darse el caso que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero que éste, apreciado al lado de otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción³⁷.

concluyentes.”

³⁵ “De hecho, ni la vida económica y social de las empresas, ni sus documentos o correspondencia están organizados con el propósito de establecer claras e indiscutibles pruebas que evidencien la infracción de las normas de competencia con el fin de satisfacer y facilitar la tarea de las autoridades competentes.” (Guerrin y Kyriazis, Op. Cit., p. 322)

³⁶ Ver Resolución N° 105-96, emitida el 23 de diciembre de 1996 en el procedimiento iniciado por la Comisión de Libre Competencia con Cooperativa de Transportes San Pablo y otros, a raíz de la denuncia que formuló la Municipalidad Provincial de Lambayeque, sobre concertación en los precios del servicio de transporte terrestre entre Lambayeque y Chiclayo.

³⁷ Como se ha expresado anteriormente, los indicios contingentes sólo expresan una relación de posibilidad, es decir, son presunciones que únicamente indican una probabilidad de que algo haya ocurrido. Por ejemplo, si alguien ve salir a “X” del local en el que luego se encontraría muerto a “Y”, existe una posibilidad (quizás insuficiente para formar convicción) de que “X” fuera el asesino. Pero existen también otras explicaciones razonables a este hecho (por ejemplo, la visita pudo ocurrir antes de la muerte, por algún motivo atendible). Sin embargo, si a ello se le suma el descubrimiento de una carta de “X” dirigida a “Y” amenazándolo de muerte, existe otro indicio que, analizado con el anterior, crea una mayor convicción; aún cuando todavía sea insuficiente para condenar a “X”, ya que también puede encontrarse explicaciones a este hecho (por ejemplo, puede tratarse de una broma o de una amenaza no seria o efectuada en un momento de ofuscación). Si, adicionalmente, se encontrara sangre del mismo tipo de la de “Y” en una camisa de “X”, podría entonces sumarse un indicio más en el camino de crear convicción, pero siempre se puede argumentar que se trata de una mancha ocasionada por el propio “X” al momento de afeitarse. Igualmente, la mentira sobre algún hecho, el simple silencio o la negativa a dar explicaciones, pueden ser tomados como un indicio que pruebe la voluntad de ocultar lo sucedido. De esta forma, si existen suficientes indicios como para reducir las posibles explicaciones sobre los hechos a una sucesión ilógica o casi absurda de coincidencias o casualidades, que no sea capaz de generar dudas razonables en el juzgador, entonces se puede llegar a la conclusión de que “X” mató a “Y”. Así, el análisis lógico de los indicios debe conducir a derribar toda posible “duda razonable” que pueda subsistir en la mente del juzgador.

En el presente caso, además de apreciar y valorar las pruebas directas actuadas, deben analizarse los indicios previamente acreditados utilizando el razonamiento lógico anotado. Ello implica, también, sumergir las conclusiones obtenidas de los indicios en una “prueba ácida”, constituida por un análisis contra - fáctico, es decir, buscando otras posibles conclusiones que razonablemente puedan derivarse de los indicios detectados.

La prueba indiciaria tiene, en este sentido, el mismo mérito que cualquier otro medio probatorio. Incluso mediante el uso de la prueba indiciaria podría desvirtuarse el valor probatorio de pruebas directas. Tan es así que en el proceso penal, en el que se encuentran en juego valores tan importantes como la libertad de las personas, y en dónde los principios garantistas tienen especial valor, las pruebas de cargo que sirven para condenar a los ciudadanos suelen ser pruebas indiciarias.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, en el presente caso, la Sala considera que no sólo existen indicios contingentes suficientes para presumir sin dejar lugar a dudas razonables la existencia de la práctica, sino, además, pruebas que permiten reconstruir los hechos materia de investigación en el presente proceso.

III.3 Los hechos acreditados y el análisis de las pruebas.

Antes de proceder al análisis concreto de las pruebas e indicios hallados durante la investigación en primera instancia, para luego pasar a la evaluación de los mismos a fin de determinar su valor probatorio, la Sala estima importante describir qué tipos de hechos son aquellos cuya ocurrencia debe determinar a fin de establecer si existieron o no infracciones a la ley.

El procedimiento seguido se basa en una investigación sobre la existencia de una concertación de precios. Por concertación de precios se quiere decir cualquier conducta coordinada o acordada entre las distintas entidades denunciadas dirigidas a generar determinados precios distintos a los que se presentarían en el libre juego de la oferta y la demanda. Estas conductas pueden implicar acuerdos directos sobre cuál debe ser el nivel de precio o acuerdos diferentes que tienen un objetivo análogo, como sería el caso de la distribución de mercados, restricciones de producción, destrucción o eliminación de producción para controlar la oferta, etc. Evidentemente todas estas acciones son perfectamente legítimas cuando una empresa las desarrolla por separado de las otras, en función de su propia evaluación de las condiciones de mercado. Una empresa es libre de fijar de manera independiente los niveles de precios a los cuales desea vender sus productos, o la cantidad que va a producir o el lugar donde va a vender. Lo que está penado por ley es cuando estas decisiones no son tomadas de manera independiente y por separado por cada empresa, sino que hayan sido adoptadas de manera conjunta mediante acuerdos, recomendaciones o decisiones coordinadas.

Estos acuerdos afectan directamente la libertad de elección de los consumidores y por tanto la ley ha determinado su ilegalidad *per se*. Las concertaciones restrictivas de la libre competencia son sancionables por sí mismas, precisamente porque restringen la producción haciendo que, por ejemplo, menos consumidores tengan acceso a los productos o que se eleven los precios, forzándolos a pagar más de lo que hubieran pagado en condiciones de normal funcionamiento de la libre oferta y demanda.

La relación entre acuerdos que reducen o aumentan la producción y la concertación de precios es evidente. Si los concertadores desean subir el precio deben hacer que disminuya la cantidad ofrecida, pues a menor cantidad ofrecida (escasez artificial) mayor será el precio. Por eso muchos acuerdos de fijación de precios tienen precisamente la forma de restricciones de producción (acuerdos sobre volúmenes a producir o eliminación de llamados excedentes o "sobreoferta", etc.).

Esto no quiere decir que sólo los acuerdos para aumentar precios son sancionables. Los acuerdos para bajarlos también lo son, pues implican una manipulación que distorsiona el normal funcionamiento del mercado. Los acuerdos para reducir precios pueden tener diversas finalidades como, por ejemplo, la finalidad de restringir la entrada de nuevos competidores, estabilizar el mercado para hacer viable una elevación posterior del precio mediante la eliminación de los excedentes existentes, o simplemente producir cambios artificialmente, pues no se deja que el precio se reduzca por decisión individual de los participantes, sino que se controla su bajada para evitar mayores pérdidas.

En el caso investigado, se encuentra presente además el tema de la concertación del peso del pollo. Dado que el pollo se vende por kilos, y no por unidad, un sobrepeso generará presiones para la baja del precio del pollo. Por ello, es necesario, para tener éxito en cualquier acuerdo en este mercado, controlar el peso promedio del pollo mismo.

Para tal efecto, las pruebas actuadas pueden arrojar conclusiones sobre el tipo de conductas descritas, por medio de las reglas de la sana crítica y el análisis lógico de los elementos de prueba e indicios acreditados en el expediente.

Como ya se ha dicho, se debe dar especial peso en el análisis a los contactos entre las empresas, que como decían Bellamy y Child³⁸, permitiría presumir un acuerdo si viene seguido de un comportamiento paralelo en los precios. Asimismo, se deben analizar con cuidado los documentos encontrados, las declaraciones de las partes, y todo otro medio probatorio pertinente, usando los criterios teóricos de valoración de la prueba y utilización de los indicios señalados con detalle en la presente resolución.

³⁸ Ver nota al pie Nº 33.

III.3.1 La restricción de la competencia en el mercado del pollo.

Se le imputa a las empresas y entidades investigadas en el presente proceso, en su mayoría integrantes del CPPC, haber acordado implementar distintas prácticas destinadas a restringir la competencia en el sector avícola durante el período comprendido entre mayo de 1995 y julio de 1996.

En este lapso, según la resolución impugnada y el Informe Técnico que le sirvió de base, se habrían adoptado una serie de acuerdos que tenían la finalidad común de restringir la competencia entre las empresas, y hacer frente a distintas coyunturas que se iban presentando en el mercado, de manera conjunta e ilegal. Así, por ejemplo, en determinados momentos, los acuerdos adoptados habrían buscado amortizar o reducir las pérdidas que habían previsto que se producirían, eliminando de manera conjunta los excedentes de producción y haciendo descender concertadamente los precios para incentivar el consumo. En otros momentos, por el contrario, los acuerdos habrían estado dirigidos a restringir la oferta de pollo en el mercado (restringiendo los niveles de crianza o acordando pesos y unidades a ser colocados en el mercado), a fin de elevar los precios de este producto.

A continuación se debe determinar cuáles de las imputaciones referidas han sido acreditadas con las pruebas que obran en el presente proceso. Para ello se utilizará como marco conceptual la teoría de los indicios descrita en el punto III.2. De esta manera, se hará referencia a distintos documentos hallados por la Secretaría Técnica de la Comisión durante su investigación y a declaraciones de funcionarios de las entidades y empresas investigadas, los que servirán para probar todos los *indicios* relevantes (sean estos contingentes o necesarios). Una vez que éstos se consideren acreditados, se los interpretará conjuntamente, para luego realizar razonamientos deductivos basados en las reglas de la experiencia (*presunciones*), que llevarán a concluir la existencia o no de las imputaciones mencionadas (*hechos indicados*).

III.3.1.1 La comisión de estadística.

En el Acta de la sesión del CPPC del 5 de abril de 1995, se consigna que el Ingeniero Pedro Mitma (representante de Molinos Mayo):

“sugirió que a partir de las próximas sesiones, la Comisión de Trabajo de Estadísticas conformada por el Ing. Víctor Izaguirre, Señor Fernando Cáceres y el Señor Alex Campos, proporcionen los avances”.

Conforme lo han reconocido los representantes de diversas de las empresas investigadas, esta Comisión efectivamente fue activada y se encargó de preparar una serie de estudios respecto de las perspectivas del sector para los siguientes meses que fueron presentados y discutidos en las siguientes sesiones del Comité. En particular, cabe destacar que los representantes de las empresas investigadas han reconocido en los informes orales llevados a cabo ante la Sala, al igual que el

propio señor Izaguirre³⁹, que éste estuvo encargado de elaborar los estudios que se presentaron y discutieron en las sesiones del Comité del mes de abril de 1995.

Así, un primer tema a dilucidar es cuál era la finalidad por la que se encargó la realización de dichos estudios y cuál fue el uso que finalmente se les terminó dando.

Como se verá más adelante estos estudios contenían información y datos que podían ser utilizados como base para tomar acuerdos referidos a qué cantidad convenía producir a las empresas de manera total y cuáles eran los niveles de precio y peso comunes que podían contribuir a mejorar la situación de las empresas involucradas.

Sin embargo, este uso de la información no se deduce de la sola constitución del Comité (que constituye un indicio contingente), por lo que éste indicio debe ser interpretado junto con otros indicios y pruebas. Ello puede llevar a confirmar o descartar que la recopilación y análisis de la información, sea prueba de los comportamientos anticompetitivos imputados.

III.3.1.2 El análisis del mercado y la discusión sobre las alternativas de solución.

En el Acta de la sesión del CPPC del 13 de abril de 1995, se consigna que:

“[se] presentó a los presentes la Proyección de la Producción de Pollito BB Carne Periodo Abril de 1995 - Setiembre de 1995. Respecto a este punto el equipo de trabajo que viene elaborando estas cifras propondrá las **distintas alternativas que podrá adoptar el sector**” (el resaltado es nuestro).

Nótese que se hace referencia a las “alternativas que podrá adoptar el sector”, es decir, alternativas conjuntas y no aisladas, pues se alude al “sector” como un todo y respecto a “adoptar” estas alternativas, es decir, a hacerlas suyas.

El documento (“Proyección de la Producción de Pollito BB Carne Periodo abril de 1995 - setiembre de 1995”) y el gráfico (“Producción Real y Teórica de Pollos BB Carne”) que fueran presentados en esta reunión, fueron hallados en el local de la APA y en los locales de distintas empresas. En ellos se proyectaba que la producción nacional de pollo BB carne llegaría a 22 millones en el mes de setiembre, señalándose que:

“(…) Como se puede ver en la Producción Teórica de Pollo BB a partir del mes de Marzo tiene una franca tendencia creciente. En la curva de 8 meses pasa de 17 millones en Febrero a 18 millones en Marzo, 19 millones en Abril, 20 millones en Mayo, 21 millones en Junio y sigue aumentando hasta llegar a los 22 millones en Setiembre.

Si se cumpliera esta proyección tendríamos un grave problema en el mercado, por la

³⁹ Sobre este punto, al responder a una pregunta del Presidente del Tribunal durante el Informe Oral realizado el 7 de julio de 1997, el señor Izaguirre señaló:

“Yo estuve trabajando en una comisión estadística. La idea era de poder proveer de una información sobre la situación y perspectivas a todos los avicultores, entonces la primera presentación que yo hice, hice una proyección”.

sobreproducción que se presentaría. El mercado absorbe sin dificultad solo unos 17.5 millones de pollos BB.

No hay que olvidar que una baja en el precio en granja de S/. 0.10 céntimos de Nuevo Sol en un mes, representa un menor ingreso de las empresas avícolas de aproximadamente US\$ 1'500,000 Dólares.” (el resaltado es nuestro).”

De la lectura de estos documentos se puede deducir que en este momento, las empresas integrantes del CPPC tenían conocimiento que en los meses siguientes se produciría una “sobreproducción”⁴⁰ de pollo comercializado vivo, que conllevaría a una reducción de los precios lo que representaría para ellas un menor ingreso.

El lenguaje utilizado demuestra una preocupación común de los asistentes y una valoración conjunta de las consecuencias de la “sobreproducción” anunciada. En particular se menciona una pérdida “*para las empresas avícolas de aproximadamente US\$ 1'500,000*”. En el mismo documento se indica que “*...tendríamos un grave problema...*”. Esta última afirmación, colocada en condicional, primera persona en plural, indica que un “problema” se avecina para todos en conjunto, y que potencialmente algo se puede hacer para evitarlo. Si bien esta parte del documento, por sí sola, no prueba la existencia de un acuerdo, sí indica la identificación de un problema que constituye una clara motivación para concertar y así evitar las consecuencias de la llamada “sobreproducción”. La preocupación mostrada en el documento fue asumida por los avicultores, como lo demuestra el hecho que el tema fue objeto de agenda y discusión en varias de las reuniones subsiguientes.

Hasta este punto se cuenta con elementos que hacen pensar en la existencia de una problemática común identificada por las propias empresas. Este es, pues, un indicio contingente que se suma a los anteriores.

Por otro lado, en el Acta de la sesión del CPPC del 19 de abril de 1995, se consigna que:

“Se dio (sic) un amplio informe respecto de las **alternativas de solución** a la sobreoferta de Pollos de Carne” (el resaltado es nuestro).

Consignar esa afirmación, en particular la referencia a “*alternativas de solución*” respecto de una “sobreoferta” y luego que en una reunión anterior haya quedado bastante clara la preocupación por la situación, indica la existencia de un interés común por adoptar una “solución” conjunta al problema.

En uno de los documentos encontrados dentro de los archivos del CPPC y de diversas empresas, que fuera distribuido y discutido en la sesión referida,

⁴⁰ El término “sobreproducción” es relativo. La afirmación implica que habrá más pollo que el deseado por los productores, pues la cantidad ofertada presionará el precio de tal manera que éste baje, reduciendo los ingresos de las empresas. Sin embargo, para el consumidor esa abundancia es buena, porque precisamente implica más pollo a menos precio. En ese sentido, debe entenderse que es una “sobreproducción” en relación al interés de las empresas avícolas y no del mercado ni de los consumidores.

denominado “Determinación de Excedentes de Pollos BB Carne en los próximos meses”, se consigna el nivel de excedentes esperados para los meses de junio a noviembre de 1995. Dichos excedentes eran los siguientes:

“DETERMINACION DE EXCEDENTES DE POLLOS BB CARNE
EN LOS PROXIMOS MESES

MES VTA	MES NAC	CARGA POLLO BB MILLONES	POLLO BB IMPORTADO MILLONES	POLLO BB EXPORTADO MILLONES	EXCEDENTE MILLONES
MAR	ENE	17.400			
ABR	FEB	17.544	(0.649)		
MAY	MAR	17.903	(0.454)		
JUN	ABR	19.335	(0.854)	0.400	1.789
JUL	MAY	20.145			2.145
AGO	JUN	21.029			3.029
SET	JUL	21.277			3.277
OCT	AGO	21.581			3.581
NOV	SET	21.967			3.967”

En otros documentos que fueron presentados y discutidos en la reunión del 19 de abril - titulados “Crisis por Sobreproducción de Pollos BB carne (Valoración de las Alternativas de Solución)” y “Caso Hipotético de un Incremento de 290,000 Pollos BB en la Colocación Nacional”-, hallados en el local del APA y en el de distintas empresas, se analiza la curva de demanda del pollo vivo en el CADA-LM y se valoran (cuantifican) las pérdidas que representaría adoptar una serie de alternativas. El contenido de estos dos documentos da una idea bastante clara de qué es lo que en concreto se discutió como “alternativas de solución” a la “sobreoferta”, tal como se menciona en el texto del Acta correspondiente (“*Se dió (sic) un amplio informe respecto de las alternativas de solución a la sobreoferta de Pollos de Carne*”). Dichos documentos señalaban lo siguiente:

“CASO HIPOTETICO DE UN INCREMENTO DE 290,000 POLLOS
BB
EN LA COLOCACION NACIONAL

VALORACION DE LAS PERDIDAS SEGUN ALTERNATIVAS. LAS PERDIDAS SE EXPRESAN EN SOLES POR MES.	S/. POR MES
VENDER POLLO VIVO = $(17'300,00 + 290,000) * 0.95 * 2.2 * 0.1$	= 3,676,000
BENEFICIAR EL EXCESO DE POLLO = $290,000 * 0.95 * 2.2 * 0.65$	= 394,000
ELIMINAR POLLOS BB = $290,000 * 0.60$	= 174,000
ELIMINAR H.F. DE POLLOS BB = $290,000 / 0.85 * 0.40$	= 136,000
SACAR EL EXCESO DE REPRODUCTORAS = $290,000 / 13 * 3.5 * 0.7$	= 55,000
EXPORTAR H.F. DE POLLOS BB	= 136,000

EXPORTAR POLLO BB	= 174,000
EXPORTAR POLLO BENEFICIADO	= 144,000
-----	-----
DISMINUIR LA IMPORTACION	
REDUCIR LA CARGA	
SELECCIONAR"	

Del documento en cuestión se pueden obtener algunas conclusiones. La principal es que se presentaron distintas posibles alternativas de cómo enfrentar la "sobreoferta" de pollo vivo, y que cada una de las alternativas ha sido valorada (en términos del costo o pérdida que significa) para el sector en su conjunto. Es importante destacar que estas alternativas sólo tienen sentido si es que van a ser implementadas de manera conjunta. Si una sola empresa beneficia el exceso, elimina pollos BB, elimina huevos fértiles o saca el exceso de reproductoras, las otras empresas podrían cubrir lo dejado de producir por la primera, con lo que la alternativa generará solo perjuicios para quién la ejecuta y no tendrá efectos en la llamada "sobreoferta". Para poder dar solución al "problema de la sobreoferta", todas o la mayoría de las empresas deberán seguir las alternativas de solución planteadas. Esto se deriva de un simple análisis lógico - crítico basado en las reglas de la experiencia, en particular, teniendo en cuenta cómo normalmente tomarían sus decisiones los agentes económicos ante estas propuestas. Así, las cifras son valores agregados, no cifras aplicables a una sola empresa. Son valores que ayudan a combatir la "sobreoferta", pero sólo en la medida en que las alternativas sean adoptadas por la industria en general.

Es de destacar que en el análisis que se efectúa de la primera alternativa citada (Vender Pollo Vivo), los valores indicados en la fórmula para calcular el costo total incluye la caída del precio en 10 céntimos (0.1), lo que demuestra la preocupación por el efecto de la sobreoferta en el precio. Ello coincide además con los 10 céntimos a los que se refería el documento "Proyección de la Producción de Pollito BB Carne Periodo abril de 1995-setiembre de 1995" ya citado. En consecuencia, el documento analizado guarda coherencia con la hipótesis que se desprende de los demás documentos en cuanto había una preocupación del sector ante la "sobrepducción", aparejada de una búsqueda conjunta de alternativas de solución.

Para ilustrar los pormenores de la sesión del 19 de abril de 1995, y confirmar las apreciaciones y análisis efectuados, resulta gráfico el memorándum N° 223-95, fechado el 24 de abril de 1995 por medio del cual el ingeniero Italo Marchand Grimaldo, gerente de comercialización en Lima de Avícola El Rocío S.A. que asistió a la reunión, informa al señor Rafael Quevedo B., director de dicha empresa, el contenido de esta reunión:

"En la última reunión del Comité de Productores de Pollo Carne, hizo una exposición el Señor

Víctor Eyzaguirre⁴¹ (sic) sobre la crisis que puede ocurrir con la sobreproducción de Pollo B.B. Carga la cual te estoy adjuntando.

Las medidas correctivas que se piensan tomar en caso que los datos de carga se verifiquen son las siguientes:

1.- Tratar de venderle huevos fértiles pollo B.B. a las Compañías que están importando, que por el momento son:

- | | |
|-----------------------|------------------------|
| a) ROSMAR S.A. | c) MOLINOS MAYO |
| b) CORPORAC. GANADERA | d) MOLINERA SAN MARTIN |

2.- La segunda medida sería un congelamiento de pollos para aquellas integraciones cuyo promedio pase de 2.30 Kgs.

3.- La eliminación de reproductoras para aquellas integraciones que se pasen del **peso acordado**.

Estas son las medidas que se van a discutir en la reunión del día Miércolesde (sic) los corrientes." (el resaltado es nuestro)

Lo señalado en el documento de Italo Marchand permite, a la luz de los otros documentos citados, llegar a algunas conclusiones importantes. En primer lugar se hace referencia clara al Informe de "alternativas de solución" presentado por el señor Izaguirre, ya analizado. En segundo lugar se habla de "...medidas correctivas que se piensan tomar..." y que coinciden con algunas de las alternativas más baratas propuestas por el señor Izaguirre en el documento presentado por él en la reunión, en particular reducir el número de huevos fértiles, beneficiar pollo (que luego sería congelado) y eliminar reproductoras. Nótese que en el caso de eliminación de reproductoras esto se produciría para las integraciones que superaran el "peso acordado". El término "acordado" se refiere evidentemente a un consenso de voluntades para la adopción de la medida, y no a una actuación independiente de las distintas empresas. Se hace referencia a que tales medidas serían discutidas el día miércoles, lo que coincide con la fecha en la que se realizó la siguiente reunión de CPPC, es decir el 26 de abril, que fue un día miércoles.

Se ha señalado por las empresas avícolas⁴² que el memorándum mencionado es la opinión de un funcionario de una sola de las empresas y que, en consecuencia, no los puede comprometer. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que documentos internos de empresas que comprometen a otras deben ser evaluados con cuidado y tienen un valor probatorio especial.

En efecto, si dichos documentos comprometen también a la empresa que los emitió, es difícil explicar qué motivaciones pueden existir para involucrar deliberadamente a

⁴¹ Se refiere evidentemente al señor Izaguirre, llamado equivocadamente Eyzaguirre en el documento.

⁴² Durante los informes orales rendidos el 7 de julio de 1997, el representante legal de Redondos S.A. señaló lo siguiente: **"DOCTOR FERNANDO RAVENTOS:** (...) el hecho de que Redondos S.A. pertenezca a la Asociación de Avicultura, asista a sus reuniones, intercambie información, converse, no significa que esté en una infracción, no significa que esté en una concertación. Las pruebas que menciona la Comisión, son por ejemplo, un memorándum de Avícola El Rocío S.A. Que Avícola El Rocío S.A. responde. Claro, si en un memorandum de Avícola El Rocío S.A. dice tal cosa, por qué Redondos va a ser culpable. (...)"

otros en un acto ilícito, si de esta manera uno mismo se inculpa, perjudicándose. Por ello, esta prueba debe analizarse conjuntamente con los otros indicios encontrados, para dilucidar si en el caso del memorándum 223-95 bajo análisis, la conclusión que se extrajo de él parte de una mentira o de una mala interpretación de quien lo escribió; o si efectivamente refleja el proceso de formación de una voluntad concertada por todos los asistentes. Así, la tesis de la mentira o el error, sostenida por las empresas avícolas, no es consistente con otros documentos citados en esta resolución que coinciden con el contenido del memorándum. Adicionalmente, en relación a la tesis de la mentira, no se puede explicar las razones por las cuales un funcionario habría mentado en perjuicio de su propia empresa, más aún, si ninguna de las partes afectadas ha cuestionado dicho documento.

De una lectura en conjunto de los documentos presentados y discutidos en la reunión del 19 se puede deducir que las empresas agrupadas al interior del CPPC estudiaron la posibilidad de adoptar varias medidas, las mismas que sólo tenían sentido si se adoptaban por parte de todas ellas para hacer frente al problema de la llamada “sobreproducción”. Adicionalmente, de la lectura de dichos documentos, conjuntamente con el memorándum del ingeniero Marchand, se concluye que, cuando menos tres de las medidas propuestas tuvieron acogida entre los asistentes a la reunión: reducir la importación de huevos fértiles de pollo BB, congelar el excedente de producción y eliminar el exceso de gallinas reproductoras.

Asimismo, una lectura integral de los documentos y del memorándum del ingeniero Marchand, permite concluir que se discutió que estas medidas tendrían que ser adoptadas por todas las empresas, en tanto en este documento se detalla la existencia de un peso “acordado” que de ser superado obligaría a las integraciones a congelar y eliminar reproductoras.

Tal como ya se ha señalado, la reunión del “día miércolesde (sic) los corrientes” a la que hace referencia el ingeniero Marchand en su memorándum, se llevó a cabo el miércoles 26 de abril de 1995. En el acta de esta reunión se consigna lo siguiente:

“4.- El Señor Héctor Pachas dió (sic) un Informe Técnico respecto a los siguientes puntos:

- Comparativo semanal
- Ventas totales a través del CADA
- Precios de mercado de carnes y otros
- Peso promedio

5.- Se dió (sic) una exposición respecto al comportamiento de los pesos promedio, tomando los siete días de la semana, hallando el rango de peso vivo, así como el promedio diario.”

Los documentos materia de las exposiciones del 26 de abril fueron hallados en el local del APA y en los locales de diversas empresas. Uno consistía en gráficos que ilustraban el comportamiento del promedio y rango del peso del pollo vivo del 12 de febrero de 1995 al 23 de abril de 1995. El otro, denominado “Datos Para Elaborar el Gráfico de Control X-R del Peso del Pollo”, contenía cálculos para determinar el peso promedio ideal del pollo.

Como ya se señaló, evaluando estos documentos conjuntamente con el memorándum del ingeniero Marchand, que señala que las “medidas correctivas” que se pensaban tomar, y que se discutirían nuevamente el día 26, incluían “un congelamiento de pollos para aquellas integraciones cuyo promedio pase de 2.30 Kgs” y la “eliminación de reproductoras para aquellas integraciones que se pasen del peso acordado”, se concluye que los documentos presentados en esta reunión fueron diseñados como base de un acuerdo para intentar controlar el peso de venta del pollo vivo. Como se ha analizado, existe una evidente relación entre el precio y el peso del pollo, por lo que la concertación requería acuerdos sobre ambas variables.

El 28 de abril de 1995, los directivos del CPPC remitieron cartas a las distintas empresas que integraban el Comité (cuyos cargos fueron encontrados en los archivos del CPPC), solicitándoles:

“con carácter de urgencia (...) su producción de Pollo BB Carne ejecutada al mes de Abril, y la proyectada del periodo Mayo a Diciembre de '95”, la cual debía ser remitida “máximo el día martes 02.05.95 a las 11 am.”

Del contexto en que fueron enviadas estas cartas se puede deducir que en los días siguientes a la reunión del 26 de abril, los directivos del CPPC se dedicaron a reunir una serie de información de las empresas avícolas a fin de poder proyectar con mayor exactitud la producción de pollo BB carne para el año 1995. Así esta solicitud es perfectamente consistente con ir afinando las posibles “alternativas de solución” o “medidas correctivas” mencionadas en los diversos documentos señalados.

La proyección de la producción para el año 1995, en base a la información remitida por las empresas avícolas, se plasmó en un documento referido al mercado del pollo vivo en Lima Metropolitana y Callao (en adelante el mercado) titulado “Estimación del Mercado de Pollo Vivo en el CADA-LM Meses: Mayo - Junio 1995”, manuscrito firmado por el señor Víctor Izaguirre (miembro de la Comisión de Trabajo de Estadísticas), fechado el 2 de mayo de 1995, el mismo que fue encontrado en los archivos del CPPC. En este documento, luego de hacer una estimación del volumen de excedentes en los meses siguientes, se señala lo siguiente:

“B) MEDIDAS CORRECTIVAS PARA EQUILIBRAR EL MERCADO

MES	EXCEDENTE(CADA) # POLLOS	EXCEDENTE (PERU) # POLLOS	MEDIDAS
MAYO	208, 600	695, 300	Congelar +
JUNIO	516, 000	1 720, 000	Congelar +”

El mismo documento fue encontrado transcrito en los archivos magnéticos del APA y habría sido creado el 2 de mayo, es decir, el mismo día para el que se había solicitado con “carácter de urgencia” la información a las empresas. En dicho documento se introdujeron algunas modificaciones, reemplazándose “Congelar +” por “beneficiar el exceso de pollo, eliminar pollos BB, eliminar huevos fértiles de pollos BB, sacar exceso de reproductos” (sic).

Nuevamente, se debe analizar esta documentación de manera conjunta con el memorándum del ingeniero Marchand, en el cual se detallan “*las medidas correctivas que se piensan tomar en caso que los datos de carga se verifiquen*”. Ello lleva a concluir que los cuadros que se elaboraron en base a la información requerida a las empresas avícolas, tenían por finalidad verificar la carga de pollo BB carne existente en el mercado, a fin de poder decidir al interior del CPPC si se adoptarían o no las medidas discutidas en las sesiones del mes de abril de 1995 ya citadas.

Así, todos los medios probatorios mencionados acreditan la existencia de indicios (o hechos indicadores) que analizados globalmente, permiten concluir que las empresas habían identificado un problema común y que venían discutiendo una solución común; encontrándose en proceso de recolección de información, análisis de propuestas y negociación de acuerdos que precisen y afinen las “*alternativas de solución*” o “*medidas correctivas*”.

III.3.1.3 El acuerdo.

Los días 3 y 4 de mayo de 1995, los representantes de Molinos Mayo S.A., Avícola San Fernando S.A., Molinera San Martín de Porres S.A., Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez (Georbe), Avícola El Rocío S.A., Avícolas Asociadas S.A., Alimentos Protina S.A., Redondos S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., El Palomar E.I.R.L., Corporación Ganadera S.A., y Agropecuaria Contán S.A., se reunieron en el CPPC⁴³.

En el Acta de la sesión del CPPC del 3 de mayo de 1995, se consigna que “*Se hizo una exposición respecto a la estimación del mercado de Pollo vivo, para los meses de Mayo y Junio*”. Si bien el acta no da mayor detalle, lo discutido se puede deducir del documento titulado “*Estimación del Mercado de Pollo Vivo...*”, elaborado por el señor Izaguirre en base a la información remitida por las empresas avícolas, en el cual se verificaba “*los datos de carga*” que se venían discutiendo en las reuniones anteriores y respecto de los cuales se había pedido información a las empresas.

⁴³ Conforme se desprende de las Actas y de las hojas de “Control de Asistencia”, las empresas cuyos representantes participaron en las reuniones de los días 3 y 4 de mayo de 1995 son las siguientes:

EMPRESA	3 DE MAYO	4 DE MAYO
Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez (GEORBE)	Apolonio Suárez	Apolonio Suárez
Molinos Mayo S.A.	Pedro Mitma	---
Avícola San Fernando S.A.	Fernando Ikeda	Fernando Ikeda
Molinera San Martín de Porres S.A.	Julio Vidal	Julio Vidal
Avícola El Rocío S.A.	Italo Marchand	Italo Marchand
Avícolas Asociadas S.A.	Carlos Quirós	Carlos Quirós
Alimentos Protina S.A.	Raúl Ramos	Raúl Ramos
Redondos S.A.	Julio Favre	José Vera
Avícola Galeb S.C.R.L.	Marko y Orlando Burin	---
El Palomar E.I.R.L.	Victoriano Choy Kay	---
Corporación Ganadera S.A.	Rafael Bellido	Rafael Bellido
Agropecuaria Contán S.A.	Paulino Soto	Paulino Soto

Asimismo, en el acta de la reunión del 3 de mayo se consigna que se “*acordó encargar al Señor Rafael Bellido, la elaboración de un Proyecto de conformación de una empresa comercializadora de Pollos congelados*”. Debe notarse la relación que este acuerdo guarda con la discusión de la alternativa de beneficiar pollos y congelarlos mencionada en los distintos documentos citados, en particular en el memorándum del señor Italo Marchand. Congelar pollos era una alternativa a vender pollo vivo, que implicaba sacar el pollo del mercado vía congelamiento a fin de controlar la oferta existente. De los distintos documentos presentados por el señor Izaguirre se desprende que era una alternativa menos costosa para las empresas que vender el pollo vivo.

Nuevamente, un memorándum (N° 242-95 de fecha 03 de mayo de 1995), dirigido por el ingeniero Italo Marchand al señor Rafael Quevedo B., es útil para conocer los pormenores de esta reunión. En dicho documento se señala lo siguiente:

“En la reunión habida en el Comité de Productores de Pollos el día Miércoles 03 de los corrientes, se trataron puntos de suma importancia:

- 1.- Mantener un peso promedio estandarizado. Moción que **fue aprobada por unanimidad**.
- 2.- Carga Promedio mensual de Pollos de Carne que debe tener cada Integración.

El Señor Polo Suárez Fabres⁴⁴ (sic) y el Señor Fernando Ikeda, presentaron el siguiente cuadro, que se adjunta en hoja anexa, en base a las cargas promedios de los tres (03) últimos meses.

Al ver este cuadro se hizo una votación entre todos los presentes para que eliminaran sus excedentes de Mayo que eran los más próximos, vía ahogamiento de embriones o de Pollos B.B., lo cual **en una primera votación la mayoría aceptó con excepción de TAKAGAKI**; que puso en consideración una serie de motivos por lo cual no podía dar una respuesta inmediata.

Por otro lado, **el Señor Fabres (sic), hizo las siguientes propuestas:**

- 1.- **Reducción de la Importación de Reproductoras.**
- 2.- **Anulación de las importaciones de Pollo B.B. o Huevos Fértiles y propuso que estos se compraran a nivel nacional.**
- 3.- **Eliminación de Reproductoras.**
- 4.- **Congelación del Pollo.**

A esta Medida se agregó **la propuesta del Señor Bellido de formar entre todos los Integrantes del Comité de Pollo de Carne una Compañía que compraría el Pollo Congelado, lo vendería a Provincias o tratará de exportarlo**. Esta Medida se ha tomado en consideración ya que el Grupo Aristía de Chile ha contratado una Planta de Mantenimiento de Congelación de Pollo, y el otro Grupo chileno ya está entrando a Arequipa, Cuzco y Puno; con un promedio de 60 Toneladas Semanales, a un precio de S/. 3.80 incluido IGV.

Este pollo que manejaría la nueva Compañía sería el excedente de la producción del

⁴⁴ El señor Polo Suárez es el señor Apolonio Suárez, identificado como “Polo” en diversos documentos. Sin embargo el segundo apellido del señor Suárez no es Fabres. Aparentemente el ingeniero Marchand se refería además al señor Julio Favre. De hecho, posteriormente en este documento se le identifica por separado, aunque como el “Señor Fabres”.

mes de Mayo y los siguientes meses. La nueva Compañía trabajaría sin lucro para poder romper la entrada de pollo chileno. **Según sus cálculos estos (sic) nos representaría una pérdida de 0.05 por kilo de pollo, suma inferior a la que resultaría de no congelar y permitir que estos grupos se acerquen cada vez más a Lima, y de las ventas del Pollo como Pollo Vivo por la consiguiente baja en los precios.**

(...)

Siendo la 01.30 p.m., se pidió un cuarto intermedio hasta el día de mañana para que cada uno de los Integrantes del Comité lo piensen y en el caso especial del **Señor Pedro Komatsudani que se opone a la medida haga su Flujo de Caja y vea si le conviene, ya que se opone alegando que meses atrás hemos procedido en el Comité a trabajar como una Libre empresa.**" (el resaltado es nuestro)

El análisis de este memorándum es de suma importancia para comprender los alcances de la reunión del 3 de mayo. En primer lugar, se menciona que se discutió mantener el peso promedio estandarizado, moción que fue "aprobada por unanimidad". El término "aprobado por unanimidad" hace clara referencia a un acuerdo para determinar un solo peso. Evidentemente no se refiere sólo a una propuesta o a una opinión sobre qué debió hacerse. En efecto, no guarda relación con la llamada "lluvia de ideas" que han sugerido las empresas avícolas como explicación. Ello sería inconsistente con el término "aprobado por unanimidad", que implica consenso. Si se entiende además la relación que se establece entre el peso y el precio de pollo, se puede comprender el alcance que este acuerdo tendría sobre el control del precio. A fin de cuentas todo acuerdo de precio lleva implícito un acuerdo de controlar la cantidad ofrecida. De la misma manera, todo acuerdo para controlar la cantidad ofrecida lleva implícito el control de precio. En este sentido, se podría decir que son "las dos caras de la misma moneda"; si se fija un precio alto pero no se controla la cantidad, se tendrá excedentes de producción con las pérdidas consiguientes; mientras que el precio no podrá subir si se produce demasiado. Ello, por que los acuerdos de precios implican en el fondo la creación de una escasez artificial del producto.

Controlar la cantidad de pollo disponible pasa por controlar un peso máximo, pues el pollo se vende por kilos, no por unidad. Además, la elevación del peso es síntoma de que hay demasiado pollo, pues éste no está saliendo de las granjas al precio establecido y sigue aumentando de peso, por lo que será necesario bajarlo. En este contexto el acuerdo de estandarizar el peso del pollo es una herramienta básica de la concertación del propio precio del pollo.

Un segundo aspecto que se discutió según el memorándum fue cuál era la carga⁴⁵ promedio mensual que debe tener cada integración. Este es un dato esencial, pues queda claro que el término "debe tener cada integración" alude a una recomendación para establecer una limitación a la oferta disponible de pollo. Incluso se hace referencia a que el cuadro fue presentado por el señor Polo Suárez Fabres⁴⁶

⁴⁵ Por "carga" se entiende la cantidad de pollitos de 1 día que ingresan al proceso de engorde.

⁴⁶ Ver nota al pie N° 44 en la que se explica error en el uso de los nombres.

y el señor Fernando Ikeda. Como se dice en el memorándum al ver los cuadros se votó para eliminar excedentes de mayo "...lo cual en una primera votación la mayoría aceptó con excepción de Takagaki..." Queda claro que se adoptó un acuerdo para eliminar excedentes, el mismo que fue descartado sólo por Takagaki (hoy Avinka S.A.).

Nuevamente se utilizó un lenguaje consistente con el de un acuerdo, sin que la Sala haya encontrado una hipótesis distinta y creíble que pueda explicar el uso del término referido, salvo la de la mentira respecto de lo dicho por el Ingeniero Marchand. Como ya se mencionó, esa explicación no resulta consistente pues implicaría que el señor Marchand mintió para involucrar a otras empresas involucrando al mismo tiempo a la empresa que él mismo representaba.

Debe destacarse además que el señor Favre (como ya se señaló, en el documento se le llama equivocadamente Fabres) realizó una serie de propuestas cuyo contenido es evidentemente contrario a las normas que consagran la libre competencia, cuando son ejecutadas en conjunto, como son la reducción de importaciones de reproductoras, anulación de las importaciones de pollo BB o huevos fértiles, eliminación de reproductoras y congelación del pollo. La formulación de estas propuestas, en una reunión gremial, es un claro indicio, sino una prueba, que acredita que se venían discutiendo alternativas restrictivas de la competencia a ser implementadas de manera conjunta.

Todas estas propuestas van dirigidas a conseguir una reducción concertada de la cantidad ofrecida con un evidente efecto en el incremento de los precios del pollo, con los consiguientes perjuicios que para los consumidores ello implica. El propio señor Favre reconoció durante el informe oral llevado a cabo frente a la Sala que él había hecho propuestas como las citadas y otras similares, dentro del ejercicio de su libertad de formular las propuestas que el estimara conveniente⁴⁷. Sin embargo estas propuestas, formuladas al interior de una organización gremial, denotan claramente la intención de adoptar medidas conjuntas que afecten los intereses de los consumidores en el mercado. Esto, en particular, en una sesión en la que se venía sometiendo a votación distintos acuerdos con objetivos similares, le da a este elemento un alto valor probatorio sobre la construcción de una concertación.

⁴⁷ En el informe oral del 7 de julio de 1997, se produjo el siguiente diálogo entre el Presidente de la Sala y el señor Julio Favre, representante de Redondos S.A.:

"PRESIDENTE: Allí dice: "Por otro lado el Señor Fabres hizo las siguientes propuestas: reducción de la importación de reproductoras, anulación de las importaciones de pollo bebé o huevos fértiles y propuso que estos se compraran a nivel nacional, eliminación de reproductoras y congelación del pollo". Eso no es atribuible a ningún representante de su empresa en esas reuniones.

SEÑOR FAVRE: Señor Presidente, yo he sido Presidente de la Asociación Peruana de Avicultura y soy miembro activo de esa Asociación. Tengo todo el derecho como ciudadano y agremiado hacer las propuestas que yo crea conveniente en mi gremio para mejorar las condiciones terribles a nivel económico en mi sector y el hacer una propuesta no significa de ninguna manera, una concertación. (...) Yo puedo haber dicho eso y puedo haber dicho diez mil propuestas más, porque es mi obligación como empresario. Yo soy un ciudadano del Perú, soy un empresario y tengo todo el derecho a exponer mis ideas, que de allí las hagan quien quiera hacerlas, yo no he impuesto ni he pedido una concertación de nadie. Muchas gracias."

A esta medida se añadió, según el ingeniero Italo Marchand, la propuesta del señor Bellido de crear una empresa para comprar pollo congelado y que permita manejar los excedentes de pollo vivo. Esto es consistente con lo que indica la propia Acta de la reunión que expresamente menciona el encargo al señor Bellido de elaborar un Proyecto de comercializadora de pollos congelados. Debe destacarse que el memorándum señala que el señor Bellido hizo la sugerencia en relación a sacar el excedente de pollo de Lima, reconociendo que si bien había una pérdida, ésta era menor a vender pollo vivo por la consecuencia que esta última venta tendría en la caída del precio.

Al concluir el memorándum, el ingeniero Marchand informa que se pidió un cuarto intermedio para que cada una de las empresas lo piense, en particular el señor Komatsudani (representante de Takagaki) por que "...meses atrás hemos procedido en el Comité a trabajar como una Libre empresa." Es claro que se refiere "a la medida", es decir a uno de los acuerdos. Comparando el último párrafo con el párrafo que se refiere a que hubo mayoría salvo Takagaki para acordar la carga promedio, resulta bastante claro que se refiere sólo a ese aspecto y no al acuerdo de peso estandarizado. Pero, adicionalmente, la referencia de la actuación de Takagaki como una "libre empresa", implica que la medida a adoptarse entraba en contradicción con éste concepto, lo cual es compatible con la hipótesis de una concertación de precios. Esto queda más claro cuando en la siguiente sesión (del 4 de mayo de 1995) el señor Komatsudani renuncia a la Presidencia de la CPPC.

A manera de conclusión sobre este punto, la Sala considera que se puede concluir a partir de los medios probatorios e indicios conjuntamente valorados, que en la reunión del CPPC del 3 de mayo de 1995, las avícolas asistentes, con excepción de Takagaki (hoy Avinka S.A.), acordaron hacer frente al problema que representaría para sus empresas la "sobreproducción" que habían confirmado que se produciría en base a la información recopilada a fines del mes de abril y trabajada por el señor Izaguirre⁴⁸. Para tal efecto, dichas empresas adoptaron una serie de medidas restrictivas de la competencia diseñadas para ser implementadas en forma conjunta y simultánea. Las medidas acordadas en estas reuniones fueron la disminución de los niveles de crianza (por ejemplo, reduciendo la importación de huevos fértiles, exportando huevos fértiles de manera conjunta y/o eliminando huevos fértiles y embriones) la estandarización del peso del pollo, así como el manejo conjunto de excedentes a través de su congelado y venta fuera del mercado de Lima. Para esto último, el señor Rafael Bellido, representante de Corporación Ganadera S.A., sugirió formar una empresa que se encargaría de vender los excedentes de producción - esto es, el pollo que se congelaría - en otros mercados, principalmente en provincias (Cuzco y Puno, lugares donde, a diferencia de Lima, se comercializa principalmente congelado) y a instituciones (por ejemplo, la Marina de Guerra del Perú). Dicha

⁴⁸ Una prueba adicional que confirma que a más tardar en este momento las empresas avícolas investigadas conocían el problema de "sobreproducción" que se presentaría, está constituida por el Acta N° 008.95 del Consejo Directivo del APA, correspondiente a la sesión del 9 de mayo de 1995, en la cual se señala que el señor Raúl Ramos, en su calidad de representante del CPPC "manifestó los momentos difíciles que se avecinan por la sobre producción de pollos BB de carne que se estima en los meses de Junio, Julio y Agosto."

sugerencia fue aceptada, encargándose al señor Bellido elaborar un proyecto para la conformación de la nueva empresa.

Para arribar a tal conclusión, se ha analizado conjuntamente la conformación de una comisión de estadística que preparó una serie de informes referidos a un problema calificado por las empresas como una “sobreoferta” de pollo, problema que preocupaba precisamente por su efecto en la caída de los niveles de precios. Estos informes planteaban como alternativas de solución medidas que sólo pueden ser consideradas como correctivas de la situación si es que son adoptadas conjuntamente, lo que concuerda con el hecho de haber sido discutidas en una serie de reuniones gremiales. El proceso de formación del acuerdo y su concreción final se desprende de la secuencia de los hechos descritos, del contenido de los informes elaborados por el propio señor Izaguirre y de los memorandums del ingeniero Italo Marchand que expresamente aluden a votaciones y acuerdos que en su esencia afectan las reglas de la libre competencia al influir de manera indebida en los niveles de precios.

Las explicaciones brindadas a esta secuencia de hechos por parte de las empresas avícolas no han sido satisfactorias. Se han limitado a señalar que los informes preparados por el señor Izaguirre eran simple información, aunque no queda claro como las alternativas de solución planteadas podían ser implementadas por las empresas por separado, menos aún respecto de un problema identificado claramente como común por las empresas. El contenido de los memorandums del Ingeniero Italo Marchand es también bastante claro y consistente con la interpretación lógica de los demás indicios y medios probatorios. La explicación de la mentira o del error no sólo es débil por que no se puede explicar qué razones lo llevarían a mentir ni como ocurrió el error de confundir simples intercambios de opiniones con votaciones dirigidas a adoptar acuerdos, sino que los demás hechos concuerdan y son consistentes con lo que el ingeniero Italo Marchand señala. Así, lo dicho por el ingeniero Marchand en los memorándums guarda coherencia con las propuestas que venía elaborando el ingeniero Izaguirre, con el uso lógico que podía darse a la información recabada y organizada por dicho ingeniero y con los hechos posteriores que se analizan a continuación.

III.3.1.4 La participación de F.CAR S.A.

En el Acta de la sesión del CPPC del 4 de mayo de 1995, se consigna que “Se encargó al Señor Rafael Bellido elaborar para la próxima reunión del Comité, el proyecto de conformación de una empresa comercializadora”. Así se confirma el encargo recibido en el Acta del 3 de mayo sobre el particular. Debe notarse que este encargo se da en el contexto en el que repetidas veces se había mencionado en diversos documentos como alternativa beneficiar pollo y congelarlo a fin de eliminar o reducir excedentes. Esto aparece claramente en la explicación que el ingeniero Italo Marchand hace en su memorándum N° 242-95 ya citado.

En el Acta de la reunión del CPPC del 10 de mayo de 1995, se señala que:

“El Señor Rafael Bellido distribuyó entre los asistentes el proyecto de formación de Empresa X. S.A.”.

Copias del proyecto fueron halladas en los locales de diversas empresas. En dicho proyecto se señala lo siguiente:

“CONCEPTO

La Empresa “X” S.A. es responsable de ubicar mercados para los excedentes de pollo BB vivo, congelado y/o huevos fértiles. Asimismo, comprar a los productores dichos excedentes dentro de las reglas sanitarias, de calidad y estandarización que se pacte. Los productores [sic] son responsables de entregar sus productos bajo estas pautas; y la Empresa “X” S.A., podrá rechazarlos si no cumplen con las pautas acordadas. Una vez recibidos y aceptados los productos por la Empresa “X” S.A., será de su responsabilidad el manejo que le de a los productos.

SOBRE EL POLLO REFRIGERADO

Conocida la Sobreoferta, se procederá a beneficiar el pollo y se comercializará fuera del mercado Barranca - Ica. Esta fórmula es difícil de aplicar, pero sería la ideal para colocar los excedentes; y así no acostumbrar al consumidor al pollo congelado.

(...)

ACCIONISTAS

Los accionistas deben ser Productores; teniendo el mismo porcentaje de acciones, derechos y obligaciones; no importando el volumen de crianza.

(...)

Dejará de ser accionista cualquier grupo que deje de producir pollos **o incurra en rebeldía a los acuerdos a que llegue el Directorio de la Empresa. (...)**”.

SOBRE EL POLLO CONGELADO

Se deberá producir un pollo congelado con las características estándares para la exportación; sabiendo la Empresa, con 30 días de anticipación que va a tener que procesar un determinado volumen de pollo, deberá coordinar con los productores y compradores toda la logística necesaria. Si el pollo congelado no se logrará exportar a un precio y plazo aceptado por el Comité ejecutivo; **se procederá a comercializarlo en el mercado interno, fuera de Barranca - Ica.** (el resaltado es nuestro).

Mediante el memorándum N° 251-95, el ingeniero Italo Marchand explicó al señor Rafael Quevedo B. lo tratado en la reunión del CPPC del 10 de mayo, en los siguientes términos:

“Adjunto al presente encontrarás el Pre - Proyecto de la empresa que te comenté que se quiere hacer para exportar Huevos Fértiles o Pollo BB, y luego congelar el excedente de Pollo grande para ser igualmente exportado.

Este proyecto ha sido suministrado para que cada integración de su opinión. En la parte de accionistas ya hubieron discrepancias y la mayoría ha sugerido que el porcentaje de acciones sea de acuerdo a la crianza de cada Integración y en la votación de la Mesa de Directorio tenga igual fuerza el que tiene una acción que el que tiene 1, 000 acciones. Esto ha quedado

por definirse la próxima semana. Por lo que mucho te agradeceré me envíes por escrito tu opinión”

Nótese que el fin primordial de la Empresa X S.A. es sacar pollo del mercado de Lima (que para estos efectos abarca de Barranca a Ica, lo que coincide con la definición de mercado relevante efectuada por la Comisión) por la vía del congelamiento y comercialización en mercados distintos. Se ve pues la intención de eliminar los excedentes que produce la llamada “sobreoferta” y así evitar caídas del precio, perjudicando al consumidor con menos pollo a precios mayores. Nótese además que se habla de sancionar a los accionistas (que son las empresas “que se muestran rebeldes” a los acuerdos del Directorio) con la expulsión de la empresa.

Por otro lado, en la reunión del 10 de mayo se acordó que las empresas que integraban ese Comité le reportasen a éste, de manera semanal, su producción de pollito BB carne, para lo cual luego se elaboró un formato. Este hecho se encuentra refrendado por la Circular/053/95 del CPPC de fecha 11 de mayo de 1995, y por la carta GER.037.95 fechada 24 de mayo de 1995, encontradas en el local del CPPC, que fueran remitidas por vía facsímil a las empresas que conformaban el Comité. En la circular mencionada, se señala lo siguiente:

“Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con el propósito de manifestarle nuestra más seria preocupación, debido a que no se viene contando oportunamente con la información de producción de Pollito BB Carne de su empresa.

Conforme lo acordado en Comité de fecha 10.05.95, las empresas deberán enviar su **información de manera semanal. Esto contribuirá a poder tomar las decisiones más inteligentes y en el momento más oportuno.**”

Por otro lado, en la carta GER.037.95 fechada 24 de mayo de 1995 se señalaba lo siguiente:

“Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con el propósito de adjuntarle a la presente, el Formato que conforme lo acordado en Comité del día de hoy, deberá de ser llenado de manera semanal y enviada vía fax a nuestras oficinas.

Para tal efecto, se tomará como fecha de inicio, el día Lunes 01.05.95.”

Del contexto en que se presenta este acuerdo de proporcionar información, se puede concluir que ésta era necesaria para supervisar o llevar un mejor control del acuerdo de restricción de competencia celebrado entre las avícolas investigadas. La referencia sobre decisiones “inteligentes y oportunas”, derivadas de un acuerdo en el Comité (se refiere al CPPC) tomado el 10 de mayo, en el contexto en el que se hace, permite presumir la necesidad de la información para poder ejecutar acuerdos y acciones conjuntas.

En las siguientes sesiones del CPPC se continuó trabajando y discutiendo el proyecto de la Empresa “X” S.A.. Así, por ejemplo, en el Acta de la sesión del 24 de mayo de 1995 se señala que “*Se intercambiaron opiniones respecto a la puesta en marcha de la Empresa “X” S.A., en tal sentido, se nombró una Comisión conformada*

RESOLUCION Nº 276-97-TDC

EXPEDIENTE Nº 029-96-CLC

por los señores: Rafael Bellido, Pedro Mitma, Carlos Quirós y Julio Favre, quienes revisarán los objetivos de la mencionada empresa, así como, su conformación, participación, etc.". En el Acta de la sesión del 31 de mayo de 1995, se consigna que el Ingeniero Pedro Mitma "Informó que se ha estado en la búsqueda de un profesional que se haga cargo de la Empresa "X" S.A."

En el Acta de la sesión del 9 de junio de 1995 se señala que "se acordó reactivar la Comisión que conforman los señores Pedro Mitma, Carlos Quirós, Julio Favre y Rafael Bellido para la Constitución (sic) de la Empresa "X" S.A.". Respecto a lo discutido en esta reunión, en un cuaderno de apuntes hallado en el local de la empresa Avícola San Fernando S.A., se anotó lo siguiente:

"09/6

En reunión celebrada en CADA se vio la posibilidad de bajar el precio del pollo, ya que los pesos promedios se seguirán incrementando y el programa de pollo congelado estaba muy lento, carente de interés de algunas integraciones x **cumplir con el acuerdo. Hubo negativa de modificar el precio a cambio de acelerar el programa de congelado**, hecho que fue confirmado con el aumento de solicitudes de varios productores que pedían que se les congele pollos" (el resaltado es nuestro)

Es importante notar que nuevamente, por parte de una persona distinta y perteneciente a otro grupo de empresas (Grupo San Fernando), se hace referencia a un "acuerdo", esta vez referido a congelar pollo. Es de destacar, nuevamente, la relación que los propios empresarios hacen entre el precio y el peso y entre el programa de congelado (que venía siendo lento) y la caída del precio. Se señala así mismo que "hubo negativa de modificar el precio a cambio de acelerar el programa de congelado" lo que indica dos cosas (1) que efectivamente se discute entre las empresas los precios a fijarse y (2) que el congelado de pollo es una alternativa a la fijación directa de los precios, lo que refleja su efecto e intención restrictiva de la competencia.

En este mismo cuaderno, se anotaron los siguientes comentarios el 10 de junio:

"10/6

COMENTARIOS EN LOS CENTROS DE ACOPIO:

En San Martín y Acho los vendedores siguen ofreciendo pollo barato, dicen que no quieren congelar y que prefieren venderlo vivo ya que ellos necesitan liquidez y prefieren baratear el producto."

En el Acta de la sesión del 14 de junio de 1995 se consigna, por un lado, que "La Comisión nombrada para constituir la empresa "X" S.A., se reunirá la próxima semana". Por otro lado se señala que "El Señor Fernando Cáceres dió (sic) el informe del avance del pollo congelado" y que "se acordó conformar la Comisión Técnica de Pollo Congelado" conformada por Julio Vidal Vidal, José Vera y Luis Peralta.

A partir de mediados del mes de junio, mientras al interior del CPPC se continuaba

evaluando la posibilidad de constituir la empresa "X" S.A., se comenzó a beneficiar y congelar el excedente de producción de pollo carne a través de la empresa F. CAR. S.A. de propiedad de Fernando Cáceres, Gerente General del APA.

Según lo ha reconocido uno de los representantes de las avícolas investigadas en los informes orales llevados a cabo ante la Sala, la empresa F.CAR S.A. tomó el lugar de la empresa "X" S.A.⁴⁹. Este hecho ha sido además reconocido por la propia empresa F. CAR. S.A. en su escrito de descargo, en el cual señala lo siguiente:

"C. (...) en el seno del Comité de Productores de Pollo Carne (...) se trató la posibilidad de constituir entre los productores una empresa comercializadora del pollo congelado (...)

(...)

E. Es en esas circunstancias que el entonces Gerente General del APA manifestó que tenía una empresa ya constituida denominada F. CAR. S.A., y que debido al interés personal que tenía en ingresar en un futuro a la avicultura, ofrecía que la comercialización se efectuó a través de dicha empresa, tal como finalmente ocurrió."

Esta identidad entre la Empresa X S.A. y F. CAR S.A. permite presumir la identidad de los objetivos y forma de funcionamiento incluido en el proyecto que elaborara y distribuyera el señor Bellido en la sesión del 10 de mayo, y que coincidiera además con la propia propuesta que el señor Bellido hiciera en la sesión del 3 de mayo según lo dicho en el memorándum que sobre el particular escribiera el ingeniero Italo Marchand. Esta empresa perseguía así eliminar excedentes de pollo en el mercado Barranca - Ica (es decir, Lima Metropolitana, Callao y zonas cercanas). Estos objetivos y forma de funcionamiento tenían, evidentemente, efectos e intenciones anticompetitivas, al buscar manipular el precio en el mercado referido por la vía de sacar concertadamente excedentes de pollo fuera Lima Metropolitana, Callao y zonas cercanas.

En el Acta de la sesión del Directorio de la empresa Alimentos Protina S.A. del día 12 de junio de 1995, figura que:

*"El Ing° Raúl Ramos Buzaglo, comunicó respecto al **acuerdo tomado recientemente en el Comité de Productores de pollos, manifestando la inminente decisión de beneficiar y congelar pollos a fin de evitar que los precios bajen. Sostuvo finalmente que la Empresa***

⁴⁹ En los informes orales llevados ante la Sala el día 7 de julio de 1997, se llevó a cabo el siguiente diálogo entre el Presidente de la Sala y el señor Carlos Fernández Dávila, representante del Grupo San Fernando:

"**PRESIDENTE:** Quiero analizar un par de temas más, vinculados al... En varias actas se hace mención, estoy hablando ya del período anterior, quiero salir de este tema, en varias se hace mención a varios documentos, se hace mención a una empresa congeladora que fue bautizada como la empresa X S.A. Hemos revisado varios documentos en los que aparece esta mención. Aparentemente de la documentación que obra en el expediente y del análisis que se hace en la resolución y en el Informe Técnico, no se llegó a constituir la empresa X, sin embargo hubo una empresa que fue la empresa FCAR que, hasta donde entendemos, llevo a cabo un proceso bastante similar, por lo menos en la descripción de lo que se había planteado como fines de la empresa X. ¿Es FCAR la empresa X?

(...)

SEÑOR FERNANDEZ DAVILA: Según entiendo la empresa X S.A. es un proyecto de una empresa que se hizo con la finalidad de darle cara a las instituciones armadas, con el fin de obtener, digamos, cumplir con todos los requisitos necesarios para comercializar pollo congelado y venderle a estas instituciones pollo congelado. Luego salió en la discusión que FCAR estaba disponible, una sociedad anónima y se uso FCAR."

que logre nivelar su peso promedio en 2.200 Ks. o menos, no se verá afectada con el acuerdo de beneficio y congelamiento” (el resaltado es nuestro).

En el Acta de la sesión de Directorio de la empresa Alimentos Protina S.A. del 19 de junio de 1995 se consigna que:

“El Señor Luis Valverde, comunicó que se ha procesado en el camal de San Fernando 14,105 pollos con un peso de 30,425 Kgs.”. Asimismo, se señala que: “De mantenerse los pesos promedios en menos de 2.300 por pollo, no tendremos que seguir beneficiando para congelar”.

Estas dos pruebas son especialmente relevantes. Reflejan lo discutido en un cuerpo colegiado como es un Directorio, el que es además el máximo órgano de administración de una empresa. Sostener que hubo un error o una mentira se torna aún más improbable que en el caso de los memorándums del Ingeniero Italo Marchand. En las actas claramente se indica que existía un “acuerdo tomado” en el CPPC que implicaba beneficiar y congelar pollo, dejando explícita como intención evitar que los precios bajen. Se establece asimismo que las empresas que cumplan con el peso de 2.200 Kg. (que de acuerdo a una serie de documentos ya mencionados sería el peso acordado que debía cumplir cada integración) no tenían que congelar. Cuando se le preguntó al señor Ramos durante los informes orales que había querido decir con la existencia de un acuerdo tomado en el CPPC este no pudo dar una explicación satisfactoria y entró, por el contrario, en una serie de contradicciones inconsistentes con el tenor del documento⁵⁰.

En el acta correspondiente a la sesión del 19 de junio se hace referencia a una cantidad de pollo beneficiado, indicando que de mantenerse el precio en 2.300, ya no será necesario beneficiar para congelar. La lectura conjunta de ambas actas conduce a la conclusión que el acuerdo se adoptó, elevándose el peso que obligaba a congelar en 100 gramos. Los 2.300 que se mencionan en la segunda acta, coinciden además con el peso que señalara Italo Marchand en uno de sus memorándums, como un acuerdo adoptado, lo que hace aún más consistente las

⁵⁰ Durante los informes orales llevados a cabo ante la Sala el día 7 de julio de 1997, se produjo el siguiente diálogo entre el Presidente de la Sala y el Ingeniero Raúl Ramos:

“PRESIDENTE: (...) Es una pregunta muy concreta, en un acta que figura en el expediente, entiendo un acta de directorio se señala que el Ing. Raúl Ramos comunicó respecto al acuerdo tomado recientemente en el Comité de productores de pollos, manifestando la inminente decisión de beneficiar y congelar pollos a fin de evitar que los precios bajen. De la explicación que se nos ha hecho de FCAR, FCAR era un problema, para corregir un problema sanitario, para poder competir con el pollo americano en las fuerzas armadas, ¿de dónde sale esta conclusión respecto de que es para evitar que los precios bajen?

ING. RAUL RAMOS: No, fue un acuerdo de la compañía, porque en el Comité se proponía, se invitaba pero no se imponía.

PRESIDENTE: Claro, pero lo que dice es, además, aparentemente por el texto no había una decisión porque se habla de una inminente decisión de beneficiar y congelar pollos a fin de evitar que los precios bajen y entiendo que se refiere a que la decisión que se tomaría en el Comité de productores está vinculado a evitar que los precios caigan, o es una interpretación equivocada, cuál es la interpretación correcta de ese párrafo. Si quiere se lo pongo, porque a veces.....

ING. RAUL RAMOS: No, si lo conozco, es una decisión de la empresa más que nada.

PRESIDENTE: Una decisión de la empresa respecto de qué?, ¿de participar en este acuerdo?

ING. RAUL RAMOS: Si claro, nosotros hemos participado no del acuerdo sino de la propuesta, exactamente.

PRESIDENTE: Y la relación de que los precios bajen, ¿a qué se refiere?, o sea, si Uds. participaban de este acuerdo, los precios iban a bajar, perdón, no iban a bajar, para evitar que los precios bajen.

ING. RAUL RAMOS: Bueno, esa fue una interpretación personal mía, nada más.”

pruebas de la existencia del referido acuerdo entre los productores.

Adicionalmente, en el Acta N° 11 del Consejo Directivo del APA, correspondiente a la reunión del 20 de junio de 1995, se consigna que *“el proceso de congelamiento de pollo de carne se encuentra en plena marcha”*.

En el Acta de la sesión del CPPC del 21 de junio, se señala que *“El Señor Fernando Cáceres conjuntamente con el Señor Luis Peralta, dieron un amplio informe respecto a lo avanzado con el programa del pollo”* y que *“Se recordó a las empresas, que por acuerdo de Comité, deben de presentar su producción de Pollito BB de manera semanal”*. Por otro lado, en el Acta de la sesión del CPPC del 28 de junio de 1995, se consigna que *“Se dió (sic) un amplio informe respecto al Programa de Congelamiento de Pollos, incluyendo la parte de comercialización, encargada al Señor José Vera”* y que *“se acordó encargarle al Grupo de Trabajo de Estadística, realizar diversas simulaciones con respecto a los precios de producción de Pollito BB de Carne”*.

Una apreciación en conjunto de la documentación antes detallada permite reconstruir cuándo se acordó constituir una empresa para manejar de manera conjunta los excedentes de producción de pollo, a través de su beneficiado y congelado, y cómo esta idea fue puesta en marcha. Así, ha quedado fehacientemente acreditado que en las sesiones llevadas a cabo el 3 y el 4 de mayo de 1995, las empresas asistentes acordaron, entre otras cosas, analizar la constitución de una empresa que se encargaría de beneficiar, congelar y comercializar fuera del mercado de Lima y Callao el excedente de producción de pollo. Esta propuesta fue formulada por el señor Rafael Bellido de Corporación Ganadera S.A., a quien se le encargó presentar un proyecto para tal efecto el 10 de mayo de 1995. El proyecto de “X” S.A. fue preparado y luego discutido conforme lo acordado. Durante el resto del mes de mayo, se continuó analizando y discutiendo la posibilidad de constituir la empresa “X” S.A. y, al parecer, existieron dificultades iniciales al momento de implementar el sistema de beneficio y congelamiento, debido a que algunas integraciones preferían “baratear” el producto por problemas de liquidez que debían enfrentar, tal como se desprende de las anotaciones citadas del cuaderno de apuntes hallado en los locales del grupo San Fernando⁵¹. Hacia mediados del mes de junio de 1995, se descarta la posibilidad de constituir una nueva empresa y se comienza a canalizar el excedente de producción a través de la empresa F. CAR. S.A., originalmente de propiedad del señor Fernando Cáceres, quien en ese momento era Gerente General del APA. Conforme se observa en el acta de la sesión del Consejo Directivo del APA celebrada el 20 de junio de 1995, dicha empresa operó en el local del APA, es decir, en el local de la entidad gremial que agrupa a las empresas avícolas. De esta manera, a fines del mes de junio de

⁵¹ Conforme se ha señalado anteriormente, en este cuaderno se consignó lo siguiente:

“10/6

COMENTARIOS EN LOS CENTROS DE ACOPIO:

En San Martín y Acho los vendedores siguen ofreciendo pollo barato, dicen que no quieren congelar y que prefieren venderlo vivo ya que ellos necesitan liquidez y prefieren baratear el producto.”

1995, el plan de beneficiado y congelamiento estaba ejecutándose y supervisándose como parte del “acuerdo tomado recientemente en el Comité de Productores de Pollos”, como se lee en las actas de Directorio de Alimentos Protina S.A.⁵²

III.3.1.5 El manejo conjunto de excedentes: La implementación del acuerdo de beneficio y congelamiento y la participación de Avícola Rosmar S.A..

El 5 de julio de 1995 se llevó a cabo una nueva reunión del CPPC a la cual, según se desprende del Acta de Control de Asistencia de dicha sesión, no asistieron los representantes de Avícola Rosmar S.A. y Agropecuaria Contán S.A.. En las visitas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión a Avícola Rosmar S.A. se hallaron tres cuadros remitidos por vía facsímil desde el APA la tarde del 5 de julio. En el primer cuadro, titulado “Stock de Pollo Congelado” se señala la cantidad de pollo congelado hasta ese momento por las empresas Alimentos Protina S.A., Corporación Ganadera S.A., Molinos Mayo, Avícola Rosmar S.A., Avícola Redondos, Georbe, Avícola Galeb S.C.R.L y Molinera San Martín. A continuación se transcribe el segundo de los cuadros encontrados:

	PROMEDIO					%
MOLINOS MAYO	199,604	199,604	288,019	307,044	272,224	40.18%
MOLINOS SAN MARTÍN	45,892	45,631	35,912	34,472	44,896	6.37%
ASOCIADAS	15,704	19,356	4,496	14,385	13,485	1.93%
GEORBE	39,218	30,651	52,312	54,779	44,240	6.33%
PROTINA	34,476	21,946	29,959	32,083	29,616	4.24%
PALOMAR	17,287	17,035	21,070	23,823	19,804	2.93%
GALEB	38,504	39,206	30,628	15,353	30,923	4.43%
REDONDOS	52,809	80,075	49,897	39,807	55,647	7.97%
CORPORACIÓN GANADERA	149,002	132,034	147,923	159,022	146,995	27.04%
ROSMAR	21,149	34,125	30,071	41,611	31,739	4.58%
	613,645	704,572	711,716	764,605	698,635	100.00%

MOLINOS MAYO	64,283
MOLINOS SAN MARTÍN	10,199
ASOCIADAS	3,088
GEORBE	10,132
PROTINA	6,783
PALOMAR	4,690
GALEB	7,082
REDONDOS	12,744
CORPORACION GANADERA	33,665
ROSMAR	7,335
	160,000

Conforme se puede contrastar con los cuadros de ventas por periodos semanales

⁵² ACTA DE LA SESION DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL APA REALIZADA EL 20 DE JUNIO DE 1995

“Comité de Productores de Pollos de Carne

- El Sr. Raúl Ramos informó lo siguiente

- El proceso de congelamiento de pollo de carne se encuentra en plena marcha”

según grupos de producción que periódicamente son elaborados en el APA, las cuatro primeras columnas del primer listado de empresas, corresponden a las ventas que dichas empresas reportaron para las semanas del 6, 13, 20 y 27 de junio de 1995. En el caso específico de Molinos Mayo S.A., dichas cifras aparentemente corresponden a las ventas de Molinos Mayo Lima. En la quinta columna se consigna el promedio aritmético de las cuatro semanas y en la última la participación porcentual de cada empresa en el total de ventas. En el segundo listado de empresas se calcula una cantidad de pollo en base a la participación porcentual de cada empresa sobre un total de 160,000 pollos.

Finalmente, en el tercer cuadro remitido el 5 de julio a Avícola Rosmar S.A., se establece un cronograma que reproduce las cantidades redondeadas de pollo consignadas al final del cuadro reseñado en el párrafo anterior, conforme se transcribe a continuación:

EMPRESA	LUNES 10	MARTES 11	MIERC. 12	JUEVES 13	VIERNE 14	SABADO 15	DOMING 16	LUNES 17	TOTAL
MOLINOS MAYO	8,000	8,000	8,000	8,000	8,000	8,000	8,000	8,000	64,000
MOLINOS SAN MARTIN ASOCIADAS									10,200 3,088
GEORBE PROTINA PALOMAR REDONDOS	4,000	4,000	3,000						10,132 6,783 4,690 7,082
GALEB CORPORACION GANADE ROSMAR	8,000	8,000	8,000	4,000	4,000				12,744 33,665 7,335

El 6 de julio de 1995, Fernando Cáceres Rosell, en su calidad de Gerente General del CPPC del APA⁵³, remitió a todas las empresas listadas en los cuadros anteriores, cartas comunicándoles los montos con los que participarían en el programa de “saca para beneficio y congelado” de pollo. La carta remitida tenía el siguiente texto:

“Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, **conforme lo acordado en la reunión de Comité celebrada el día 05.07.95**, para adjuntarle fotocopia del Programa de saca para beneficio y congelado de 160,000 pollos, en el cual su empresa participa con (X CANTIDAD)⁵⁴ pollos.

Sobre el particular, mucho le agradeceremos a usted, se sirva enviar a más tardar el día Viernes 07.07.95, las órdenes de recojo respectivas a nombre de la Asociación Peruana de Avicultura.”(el resaltado es nuestro).

Adjunto a esta comunicación se remitió un nuevo cronograma de congelamiento diario (del 10 al 17 de julio), similar al mencionado anteriormente, con las cuotas de participación redondeadas y en el cual se especificaba el lugar en el que cada empresa tendría que beneficiar y congelar la cuota establecida (Surquillo, Huaral

⁵³ Estas cartas fueron remitidas en papel membreteado del APA, y estaban firmadas por el señor Cáceres en su condición de Gerente General del CPPC.

⁵⁴ Las cantidades consignadas en las cartas remitidas a las empresas avícolas indican el número de pollos que cada una de ellas debía beneficiar. Este número corresponde a la cantidad (redondeada) asignada a cada empresa en los cuadros recibidos por Avícola Rosmar S.A. el día anterior.

o Chancay).

Las empresas investigadas en el presente proceso han reconocido en todo momento la existencia del programa de saca para beneficio y congelado de pollo carne a través de la empresa F. CAR S.A., no obstante han expresado que cada una era libre de congelar la cantidad de pollo que deseara, no respondiendo este hecho a un acuerdo determinado. Sin embargo, una apreciación en conjunto de la documentación antes reseñada permite concluir lo contrario. En efecto, de estos documentos se desprende con claridad que en la sesión del 5 de julio, a la cual no asistió Avícola Rosmar S.A., se planificó la eliminación del llamado mercado Barranca - Ica de 160,000 unidades de pollo como un mecanismo concertado para las empresas integrantes del acuerdo, tomando como base la participación porcentual de las ventas de dichas empresas en el mercado y no lo que cada una decidiera unilateralmente congelar. Como se verá más adelante, el mecanismo para determinar la cantidad de pollo a congelarse por empresa que operó durante los ocho días del mes de julio reseñados en la documentación antes analizada, fue repetido en diversas oportunidades subsiguientes. Asimismo, de esta documentación se deduce que la empresa Avícola Rosmar S.A., pese a no haber asistido a las reuniones celebradas en el CPPC los días 3 y 4 de mayo de 1995 ni a la del 5 de julio de 1995, se adhirió al acuerdo de eliminación conjunta de excedentes, motivo por el cual se le remitieron vía facsímil los cuadros antes reseñados y las cartas estableciendo sus cuotas de congelamiento obligatorio; siendo además que existe evidencia que demuestra que posteriormente procedió a congelar el producto.

Abundando en lo señalado anteriormente, las empresas investigadas han sostenido que el mecanismo de congelamiento no respondía a una voluntad concertada sino que, por el contrario, cada empresa era libre de congelar la cantidad de pollo que deseara, siendo que las cartas remitidas eran simples recordatorios de las cantidades a las que cada una se había comprometido⁵⁵. Este argumento no resiste un simple análisis crítico, pues es inconcebible imaginar que, coincidentemente, cada empresa ofreció “libremente” congelar una cantidad de pollo que coincidía exactamente con el porcentaje que representa su participación en el mercado, respecto del total de las ventas del sector. Por el contrario, tal hecho es perfectamente consistente con los incentivos que tienen las empresas que participan en una concertación para mantener intactos sus

⁵⁵ Durante los informes orales llevados ante la Sala el día 7 de julio de 1997, se produjo el siguiente diálogo:
“**PRESIDENTE:** Esa explicación que me da, explica las distintas cartas cruzadas en papel membreteado del APA, pero entiendo firmadas por el señor Cáceres como representante de F. CAR, señalando cuales eran los volúmenes que le correspondía congelar a cada empresa.

“**SEÑOR SUAREZ:** A los volúmenes que se había comprometido libremente y tan es así que después también obra en el expediente, que el señor Secretario Técnico no ha dicho una coma de ese descargo, es de que, todas absolutamente todas las cantidades, ninguna coincide con las famosas cuotas, cada uno, cada uno, iba congelando de acuerdo a sus posibilidades, no ha habido ningún tipo de coerción, ni mucho menos. Ahora lógicamente tenía que haber un punto de partida, bueno señores, esto es, ¿se comprometen libremente?, si señor, entonces ¿qué cosa hacían en la Asociación?, les recordaban a qué se habían comprometido para un tema específico, pero de allí a que haya un acuerdo, ni mucho menos. Por eso es que el volumen de congelamiento fue mucho menor de lo que realmente se creía. (...)”

porcentajes de participación en el mercado.

Debe notarse que las cartas en las que se comunicaba cuanto le correspondía congelar a cada empresa se hacía expresa referencia a "...lo acordado en la reunión de Comité..." (refiriéndose a CPPC) y que las comunicaciones estaban escritas en papel membretado de la CPPC. Así, la conducta posterior es plenamente consistente con un acuerdo de eliminación de excedentes de pollo vía congelamiento entre las empresas avícolas.

Existen pruebas adicionales que ratifican lo señalado anteriormente, tal como el memorándum fechado el 12 de agosto de 1995 que fuera encontrado dentro de los archivos de Alimentos Protina S.A., dirigido por el señor Raúl Ramos a los señores Roberto y Guillermo Vidal, de Molinera San Martín de Porres S.A., en el cual se señala lo siguiente:



alimentos protina S.A.

Hualcará-Cañete - Telf. 912034 - San Vicente
Calle Mayor Armando Blondet 130 San Isidro -
Telfs. 419321 - 419562 - 427693 - 421959 Fax 421969



II.A.57
(2)

8581

MEMORANDUM

Lima, 12 de AGOSTO de 1997

DE: SR. RAUL RAMOS B. A: SR. ROBERTO VILA
ASUNTO: " GUILLERMO "

BENEFICIO Y CONGELACION POLLOS

ESTAMOS COORDINANDO LA SACA PA
RA BENEFICIAR 60,000 AVES.

A UDS. LES TOCA SEGUN EL
ACUERDO, 3500 UNIDADES.

CALIDAD OPTIMA, PESO 2.200
A 2.300 Kls.

COORDINAR CON EL INGR LUIS
PERALTA telf. CELULAR 993268

Atm.

De este documento se deduce que en el mes de agosto se planificó "según el acuerdo" retirar del mercado una cantidad de aproximadamente 60,000 aves de un peso promedio de 2.2 kilogramos. Asimismo, la frase "a uds. les toca (...) 3500 unidades", confirma que existían cuotas que cada empresa debía cumplir con congelar.

Adicionalmente existe abundante documentación de la empresa F. CAR S.A., tales como registros de compra y venta de pollo congelado, comunicaciones internas y

externas con las empresas investigadas y registros de ingreso y salida de productos de los almacenes, que demuestran que las avícolas integrantes del acuerdo beneficiaron y congelaron, en mayor o menor medida, pollo hasta el verano de 1996. Asimismo, existe evidencia que otras empresas ajenas al acuerdo también congelaron pollo en F. CAR. Sin embargo, en el caso de estas últimas, no se han encontrado pruebas que acrediten que este hecho respondió a la ejecución de una conducta concertada entre competidores.

Finalmente, se debe mencionar que, tal como lo confirmó el señor Apolonio Suárez en los informes orales rendidos ante la Sala, en los archivos magnéticos de la computadora utilizada por el señor Fernando Cáceres en el APA cuando era Gerente General de la asociación, se encontró un documento titulado "F. CAR S.A.", en el que se reseñan las labores, logros y beneficio obtenidos por dicha empresa y por las empresas miembros del CPPC, con el programa de saca para beneficio y congelamiento de pollo, de la siguiente manera:

"1.- Facturación Total S/. 6'132,000

(...)

2.- Lo mismo daba incinerar 1'000,000 de pollos. **EL NEGOCIO era sacar esa masa de carne del mercado (Pollo en Pie).**

3.- Con el congelamiento de 2,000 T.M. de Pollo, **el sector dejó de perder S/. 10'000,000 el año 1995 y mantuvo un precio estable en el mercado de pollo vivo.**

(...)

6.- Ganador de 5 licitaciones en la Marina de Guerra (mercado cautivo por 3 años de pollo congelado americano).

Se ha podido lograr gran aceptación del pollo nacional, habiendo ofrecido abiertamente el Director de Abastecimiento de dicho organismo, comprar siempre pollo nacional vendido por F. Car S.A.

T.M. Vendido : 260,000 Kg.

S/. : 950,000

7.- La empresa NACE vendiendo pollo congelado de origen nacional.

8.- **Posibilitó la venta de pollo congelado que era una necesidad vital para el sector, ya que, de acuerdo a las leyes de Libre Competencia, no lo hubiera podido lograr formando una empresa con Accionariado de los Productores (Ver nota Delito de Monopolio).**

(...)

10.- Desplazó al pollo chileno de las zonas en las zonas de Cuzco, Puno y Juliaca.

(...)

14.- No voy haber formado una Compañía para que lucren ustedes y yo no (De Ripley)." (el resaltado es nuestro).

Este documento contiene alguna información importante. Hace referencia a cual era el "NEGOCIO", es decir sacar el pollo de Lima. No es pues vender el pollo congelado, sino sacar el pollo vivo de Lima para evitar que los precios bajen, "(Pollo en Pie)" precisa el documento. Además explica que la alternativa de F. CAR S.A. permitió cumplir una necesidad vital para el sector, pues no se hubiera podido

formar una empresa con accionariado de los productores, atendiendo a las connotaciones que tal hecho tendría a la luz de la legislación antimonopolios. Ello explica la referencia a “Ver nota Delito de Monopolio”, así como la conciencia que existía sobre la necesidad de utilizar F. CAR S.A. para ocultar una infracción a la ley que, de lo contrario hubiera sido evidente, toda vez que se concebía como un sistema de comercialización conjunto dirigido a manipular y controlar el precio.

El 11 de marzo de 1996 el señor Fernando Cáceres, junto con los otros dos accionistas minoritarios de F. CAR. S.A., remitieron una comunicación al Doctor Alejandro Daly Aramburú, asesor legal del APA, señalando lo siguiente:

“Tenemos el agrado de dirigirnos a Ud., con el propósito de solicitarle en nuestra calidad de accionistas de la empresa F. Car S.A., poner de conocimiento de los Señores Avicultores a quienes representa, la intención de transferirles la totalidad de las acciones las que valorizamos en US\$ 20,000 (VEINTE MIL DOLARES AMERICANOS). (...)”

En el Libro de Actas de la empresa F. CAR S.A. figura que en la Junta General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 19 de abril de 1996, el 100% de las acciones de dicha empresa fueron transferidas a los señores Luis Valverde Monteverde (Gerente de Comercialización Alimentos Protina S.A.), Mario Romero Loly (Granjas Avi Vet Integración Germán Orbezo Suárez) y Jorge Beleván Franco (Gerente de Comercialización de Avícola San Fernando S.A.). Esta transferencia buscaba mantener el control del proceso de congelado, ante los planteamientos hechos por el señor Fernando Cáceres.

III.3.1.6 La disminución de los niveles de crianza: Incremento en la exportación y reducción⁰⁰ en la importación de huevos fértiles.

En el acta N° 010.95 de la sesión del Consejo Directivo de la APA del 06 de junio de 1995, se consigna que el señor Fernando Ikeda, en su calidad de representante del Comité de Aves de Reproducción y/o Incubación, señaló lo siguiente:

“Indicó que conforme las estadísticas lo señalaban en el mes de agosto se registrará una sobre producción de pollito BB para la cual se ha invitado a todas aquellas empresas que tengan excedentes de huevo fértil con el fin de formar un pull (sic) de exportación”

Cabe recordar que una de las “alternativas de solución” discutidas en el mes de abril de 1995 al interior del CPPC y posteriormente concertadas en el mes de mayo del mismo año, consistía en controlar la cantidad de huevos fértiles existentes en el mercado nacional.

Adicionalmente, cabe destacar la información pública proporcionada por Aduanas a la Comisión que sirvió de base para elaborar tanto el Informe de la Secretaría Técnica como la resolución impugnada. Esta información demuestra un desproporcionado aumento en las exportaciones de huevos fértiles a partir del segundo semestre del año 1995, en relación a años anteriores. Tal como se

desprende del Gráfico 6 del Informe Técnico de la Secretaría Técnica de la Comisión, durante el año 1995 se produjo un incremento en las exportaciones de huevos fértiles de 698% con relación al año 1994.

La información proporcionada por Aduanas también demuestra que las empresas, Corporación Ganadera S.A. y Molinera San Martín S.A. prácticamente dejaron de importar huevos fértiles a partir del mes de mayo y agosto de 1995. Este hecho debe ser apreciado recordando que en el memorándum N° 223-95 de Avícola El Rocío S.A. (del 24 de abril de 1995), el ingeniero Marchand comunica que, en caso se verificaran “los datos de carga” -ésto es, la futura sobreproducción- una de las “medidas correctivas” a tomar sería:

“(…) Tratar de venderle huevos fértiles pollo BB a las compañías que están importando, que por el momento son:

- | | |
|-----------------------|-------------------------|
| a) Rosmar S.A. | b) Molinos Mayo |
| c) Corporac. Ganadera | d) Molinera San Martín” |

En el caso específico de Avícola Rosmar S.A., la información de Aduanas demuestra que esta empresa incrementó sus volúmenes de importación a partir del mes de junio de 1995. Este hecho debe ser apreciado en conjunto con las declaraciones dadas por el ingeniero Marchand a la Secretaría Técnica de la Comisión en el sentido que Avícola Rosmar S.A. fue una de las empresas que opuso mayores resistencias a la propuesta de reducir o eliminar la importación de huevos fértiles de pollo BB carne.

En opinión de la Sala, una valoración en conjunto de estos medios probatorios e indicios, a la luz de los hechos anteriormente acreditados, revela el intento de implementar el acuerdo celebrado en el mes de mayo de 1995 en lo que concierne a la disminución en los niveles de crianza (aumentando la exportación de huevos fértiles y disminuyendo su importación), con ello caería la cantidad ofertada, lo que elevaría o al menos mantendría el precio, por encima de los niveles que arrojaría la competencia. Asimismo, la documentación demuestra que Avícola Rosmar S.A. no acató el acuerdo en lo referido a la disminución de la importación de huevos fértiles. Si bien, como se ha señalado anteriormente, no se requiere demostrar que un acuerdo de precios efectivamente haya sido ejecutado, los indicios sobre su implementación no hacen más que reafirmar su existencia.

III.3.1.7 El control de los precios, la estandarización del peso y los ajustes hechos durante el proceso.

En el documento titulado “Circular N° 01”, encontrado en el local del CADA–LMC, se señala lo siguiente:

“De la evaluación realizada en los diferentes mercados de Lima Metropolitana y Callao el precio del pollo pelado y eviscerado con menudencia es de :
S/. 4.25 Kg. Incluido IGV.

Por lo que sugerimos “NO DEBERÍA PAGAR MAS DE ESTE PRECIO”.

21 de setiembre de 1995”

La fecha consignada en este documento coincide con una disminución producida en el precio del pollo en granja ocurrida durante el mes de setiembre de 1995. En la semana anterior (esto es, entre los días 13 y 20 de setiembre de 1995), se llevaron a cabo tres (3) reuniones del CPPC (los días 13, 16 y 20 de setiembre)⁵⁶.

Otro documento que obra en el expediente es el informe sobre la evolución de los precios presentado el 22 de setiembre de 1995 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el cual, luego de referirse al precio de venta del pollo en granja así como las fechas de su variación se consigna como comentario lo siguiente:

“La variación de precio es constante ya que cada integración esta ofertando internamente, para sacar su producto. Esta disminución se mantendrá durante las próximas semanas.”

La evolución de los precios en los días posteriores a las reuniones referidas son totalmente consistentes con la existencia de un acuerdo para bajar los precios, mostrándose coincidencias extraordinarias en el comportamiento de los mismos. Así, por ejemplo, tal como se muestra en el Cuadro 1 de la presente resolución, del 28 al 29 de setiembre las empresas que comercializan pollo e involucradas en el presente procedimiento bajaron sus precios en porcentajes bastante similares. Es importante señalar que nueve de esas empresas bajaron, al centavo, exactamente al mismo precio en el mismo día, fijando el precio en S/. 2.08⁵⁷.

El inusual número de reuniones llevadas a cabo en un período tan corto, además de la circular, el informe antes transcrito y el comportamiento paralelo de los precios que llegó incluso a coincidencias notables entre las empresas involucradas, permiten inferir que la reducción del precio del pollo BB carne en el mes de setiembre fue acordada, para acelerar el proceso de eliminación de excedentes de pollo BB carne y así reducir las pérdidas consecuencia del exceso de oferta.

Cabe señalar que el paralelismo observado en los precios, en un mismo día⁵⁸, dadas las características del proceso de comercialización del pollo vivo en el

⁵⁶ A estas reuniones asistieron representantes de las siguientes empresas investigadas: Molinos Mayo S.A., Avícola San Fernando S.A., Molinera San Martín S.A., Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Avícola El Rocío S.A., Avícolas Asociadas S.A., Alimentos Protina S.A., Redondos S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., El Palomar EIRL, Corporación Ganadera S.A., Avícola Rosmar S.A. (las empresas Redondos S.A. y El Palomar EIRL no asistieron a la última de las reuniones).

⁵⁷ Las empresas que subieron exactamente al mismo precio el día 29 de Setiembre de 1995 fueron Avícolas Asociadas, El Palomar E.I.R.L., Molinos Mayo, Agropecuaria Contán S.A., Corporación Ganadera S.A., Georbe, Alimentos Protina S.A., Redondos y Avícola Rosmar S.A.

⁵⁸ Como se verá más adelante, este paralelismo se repite en varios momentos a lo largo del período de investigación.

CADA, sólo sería posible mediante la concertación previa de los mismos, por parte de las empresas.

El precio que se menciona, y cuyos niveles fueron obtenidos por la Sala, en base a la información proporcionada por la propia APA, es el precio en granja, no el precio en centros de acopio. Ese precio se establece el día anterior a la comercialización del pollo en el centro de acopio, es decir antes que el pollo abandone la granja. El nivel de precios es por tanto comunicado a la APA, a través del CADA, recién un día después de que el precio se ha formado. En consecuencia no es explicable la hipótesis de que es un precio similar porque refleja la reacción de las empresas a la información existente en el mercado. Así, de un análisis contrafáctico, se desprende que la coincidencia en los precios puede responder sólo a un acuerdo o intercambio de información previo entre las empresas o a una coincidencia extraordinaria. La segunda hipótesis (la de las coincidencias), se irá debilitando según los episodios de coincidencia se repitan con más frecuencia y según el número de empresas que coinciden en el mismo precio sea mayor, pues la coincidencia accidental se torna en una explicación cada vez menos razonable, y el comportamiento paralelo se torna en un indicio mucho más sólido para probar la existencia de una concertación. Los Cuadros números 1, 2 y 3, adjuntos a esta resolución, muestran los episodios de aumentos o disminuciones diarias en precios, cuyo nivel al centavo resultante, es igual para un grupo importante de las empresas investigadas. En estos episodios resulta importante distinguir tanto la dirección y magnitud de estas variaciones, como el número de empresas en las que se observan coincidencias.

Otro documento hallado en los archivos de Avícola El Rocío S.A. es el memorándum N° 506/95, del 12 de octubre de 1995, mediante el cual el ingeniero Italo Marchand informa al señor Rafael Quevedo los temas tratados en la reunión del CPPC del 11 de octubre de 1995. En dicho documento se señala lo siguiente:

“(…) De lo conversado por teléfono sobre el congelamiento del pollo, el día de mañana va a ver [sic] una reunión para tratar este asunto. Según los porcentajes de participación en el mercado éstas serían las Compañías que tendrían que congelar:

	POR DIA DE MATANZA	POR 25 DIAS	PARTICIPAC. %
Corporación Ganadera	7,717	192,926	16.08
Contán	2,315	53,878	4.82
Protina	2,278	69,453	5.79
Georbe	3,473	86,817	7.23
Redondo	2,778	69,453	5.79
Palomar	1,466	36,656	3.05
Rosmar	1,543	38,585	3.22
Avic. Asociadas	1,312	32,797	2.73
Galeb	1,003	25,080	2.09
Molin. San Martín	2,701	67,524	5.63
Molino Mayo	18,135	453,376	37.78
Molinos Takagaki	2,778	69,453	5.79

Sobre este cuadro es que va a tratar la reunión. La idea de Fernando Ikeda, y me la ha comunicado es que apoye la bajada al 2.20 (Kg. x pollo). Esto quiere decir que él que esté por encima de 2.20 tendría que congelar más pollo que lo que figura en este cuadro, en caso no venda rápido

Sobre el resultado de la reunión de mañana ya te estaré informando.”

La “reunión de mañana” a la que se refiere el ingeniero Marchand se trataría de la sesión de CPPC del 13 de octubre⁵⁹, realizándose posteriormente dos reuniones más los días 16 y 18 de octubre de 1995⁶⁰.

Merece destacarse el hecho que a partir del 18 de octubre de 1995, el precio del pollo BB carne en granja experimentó un alza y coincidentemente el peso promedio de pollo comercializado vivo se redujo a menos de 2.20 Kg. Nuevamente, el inusual número de reuniones celebradas en un período tan reducido, así como el comportamiento del mercado que coincide con el texto del memorándum del ingeniero Marchand, lleva a concluir que en estas reuniones se acordó elevar el precio del pollo, estandarizando el peso del producto en 2.20 Kg., y de esta manera restringiendo los volúmenes ofrecidos en el mercado, a iniciativa del señor Fernando Ikeda del Grupo San Fernando. Asimismo, este acuerdo habría inicialmente previsto que las empresas participantes retirasen nuevamente del mercado una cantidad de pollo en proporción a su participación en el mismo (mecanismo similar al empleado en el mes de julio de 1995, como se ha explicado anteriormente), así como toda cantidad adicional que excediera el peso concertado.

Debe notarse que en la segunda quincena de octubre, y en especial luego de las reuniones del 16 y 18 de octubre, se produjeron no sólo alzas simultáneas de las empresas involucradas, sino nuevamente coincidencias al centavo en los nuevos precios del pollo en granja entre varias de las empresas, tal como se aprecia en el Cuadro 1 que forma parte de la presente resolución. Así, del 18 al 19 de octubre cinco empresas subieron sus precios a exactamente S/. 2.42, sin perjuicio de que las demás empresas subieron a precios muy cercanos, con una variación promedio de más del 20%⁶¹. Si bien es de esperar que el mercado genere precios similares, la simultaneidad, la magnitud y rapidez del alza luego de un conjunto de reuniones entre las empresas son un claro indicio de la existencia del acuerdo. Pero las coincidencias no culminaron el 19 de octubre. Del 21 al 22 de octubre, ocho empresas subieron exactamente a S/. 2.54, sin perjuicio que las demás

⁵⁹ A esta reunión del CPPC asistieron los representantes de las siguientes empresas investigadas: Molinos Mayo S.A., Avícola San Fernando S.A., Molinera San Martín de Porres S.A., Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Avícolas Asociadas S.A., Redondos S.A. y Corporación Ganadera S.A.

⁶⁰ Las empresas investigadas cuyos representantes asistieron a esta última reunión fueron: Avícola San Fernando S.A., Molinera San Martín de Porres S.A., Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Avícola El Rocio S.A., Avícolas Asociadas S.A., Alimentos Protina S.A., Redondos S.A., Corporación Ganadera S.A.

⁶¹ Las empresas investigadas cuyo precio subió exactamente a S/. 2.42 el día 19 de Octubre fueron Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., Georbe, Molinos Mayo y Molinera San Martín.

empresas subieron a un precio similar, tal como se aprecia en el Cuadro 1.⁶² Sólo una semana después, del 30 al 31 de octubre de 1995, siete empresas subieron exactamente a S/. 2.71, sin perjuicio de aumentos similares en las demás.⁶³ Nuevamente, tratándose del precio en granja, generado un día antes de que el pollo llegue al centro de acopio, la explicación de que la información estandarizó el precio no resiste un análisis que le de verosimilitud, sobre todo al lado de los demás indicios existentes.

En particular, el alza de precios del 18 de octubre coincide además con lo señalado en el informe sobre la evolución de los precios presentado el 23 de octubre de 1995 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el que se consigna como comentario lo siguiente:

“El 18/10/95 el Precio se recuperó. En el mercado aun no se Puede Observar la demanda del producto, ya que depende del precio promedio del pollo **y el acuerdo que tomen el grupo de granjeros.**” (el resaltado es nuestro).

Este documento utiliza nuevamente el término “acuerdo” que, de conformidad a lo afirmado por las empresas avícolas, habría sido una mala interpretación del autor del documento. Sin embargo, esta hipótesis del error implicaría que varias personas vinculadas a la industria avícola cometen continuamente el error de interpretar opiniones individuales o simples propuestas como acuerdos. La hipótesis del error se diluye según la cantidad de veces que palabras como “acuerdo”, “votación” u otras similares, se utilizan en diversas oportunidades, en diferentes documentos y por distintas personas. Nuevamente este documento deja en evidencia que en los días siguientes se celebraría un nuevo acuerdo sobre el precio del pollo.

Lo señalado en el párrafo precedente debe ser evaluado en conjunto con el memorándum N° 162/95-Vtas encontrado en Corporación Ganadera S.A., de fecha 13 de noviembre de 1995, referido al programa de ventas y cobranzas de dicha empresa para los meses de noviembre y diciembre. En este documento se describe la situación del mercado de la siguiente manera:

“Precios Inestables, vemos como el día miércoles bajaron el precio de S/. 3.20 a S/. 3.10 y hay integraciones que están colocando pollos debajo del **precio sugerido** y aumentando sus pesos promedios.” (el resaltado es nuestro)

La referencia a “precio sugerido” permite mostrar la existencia de “alguien” que sugeriría un precio estándar, y que de acuerdo a los elementos de prueba enumerados hasta este punto sería el propio CPPC. A este documento se adjuntaba el siguiente cuadro:

⁶² Las empresas que subieron exactamente a S/. 2.54 el día 22 de Octubre fueron Avícolas Asociadas S.A., Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., Avícola Galeb S.C.R.L., Georbe, Molinos Mayo, Redondos y Avícola Rosmar S.A..

⁶³ Las empresas que subieron exactamente a S/. 2.71 el día 31 de Octubre fueron Avícolas Asociadas, El Palomar E.I.R.L., Avícola Galeb S.C.R.L., Georbe, Molinos Mayo, Redondos y Avícola Rosmar S.A..

“Programa de Producción C.G

	Fecha	Prod.	Vta.	Stock	Peso	Precio APA
Trébol	13.11 19.11	411	270	141	2.30	3.10
PH.Sta Rosa	20.11 26.11	325	300	166	2.40	3.00
Sta.Rosa	27.11 03.12	326	320	172	2.50	3.00
SeñorS.Grac.	04.12 10.10	275	320	125	2.40	3.20
Huaral	17.12 17.12	247	350	24	2.30	3.20
Calesa Chincha	18.12 24.12	296+40	360	00	2.40	3.25
Canario	25.12 31.12	288	280	00	2.25	3.25

Precio APA pero, Tenemos Pollo descarte en las dos primeras semanas por lo que creo el precio será a 2.85

En las siguientes semanas ya no hay descarte” (el resaltado es nuestro).

Se hace así referencia a un “Precio APA”. Una hipótesis sobre el significado de esta denominación es que se trata del precio acordado o fijado dentro de la APA. Según la explicación dada por el señor Rafael Bellido (Corporación Ganadera S.A.) en los informes orales desarrollados frente a la Sala el “Precio APA” es un precio del día, determinado por el mercado, que uno puede obtener llamando telefónicamente a la APA. No sería pues de acuerdo a dicha explicación, un precio fijado por el APA, sino un precio recogido como información del mercado y puesto a disposición de los agremiados día a día. Dicho precio respondería, según la explicación que se dio a la Sala, a las condiciones de mercado de cada día. Sin embargo, el señor Bellido no pudo dar una explicación satisfactoria de como se podía saber el 13 de noviembre de 1995, fecha del documento, cual iba a ser el precio APA en fechas posteriores, tal como se indica en el cuadro. Algunas de esas fechas se dan más de mes y medio luego de la fecha de la elaboración del documento, lo que desvirtúa la explicación de que el precio APA era un precio que reflejaba las condiciones de oferta y demanda de cada día y deja la hipótesis de un precio fijado como la única explicación razonable⁶⁴. Esto se confirma con la referencia que se hace al inicio del mismo documento de la

⁶⁴ En los informes orales del día 7 de julio de 1997 se produzco el siguiente diálogo entre el señor Bellido y los vocales de la Sala:

“SEÑOR BELLIDO: Bueno, básicamente explicarles un poco que es el precio APA. (...) es simplemente un precio que se registra promedio en el mercado, porque hay diferentes precios en el mercado. (...)

VOCAL (DOCTOR PAYET): Sobre el precio APA, ¿el APA predice también el precio futuro?

SEÑOR BELLIDO: Caballero, no se predice nada, es simplemente igual que el dólar. ¿A como va a estar el dólar mañana? Ni el BCR con la plata que tiene, puede controlar el dólar, por amor de Dios. (...)

PRESIDENTE: Una preguntita sobre esto del precio APA. Entendiendo la pregunta del Doctor Payet iba a ¿cómo se obtiene este precio APA, se llama al APA y a uno le dan el precio todos los días?

SEÑOR BELLIDO: Caballero, simplemente en los mercados va una persona del CADA y simplemente hace una encuesta, simplemente empieza a anotar referencialmente diferentes precios, como lo hace la empresa Apoyo, como lo hacen una serie de instituciones en el país y ese precio referencial que ni siquiera se lo dan oficialmente ninguna empresa sino el CADA tiene un empleado que va a diferentes mercados y pregunta, así como van los periodistas del canal 5 o del canal 4 y preguntan a como está el pollo, a que precio está y va.....

PRESIDENTE: Pero una pregunta, si este memo tiene fecha 13 de noviembre, ¿como se sabía cual era el precio APA, el 25 de diciembre, que es lo que aparece en este memo? Porque en este memo hay una serie de fechas y una serie de precios en las columnas y definitivamente no era posible saber cual iba a ser el precio dentro de más de un mes?

SEÑOR BELLIDO: Le vuelvo a decir pues, primero que no crea en ese memorándum, o sea simplemente la persona que ha escrito ese memorándum, ha estimado, como estimamos todos (...)

existencia de un “precio sugerido” respecto del cual algunas integraciones estarían estableciendo precios inferiores, dando a entender la existencia de incumplimientos del acuerdo, lo que también se refleja en pesos superiores⁶⁵. La referencia a “precio sugerido” y “precio APA”, lleva a concluir que se trataba de un precio sugerido **por** el APA o **en** el APA.

Finalmente, otro documento que debe ser evaluado en conjunto con los anteriores es el informe sobre la evolución de los precios presentado el 23 de noviembre por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el cual se hace referencia al precio de venta del pollo en granja así como a las fechas de su variación (S/. 3.20 el 30 de octubre y S/. 3.10 el 9 de noviembre), para luego señalar como comentario lo siguiente:

“El precio de S/.3.10. Se está manteniendo debido a que todos los integraciones (sic) **han bajado su producción por acuerdo** ya que el mercado necesita estabilizarse” (el resaltado es nuestro)

Los documentos antes mencionados indicarían la existencia de un acuerdo para mantener el precio del pollo a S/. 3.10, el cual habría sido adoptado en los primeros días del mes de noviembre de 1995 (posiblemente en la sesión del 8 de noviembre⁶⁶), y, posteriormente a S/. 3.00 a partir del 20 de noviembre hasta por lo menos el 2 de diciembre, para luego proceder al alza paulatina de los precios. Nuevamente aparece el término “acuerdo” referido a un control de producción para controlar el precio, lo que sigue desvirtuando la ya citada teoría de que existe un error, continuo y repetido, en el uso del término “acuerdo” o de otros términos similares vinculados a la existencia de un acuerdo, por parte de diferentes personas, en diversos momentos y en documentos distintos.

En el local de Corporación Ganadera S.A., se encontró otro documento que resume los asuntos tratados en una reunión llevada a cabo con, por lo menos, los representantes del grupo San Fernando, que, por referencias puntuales en su texto, fue celebrada antes del 19 de diciembre de 1995. En este documento se señala lo siguiente:

“Comentarios de Alberto Ikeda:

- 1.– Para Enero de 1996 se tendrá un excedente de 1'500,000 pollos.
- 2.– La crisis actual es similar a la 1976.
- 3.– Es probable que el precio caiga a S/. 1.50 por Kgr.
- 4.– **El nuevo peso acordado es de 2.400 Kg. (...)**. (el resaltado es nuestro)

La referencia que se hace en este documento a que “el nuevo peso acordado es

⁶⁵ Como ya se ha señalado antes, existe una clara relación entre el peso del pollo y el precio de este en el mercado. A mayor precio menor peso, a menor precio mayor peso.

⁶⁶ A esta reunión asistieron los representantes de las siguientes empresas: Molinos Mayo S.A., Avícola San Fernando S.A., Molinera San Martín de Porres S.A., Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Avícolas Asociadas S.A., Alimentos Protina S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., Redondos S.A., Avícola El Palomar EIRL, Corporación Ganadera S.A.

de 2.400 Kg.”, lleva a concluir que el acuerdo de reducción y posterior aumento de precios celebrado a inicios de noviembre fue modificado hacia finales de ese mes (antes de producirse el alza prevista para la semana del 4 de diciembre de 1995). Esta afirmación se hace en el contexto de expresiones que reflejan una clara preocupación sobre la existencia de una “sobreoferta” de pollo que llevará a una denominada crisis que hará caer los precios. Nótese que otra persona vuelve a usar un término referido a un acuerdo (“acordado”), desvirtuando una vez más la tesis del error. Nuevamente estos documentos son perfectamente consistentes y refuerzan el sentido de las demás pruebas e indicios indicados anteriormente y aportan en desvirtuar la tesis sobre un supuesto error en el uso del término, alegada por las empresas avícolas.

Adicionalmente a los indicios y pruebas mencionadas, es importante destacar que siguen existiendo coincidencias precisas en los precios a los que sube el pollo en días determinados por parte de una serie de empresas; así, del 5 al 6 de enero de 1996, ocho empresas suben exactamente a S/. 2.54, sin perjuicio de los aumentos similares en ese mismo día de otras empresas (ver Cuadro 2).⁶⁷ Del 26 al 27 de enero, siete empresas subieron a S/. 2.64 sin perjuicio de que las demás subieron a precios muy semejantes (ver Cuadro 2).⁶⁸

En febrero las coincidencias continuaron. Es especialmente notoria la ocurrida el 9 de febrero de 1996, en la que diez empresas subieron exactamente a S/. 2.98 sin perjuicio de que las variaciones de las demás empresas fueron a S/. 2.97 (Cuadro 2).⁶⁹

Por otro lado, obra en el expediente el informe presentado el 22 de enero de 1996 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el cual se consigna el siguiente comentario:

“El precio del pollo se mantiene aun, ya que no todas las integraciones presentan su producto **en su promedio de 2.4**” (el resaltado es nuestro)

La referencia a “*su promedio de 2.4*”, apreciada conjuntamente con el documento que hace referencia a los comentarios del señor Ikeda, reafirma que existía un peso acordado (de 2.4 kilogramos). Nuevamente, estos documentos son perfectamente consistentes y refuerzan el sentido probatorio de las demás pruebas e indicios indicados anteriormente.

Durante la segunda mitad del mes de diciembre, tuvieron lugar 4 reuniones del

⁶⁷ Las ocho empresas que suben a S/. 2.54 el día 6 de enero son Contan, Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., Avícola Galeb S.C.R.L, Molinos Mayo, Molinera San Martín, Redondos y Avícola Rosmar S.A..

⁶⁸ Las siete empresas que suben a S/. 2.64 el día 27 de enero son Avícolas Asociadas, Contan, Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., Avícola Galeb S.C.R.L, Alimentos Protina S.A. y Avícola Rosmar S.A..

⁶⁹ Las diez empresas que subieron sus precios exactamente a S/. 2.98 fueron Avícolas Asociadas S.A., Contan, Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., Alimentos Protina S.A., Redondos, Molinos Mayo, Molinera San Martín, Rocío y Avícola Rosmar S.A..

CPPC, tres de las cuales fueron celebradas en fechas inusualmente cercanas (13, 14 y 18)⁷⁰. En alguna o algunas de estas reuniones se discutió el documento titulado “Curva de Demanda del Pollo Vivo en el CADA-LMC y su Relación con el Ingreso de Pollos BB a Nivel Nacional”, el cual fue encontrado en Avícola Rosmar S.A. y que, según se desprende de su texto, fue elaborado el 10 de diciembre de 1995. En este documento se señala lo siguiente:

“Curva de Demanda del Pollo Vivo en el CADA LM y su Relación con el Ingreso de Pollos BB a Nivel Nacional

Demanda = 569 902 – 62 704 (precio) $r = -0,95306$

Precio con IGV (S/Kg.)	Demanda en CADA Kg./Día	Ingreso de Pollos BB Carne según el Peso (millones)				
		2,100	2,200	2,300	2,400	2,500
2,00	444 949	21,6	20,6	19,7	18,9	18,1
2,10	438 224	21,3	20,3	19,4	18,6	17,9
2,20	431 954	21,0	20,0	19,1	18,3	17,6
2,30	425 638	20,6	19,7	18,9	18,1	17,3
2,40	419 413	20,3	19,4	18,6	17,8	17,1
2,50	413 142	20,0	19,1	18,3	17,5	16,8
2,60	406 872	19,7	18,8	18,0	17,3	16,6
2,70	400 602	19,4	18,5	17,7	17,0	16,3
2,80	394 331	19,1	18,3	17,5	16,7	16,1
2,90	388 061	18,8	18,0	17,2	16,5	15,8
3,00	381 790	18,5	17,7	16,9	16,2	15,6
3,10	375 520	18,2	17,4	16,6	15,9	15,3
3,20	369 250	17,9	17,1	16,4	15,7	15,0
3,30	362 979	17,6	16,8	16,1	15,4	14,8
3,40	356 709	17,3	16,5	15,8	15,1	14,5
3,50	350 438	17,0	16,2	15,5	14,9	14,3

Fecha: 10 Diciembre 1995”

La información contenida en el cuadro antes transcrito permite proyectar cómo se comportaría el precio del pollo dependiendo de los niveles de crianza y los pesos del mismo. Esta información es consistente con la evaluación y distribución de información necesaria para adoptar un acuerdo de precios, pesos y volúmenes de producción.

Un documento que debe ser evaluado conjuntamente con el cuadro transcrito anteriormente es el informe presentado el 22 de febrero de 1996 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el cual se consigna el siguiente comentario:

“Durante este mes la variación y recuperación del precio ha sido constante debido a que los granjeros han disminuido su encasetamiento, ya que el costo del kilo de pollos se ha elevado y se necesita tener más capital para aumentar o mantener las cantidades que se vendió (sic) anteriormente, por el aumento habido en los insumos para la fabricación de alimentos balanceados”.

⁷⁰ La reunión que registra mayor asistencia es la llevada a cabo el día 18 de diciembre a la cual asistieron: Molinos Mayo S.A., Avícola San Fernando S.A.; Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Avícola El Rocío S.A., Avícolas Asociadas S.A., Avícola El Palomar EIRL, Redondos S.A., Avícola Galeb SCRL, Alimentos Protina S.A., Corporación Ganadera S.A., Avícola Rosmar S.A.

Cabe recordar que la cantidad final de pollos BB carne comercializados en el mercado depende del encasetamiento del pollito BB que, debido al proceso de crianza y engorde del ave, dura aproximadamente siete semanas y media. Ello quiere decir que el alza de precios producida en el mes de febrero guarda relación con el nivel de encasetamiento de pollitos BB carne de mediados del mes de diciembre de 1995, fecha que coincide con las reuniones llevadas a cabo en el CPPC en las cuales se discutió el cuadro "Curva de Demanda...". Este hecho se aprecia en el Gráfico 8 del informe de la Secretaría Técnica de la Comisión en el cual se observa que las empresas investigadas redujeron sus niveles de crianza en relación al mes anterior. La determinación del precio final, además del encasetamiento depende del peso del ave, pudiendo observarse igualmente del Gráfico 11 del Informe de la Secretaría Técnica de la Comisión que las empresas investigadas empezaron a reducir el peso del pollo que colocaban en el mercado a partir de la primera semana de febrero de 1996. En opinión de la Sala, esta serie de "coincidencias" que determinaron el alza del precio del pollo BB carne en el mes de febrero, no puede explicarse sino por la existencia de un comportamiento concertado entre los competidores en este mercado atendiendo además a la conducta repetida de concertación demostrada en los meses anteriores con las pruebas indicadas.

III.3.1.8 La continuación del manejo conjunto de los precios.

En el informe presentado el 23 de abril de 1996 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, se consigna el siguiente comentario:

"El precio se ha mantenido hasta la fecha, pero se observó en el período que aumento la producción. Así como la competencia y se refleja en el peso promedio 2.50 Ave. Por lo tanto se presenta una oferta en las próximas semanas".

Este comentario revela que, por lo menos a la fecha de elaboración de dicho documento, ya se percibía que los precios alcanzados en los meses de febrero y marzo de 1996 podían disminuir como consecuencia del aumento de volumen de crianza (que se desprenden de los Gráficos 8 y 12 del Informe de la Secretaría Técnica de la Comisión), así como de un episodio de competencia de precios como resultado de dicho aumento de volumen.

Conforme se desprende del acta de la sesión del CPPC del 24 de abril de 1996, recabada durante la investigación, las empresas asistentes acordaron reactivar las campañas publicitarias realizadas anteriormente para motivar el consumo del pollo, a propuesta del señor Héctor Bellido. En esta reunión se distribuyó y discutió un informe elaborado por el CADA-LMC titulado "ABASTECIMIENTO SEMANA DEL 16 AL 22.04.96". Un ejemplar de este documento, de propiedad del señor José Barba tal como fue reconocido por un representante de las empresas avícolas y señalado por el Secretario Técnico de la Comisión durante el Informe Oral rendido ante la Sala⁷¹, fue encontrado en los archivos de Avícola Rosmar

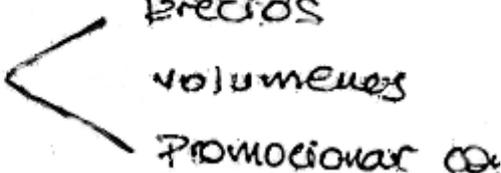
⁷¹ En los informes orales rendidos ante la Sala el 7 de julio de 1997, el señor Carlos Fernández Dávila y el señor Alejandro

S.A., con las siguientes anotaciones manuscritas:

Falla Jara declararon lo siguiente:

SEÑOR FERNANDEZ DAVILA: Tenemos otros documentos. La evaluación de las alternativas de solución al problema de la sobreproducción en la reunión del 24 de abril de 1996. Como aparece en el acta, este es un indicio de descargo, que nuevamente violando el principio de la unidad probatoria, la comisión omitió evaluar. Se omitió también evaluar el siguiente comentario del mismo señor Barba que me permito citar, aunque no esté presente, **“tú vas a encontrar también - y disculpen los errores pero es una transcripción textual - tu vas a encontrar también, creo que hay otra acta en la cual yo pongo concertación o libre mercado, ok, entonces esto claramente es una reflexión sobre, sobre concertación, no, o sea sobre concertar volúmenes de producción”**. De ello lo único que se puede concluir es que esto es una reflexión sobre concertación y no es un reflejo de una concertación. Consideramos natural y oportuno que el señor Barba reflexione en este momento sobre esos temas, con mayor razón si su empresa y competidores se encontraban involucradas en la investigación más grande de la historia de la comisión de libre competencia. La comisión no tomó en cuenta este contraindicio que acabamos de mencionar, otra vez. Citamos nuevamente al señor Barba: **“no sé si se hace internamente o como te digo es un amigo, o se pueden hacer en forma posterior. Esta observación decididamente la he hecho no en una reunión sino fuera de una reunión”**. Nuevamente, el señor Barba llega a la conclusión de que la observación que cita la Comisión como prueba de que hubo concertación durante una reunión y como prueba de que efectivamente las anotaciones del señor Barba se habían producido durante una reunión, el señor Barba está diciendo que esto no fue así. Que sin lugar a dudas, las anotaciones que el habría realizado se produjeron con posterioridad a la reunión, sin embargo esto no es citado. (el resaltado es nuestro)

SEÑOR FALLA: La siguiente es un acta del Comité de Productores de Pollo Carne que lleva fecha 24 de abril de 1996, eso es al día siguiente que fue presentado el informe anterior, que en la parte pedidos, el señor dice: “del señor Héctor Bellido, proponiendo reactivar la campaña publicidad motivando así mayor consumo, dicho pedido se aprobó encargándosele a la comisión de publicidad”. En esa reunión, el siguiente documento por favor, la prueba 17, como en todas otras del Comité de productores de pollo carne similares, se repartieron unos informes que son estos. **Esta, (mostrando un documento) corresponde justamente a la semana del 16 al 22 de abril del 96, ésta fue entregada a todos los asistentes en la reunión del 24, a la cual asistió el señor Barba, que es la empresa de la cual obtuvimos copia de este documento, que en la parte, digamos contra parte de este documento, se señala, creo que está mal la..., en ese contexto en el cual se estaba discutiendo, está al revés (el gráfico), ok, en el cual se estaba discutiendo el tema de la publicidad, él anota, concertación, se señala allí, precios, volúmenes, promocionar consumo y como alternativa se señala, se hace una anotación, libre mercado**. Bueno hasta allí no podemos sacar absolutamente ninguna conclusión y nadie efectivamente lo ha hecho, pero quisiéramos presentar otras pruebas para hacer una lectura en conjunto y no separada de todas las pruebas. La siguiente por favor, la número 19. Esta es un acta del APA del 30 de abril de 1996, los documentos anteriores corresponden al 24 de abril del 96, que en la parte de informes, en la siguiente página, que se dice, el señor Raúl Ramos informó que se está evaluando la posibilidad de iniciar una campaña publicitaria para aumentar el consumo del pollo. Se reitera el tema de la campaña publicitaria, se alude que todavía no hay un informe, se están evaluando las posibilidades de iniciar una campaña publicitaria. La siguiente prueba por favor. El siguiente es un documento que fue encontrado en las visitas, en la primera visita que se realiza al local del APA, fue encontrado en un lugar en el segundo piso, en uno de los escritorios, cosa rara, al día siguiente que volvimos a la institución, ese mismo documento no estaba, simplemente había desaparecido, no estaba en el mismo sitio en el cual lo habíamos encontrado.

concertación 



libre mercado.



Tal como se desprende del acta de la sesión del CPPC del 03 de mayo de 1996, en esta reunión se aprobó realizar una campaña de promoción y publicidad dirigida a incentivar el consumo de pollo.

Otro medio probatorio hallado durante la investigación es el documento titulado "MERCADO DE POLLOS (SITUACION Y ALTERNATIVAS DE SOLUCION)" que, por algunas referencias a los precios promedios del mercado, fue preparado, según lo han reconocido las investigadas, el 20 de mayo de 1996. Este documento fue elaborado por el señor Izaguirre, conforme lo han reconocido él y las empresas investigadas y expuesto en la reunión del 22 de mayo de 1996. En este documento se señala lo siguiente:

"1 SITUACIÓN ACTUAL -----> EXCEDENTES

PESO VIVO ACTUAL (GRAMOS)	=	2,610
PESO VIVO IDEAL (GRAMOS)	=	2,250
EXCESO DE PESO (GRAMOS)	=	360
EXCESO EN DIAS	=	6
EXCESO EN %	=	20
EXCESO EN KGS $370,000 * 30 * 0.20$	=	2,220,000 KGS/MES 74,000 KGS/DIA

2 ALTERNATIVAS DE SOLUCION

2.1 BAJAR EL PRECIO

Y= 585,490 – 68,615 (PRECIO EN GRANJA)

SI BAJO EL PRECIO EN S/. 1.00 AUMENTA EL CONSUMO EN 68,615 KGS/DI
PARA AUMENTAR 74,000 KGS/DÍA DEBO BAJAR EL PRECIO EN S/. 1.07

EN UN MES SE VENDE $370,000 * 30 = 11,100,000$ KGS.
SI BAJAMOS S/. 1.07 POR KG. :
EL INGRESO DISMINUIRÍA EN 11,877,000 SOLES
4,948,750 DOLARES

2.2.PROMOCIÓN DE UN SORTEO PARA INCREMENTAR EL CONSUMO
COSTO APROXIMADO = 500,000 DOLARES

CONSUMO DE CARNES Y MENUDECENCIAS EN LIMA Y CALLAO EN MARZO DE 1996

CARNE	CONSUMO KGS	PRECIO S/. XKG	GASTO SOLES
PESCADO	9,000,000	4.50	40,500,000
VACUNO	2,900,000	8.53	24,737,000
PORCINO	1,200,000	8.40	10,080,000
MENUDECENCIAS	600,000	6.67	4,002,000
OVINO	100,000	9.97	999,000
TOTAL			80,318,000

EL EXCEDENTE ES DE 2,220,000 KGS DE POLLO VIVO
EL EXCEDENTE CUESTA $2,220,000 * 0.85 * 6.2 = 11,699,400$ SOLES

11,699,400 SOLES REPRESENTA APROXIMADAMENTE 15% DEL GASTO DE LAS OTRAS CARNES Y MENUDECENCIAS DEL CONSUMIDOR DE LIMA METROPOLITANA Y CALLAO."

El 23 de mayo de 1996 -esto es, al día siguiente de expuesto el documento antes transcrito - se inició la promoción publicitario conocida como el "pollo con premio", que consistía en la entrega de cupones para sorteo de premios por la compra de determinada cantidad de pollo. En las semanas siguientes al inicio de la promoción, el precio del pollo inició una marcada caída de mas de un Nuevo Sol.

Debe notarse que el inicio de la caída del precio coincide con la fecha de la reunión en la que se discuten las alternativas de solución y que incluía una reducción de los precios para eliminar excedentes. También debe notarse la similitud en el análisis contenido en otros documentos elaborados por el señor Izaguirre y que sirvieron como base para otros acuerdos y concertaciones. Así, se evalúan los efectos de las medidas, sus costos y la necesidad de su implementación. Esto es un indicativo claro de que las empresas estaban manipulando conjuntamente el precio del pollo vivo.

Posteriormente, a finales de junio e inicios de julio se produce una importante alza de los precios, dentro de la cual las coincidencias en los precios del pollo en granja a los que aumentan diversas empresas constituyen otro indicio sobre la existencia de una concertación de precios. Así, del 28 al 29 de junio diez

empresas elevan su precio a exactamente S/. 2.46⁷² (un promedio de 19%), del 5 al 6 de julio ocho empresas suben exactamente a S/. 2.75⁷³ (12%) y del 10 al 11 de julio ocho empresas suben simultáneamente a exactamente S/.3.05⁷⁴(11%) sin perjuicio de aumentos simultáneos y similares en las demás empresas (ver Cuadro 3, que integra la presente resolución). Nótese además que las empresas en estos tres aumentos simultáneos y exactos son prácticamente las mismas.

En relación a la promoción denominada “pollo con premio”, la Sala concuerda con el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Comisión en el inciso b) del punto sétimo de la parte resolutive de su pronunciamiento, en cuanto establece que no constituyen prácticas restrictivas, los acuerdos para realizar publicidad en común. Asimismo, coincide en que estos acuerdos podrán ser ilegales si son usados para facilitar la ejecución de un acuerdo de precios de cualquier otra práctica restrictiva.

Sin embargo, la Sala no coincide con la Comisión cuando sostiene que la publicidad hecha por las empresas en forma conjunta es, por si misma, una práctica ilícita. Al analizar este hecho, tanto la resolución como el informe técnico sugieren que se ha ocasionado graves perjuicios económicos a los productores a quienes no se permitió participar en la promoción. Por el contrario, la Sala considera que campañas de promoción como la que ha sido materia de este procedimiento, constituye una práctica legítima que no puede ser cuestionada y sólo puede ser considerada como prueba de los niveles de contacto existentes entre las empresas.

Siendo una promoción dirigida a fomentar el consumo; y pudiendo llevarse a cabo de manera totalmente independiente de un acuerdo de precios, no puede concluirse, necesariamente, que la promoción sirvió de apoyo, sustento o complemento para restringir la competencia. Las empresas deben de ser libres de acordar con otras empresas su incorporación a una campaña de promoción, como son libres de no incorporar a otra empresa. La inclusión en si misma no dice nada sobre una restricción de la competencia, menos aún si los excluidos pueden libremente llevar a cabo campañas similares, para competir en términos semejantes.

En tal sentido, la Sala ha determinado que en este periodo la práctica ilegal es sólo la concertación de precios con el objeto de bajarlos y subirlos de manera conjunta, pero no considera que la campaña publicitaria y de promoción en si misma pueda ser calificada como una práctica ilegal, al no haberse demostrado que sirvió de sustento para llevar a cabo la concertación.

⁷² Estas empresas son Agropecuaria del Pilar, Avícolas Asociadas, Contan, Corporación Ganadera S.A., Avícola Galeb S.C.R.L, Molinos Mayo, Molinera San Martín, Alimentos Protina S.A., Redondos y Avícola Rosmar S.A..

⁷³ Estas empresas son Agropecuaria del Pilar, Avícolas Asociadas, Contan, Avícola Galeb S.C.R.L, Molinos Mayo, Alimentos Protina S.A., Redondos y Avícola Rosmar S.A..

⁷⁴ Estas empresas son Agropecuaria del Pilar, Avícolas Asociadas, Contan, Corporación Ganadera S.A., Avícola Galeb S.C.R.L, Molinos Mayo, Molinera San Martín, Alimentos Protina S.A., Redondos y Avícola Rosmar S.A..

Por otra parte, varias de las empresas avícolas han señalado que si ellas han sido incluidas en la investigación debió incluirse a Avinka S.A. (antes Molinos Takagaki). En relación a ello, debe señalarse que la Sala no puede pronunciarse sobre la participación de Avinka S.A. en los hechos materia del procedimiento, toda vez que al haber sido excluida en primera instancia del proceso investigador no obran en el expediente pruebas respecto de su participación, ni corresponde realizar dicha investigación en esta instancia, puesto que ello implicaría pronunciarse sobre un tema no controvertido en el procedimiento, vulnerando así los derechos del administrado.

III.3.1.9 La participación de empresas vinculadas.

Existe un grupo de empresas investigadas y sancionadas en el presente proceso, vinculadas económicamente a algunas de las empresas que participaron en la concertación producida al interior del CPPC, que, a diferencia de estas últimas, no se dedican a la crianza y comercialización de pollo carne, sino más bien a la crianza y comercialización de reproductoras, o a la producción y comercialización de huevos fértiles. Estas empresas son Agropecuaria del Pilar S.A., Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A., Haidarliz S.A. y Granja Los Huertos S.A..

La responsabilidad de las empresas enunciadas en el párrafo precedente ha sido determinada en la resolución de primera instancia, principalmente por su vinculación económica con otro grupo de empresas que directamente concertaron al interior del CPPC, en tanto se ha considerado que una serie de acuerdos (como la eliminación de reproductoras o la exportación de huevos fértiles y la reducción de importación de huevos fértiles) no se habría podido producir sin su participación.

La Sala reconoce que la vinculación económica que hay entre algunas de las empresas dedicadas a la cría y comercialización de reproductoras y/o a la producción y comercialización de huevos fértiles, con empresas que concertaron al interior del CPPC, constituye un indicio de la posible participación de las primeras en el cartel sancionado. Asimismo, la Sala reconoce que de no contarse con mecanismos eficaces para controlar la producción, sería sumamente difícil ejecutar los acuerdos descritos en los puntos anteriores. Sin embargo, la Sala estima que no existen pruebas ni indicios adicionales que, apreciados con el hecho de la vinculación económica, permitan concluir fuera de toda duda razonable que las empresas vinculadas a aquellas agrupadas en el CPPC, efectivamente hayan participado en el acuerdo. Por esta razón, en opinión de la Sala, corresponde liberar de responsabilidad en el presente proceso a Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A., Haidarliz S.A. y Granja Los Huertos S.A..

Sin embargo, en el caso concreto de Agropecuaria El Pilar S.A., las razones

expuestas en el párrafo anterior no son aplicables para exonerarla de responsabilidad, puesto que si bien no integra la APA, ni asistió a las reuniones en las que se adoptaron los acuerdos de concertación, durante el período materia de investigación registró ventas directas de pollo vivo, con las mismas características de las ventas realizadas por las demás empresas infractoras.

III.3.2 El “Intento de Fusión Avícola” (IFA).

A partir del segundo semestre del año 1995 las empresas integrantes del Grupo Ikeda, (Molinos Mayo y Avícola San Fernando S.A.) Molinera San Martín de Porres S.A., Corporación Ganadera S.A., Alimentos Protina S.A. y Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, adoptaron una serie de acuerdos a nivel de producción, comercialización, adquisición de insumos, entre otros, que dieron lugar a la conformación de la llamada “Alianza Estratégica Avícola” (AEA), nombre posteriormente modificado por el de “Intento de Fusión Avícola” (IFA).

Las empresas que conforman la IFA han reconocido la conformación y funcionamiento de dicho grupo, cuando menos a partir de octubre de 1995, al igual que la coordinación permanente entre las mismas en lo referido a comercialización y producción, así como en cuanto a la adquisición de insumos. Del mismo modo han admitido expresamente que conformaron grupos o equipos de trabajo encargados de cada una de dichas materias, a efectos de facilitar la coordinación.

Sin embargo, estas empresas han sostenido que dichos acuerdos y coordinaciones se enmarcan dentro de un proceso de fusión, por lo que su actuación no constituiría un acuerdo restrictivo de la competencia sancionable en virtud del Decreto Legislativo N° 701, toda vez que respondía a un proceso de integración, que afectaba las estructuras de las empresas (un “traspaso de empresa”), sustentado en razones económicas

En relación a ello, en un primer momento sostuvieron que se trataba de una fusión en términos legales. Sin embargo, luego manifestaron que se trataba de una integración sin unificación de las personalidades jurídicas de sus integrantes y que, en realidad, la palabra fusión había sido utilizada en términos económicos y no en términos legales.

La Sala considera que las eventuales infracciones que pudieran haberse producido al interior de la AEA o IFA se habrían producido en forma simultánea a la concertación de precios, condiciones y restricciones de producción que involucra a todas las empresas investigadas.

En este sentido, en todo caso, cualquier acuerdo restrictivo de la competencia adoptado al interior de la AEA o IFA, se habría yuxtapuesto a los acuerdos y conductas generados en el marco de una concertación mayor y por ello debe ser considerado como parte de los actos de concertación que involucran a las demás

empresas.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente el análisis contenido en el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución N° 206-97-TDC⁷⁵, referido a la diferencia que existe entre las operaciones de concentración bajo cualquier modalidad (como por ejemplo, la fusión), de los acuerdos entre empresas no vinculadas e independientes dirigidos a restringir la competencia entre ellas o coordinar su actividad competitiva.

En principio, la principal diferencia entre las operaciones de concentración y los acuerdos restrictivos de la competencia es que éstos últimos no necesariamente resultan en una modificación permanente de la estructura de las empresas. La modificación de las estructuras de las empresas puede implicar una reducción de costos y una mayor eficiencia productiva. En cambio un simple acuerdo de precios reduce rivalidad entre las empresas sin generar ninguna reducción real de costos ni mayores eficiencias pues no existe una integración que la genere.

Como se ha señalado anteriormente, los acuerdos o concertaciones para restringir competencia son *per se* ilegales, conforme a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, modificado por el Decreto Legislativo N° 788 y el Decreto Legislativo N° 807. En cambio, nuestra legislación, a diferencia de la de muchos otros países, no prevé un control previo (ni posterior)

⁷⁵ Resolución N° 206-97-TDC, emitida el 13 de agosto de 1997 en el procedimiento seguido por Miguel Ciccía Vásquez E.I.R.L. con Empresa Turística Mariscal Cáceres E.I.R.L. sobre concertación de precios y reparto de mercado. En dicha resolución se aprobó el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria:

"Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

- i) los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;
- ii) las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;
- iii) los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal."

de fusiones, pudiendo, en principio, las empresas libremente celebrar acuerdos de concentración empresarial.

No obstante, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones sobre el tema de la concentración empresarial. En particular, la Sala estima conveniente dejar claramente sentado que cualquier modalidad de concentración empresarial que en la realidad no conlleve una modificación permanente de las estructuras de las empresas involucradas, siendo por el contrario una mera simulación o “careta” para ocultar una restricción de competencia entre los agentes económicos, debe ser sancionada como cualquier otra concertación - esto es, será considerada una práctica *per se* ilegal-.

Asimismo, considera que las coordinaciones dirigidas a establecer niveles de precios comunes, controles de volúmenes de producción, u otras prácticas que restrinjan la competencia antes de que la integración efectiva se haya dado entre las empresas, constituyen prácticas ilegales en tanto los beneficios y eficiencias que pudieran derivarse de la integración referida no se estarían produciendo, siendo durante dicho periodo un simple acuerdo y no una real integración. Así la coordinación de conductas prohibidas por el Decreto Legislativo N° 701 no podrá tener como excusa para evitar la sanción que las mismas se llevaron a cabo en la perspectiva de consolidar un futuro proceso de integración. Sólo luego de la integración real es que estas conductas podrán salir de la esfera de las prácticas ilegales.

Como ya se indicó, la yuxtaposición de las prácticas restrictivas probadas y descritas en los puntos anteriores y las que hubieran podido desarrollarse al interior de la AEA o IFA, hacen que carezca de sentido considerar tal concertación como una práctica independiente y por tanto sancionable de manera distinta. En todo caso, lo que pudo haber existido es un acuerdo para llevar una posición común a la negociación de la concertación mayor.

En cuanto a la creación de barreras de acceso al mercado según lo que se desprende del proyecto de conformación de la AEA, cabe destacar que no existen pruebas suficientes que demuestren que los referidos acuerdos llegaran a adoptarse. En consecuencia, en el extremo de la creación de barreras, corresponde también liberar de responsabilidad a las empresas investigadas.

III.4 La sanción aplicable.

III.4.1 Los límites de la potestad sancionadora de la administración pública.

Dado que en el caso materia de este pronunciamiento están presentes una serie de conductas desarrolladas de manera sucesiva durante un lapso determinado, pero vinculadas por una intencionalidad común -esto es, restringir la competencia entre las empresas que concurren en el mercado de pollo vivo comercializado en Lima y el Callao-, es importante establecer cómo este hecho condiciona la

aplicación de las normas referidas a las sanciones imponibles. En particular, hay que establecer si corresponde imponer una sola sanción, o acumular (sumar) una serie de sanciones por cada acto cometido.

Como ha señalado la Sala en anteriores oportunidades⁷⁶, en el ordenamiento legal peruano el poder punitivo del Estado es único y se manifiesta a través de dos potestades sancionadoras paralelas: la penal y la administrativa. Como consecuencia de ello, las sanciones administrativas y penales son sustancialmente parecidas: ambas son manifestaciones del poder punitivo del Estado. Sobre este particular, sin embargo, el doctor Jorge Danós⁷⁷ explica que nuestro sistema jurídico "...carece de un cuerpo legal que trace con carácter general las líneas maestras del ordenamiento sancionador, es decir, que establezca expresamente principios comunes extensivos a los distintos campos de la actividad administrativa".

Ante la falta de una legislación como la descrita en el texto anteriormente citado, estudiosos de la materia⁷⁸ y reconocidos tribunales internacionales (por ejemplo, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional de España⁷⁹ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁰) han considerado que la potestad sancionadora de la administración pública debe sujetarse a los principios que inspiran el ordenamiento penal. En este mismo orden de ideas, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha señalado en anteriores oportunidades que:

"...los límites de la potestad punitiva de los distintos órganos funcionales del Indecopi, como integrantes de la Administración Pública, se deben sujetar, en principio, a la aplicación de los principios garantistas que informan al Derecho Penal, en particular aquellos que tienen consagración constitucional. Ello constituye una garantía para los administrados."⁸¹

⁷⁶ Resolución N° 014-97-TDC, en el proceso seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. y Nicolini Hermanos S.A. contra Compañía Transcontinental del Perú S.A. y Publicitas / Imaa Inc. de Publicidad S.A., sobre publicidad comparativa y engañosa, publicada en el diario oficial El Peruano el día 31 de enero de 1997, en la que se analizan los alcances de las facultades punitivas de la administración pública.

⁷⁷ DANÓS, Jorge. Notas Acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, en: Ius et Veritas, Año V, N° 10, p.151.

⁷⁸ Al respecto el profesor García de Enterría (García de Enterría, Eduardo y Tomás - Ramón Fernández, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo". Madrid: Civitas, 1986, p. 450) señala que:
"La Jurisprudencia...ha comenzado ya a aplicar esta técnica de control de los poderes discrecionales condenando...las sanciones...que se imponen por la Administración con olvido de los principios que presiden el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en todo caso, tanto en su manifestación administrativa como en la propiamente penal...ya que toda infracción, cualquiera sea el campo donde se produce, pertenece al "ilícito" como supraconcepto y debe atenerse al régimen general previsto para el mismo, incluido el que para la prescripción de las faltas señala el CP [Código Penal]".

⁷⁹ BERENGUER FUSTER, Luis. Los Derechos de Defensa en los Procedimientos en Materia de Competencia. Derecho Español y Comunitario, 1997, p. 78.

⁸⁰ Danós, Op. cit, p. 152.

⁸¹ Ver nota a pie N° 76, referida a la Resolución N° 014-97-TDC, emitida en el proceso seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. y Nicolini Hermanos S.A. contra Compañía Transcontinental del Perú S.A. y Publicitas / Imaa Inc. de Publicidad S.A.

En el presente caso, las empresas procesadas han desarrollado una serie de conductas que, individualmente consideradas, podrían merecer igual cantidad de sanciones -esto es, una sanción por cada infracción-. Nuestro ordenamiento punitivo, sin embargo, a diferencia de, por ejemplo, el anglosajón, no contempla la posibilidad de sumar penas o sanciones. Ello, como se explicará más adelante, constituye una garantía para el administrado.

III.4.2 Los argumentos de las empresas investigadas.

Como sustento de los diversos recursos de apelación presentados se señala que la escala de multa impuesta -esto es, la escala modificada por el Decreto Legislativo N° 807- es nula en tanto se aplicó retroactivamente para sancionar infracciones cometidas antes de la vigencia del mencionado Decreto. De esta manera, las recurrentes expresan que las infracciones sancionadas merecían, en todo caso, la aplicación de las multas vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 807 -esto es, hasta 50 UIT-. Por otra parte, señalan que de existir un conflicto de leyes punitivas en el tiempo, se les debió aplicar la más favorable. Finalmente, las recurrentes argumentan que la institución del delito continuado no era aplicable al caso.

En opinión de la Sala, los argumentos esbozados confunden dos instituciones distintas del Derecho Penal. La aplicación de la ley penal en el tiempo (o conflicto de leyes en el tiempo) y la pluralidad de delitos y acciones (o concurso de leyes y de delitos), como se explicará a continuación.

III.4.3 La aplicación de la ley penal en el tiempo.

La aplicación de la ley penal en el tiempo se rige por el principio de legalidad. Ello significa que la ley penal es aplicable a los actos cometidos durante su vigencia o, en otras palabras, que éstos sólo pueden ser sancionados cuando exista una ley vigente con anterioridad a la comisión de los mismos⁸².

La excepción a esta regla es la retroactividad benigna, que en el caso más extremo (la despenalización de conductas⁸³) produce la ineficacia de una sanción que corresponda a un acto cometido bajo la vigencia de la ley derogada, cuando la nueva ley no prevé sanción alguna para el mismo acto. Este sería el caso, por ejemplo, de una nueva ley que derogue las sanciones aplicables a las concertaciones de precios cuando ya se encuentra en marcha un procedimiento administrativo en el que se investiga una concertación producida con anterioridad a esta nueva ley. La retroactividad benigna haría que se purguen todas las

⁸² Ver Hurtado Pozo, José Manual de Derecho Penal - Parte General, Segunda Edición, Editorial y Distribuidora de Libros S.A. EDILI, 1987, pp. 268 y ss.
Jescheck, Hans "Tratado de Derecho Penal. Parte General" Bosch: Barcelona, 1981, volumen 1, pág. 173.

⁸³ Jescheck, Op. Cit., pág. 187.

infracciones cometidas bajo el imperio de la ley antigua, sin que se pueda sancionar a los infractores, a pesar de haber cometido una infracción en el momento en que estaba sancionada. Este supuesto, sin embargo, es evidentemente ajeno al presente caso.

Fuera de esa excepción, la retroactividad en materia penal no está permitida. En opinión de la Sala, estos dos aspectos (irretroactividad como principio y retroactividad benigna como excepción) se aplican por igual al Derecho administrativo sancionador y al Derecho penal, -al ser ambas manifestaciones del poder punitivo del Estado-, siempre y cuando no medie ley en contrario que excluya de estas garantías a determinados procedimientos administrativos⁸⁴.

III.4.4 La pluralidad de acciones y delitos: el delito continuado.

El informe legal del señor Pinkas Flint acompañado a los diversos recursos de apelación presentados, sustenta la nulidad de la resolución de la Comisión señalando que la institución del delito continuado era inaplicable al caso concreto, y que en todo caso, la norma aplicada por la Comisión no contiene ni prevé esta institución, sino que se refiere a un tema distinto. De esta manera se señala que:

“el supuesto de la ley [se refiere al artículo 49 del Código Penal, aplicado por la Comisión] está expresamente destinado a determinar qué sanción o pena debe aplicarse a **aquél que comete delito en varias ocasiones configurando varios delitos con diversas penas**. El dispositivo sanciona que la pena más grave que contemple la legislación vigente al momento en que los hechos sucedieron, siempre y cuando no haya conflicto de leyes en el tiempo...” (el resaltado es nuestro)

Lo transcrito contiene un error conceptual, pues señala que el artículo 49 se refiere en verdad a lo que en doctrina se llama concurso real de delitos⁸⁵, regulado en el artículo 50 del Código Penal⁸⁶ (“...aquél que comete delito en varias ocasiones configurando varios delitos con diversas penas...”). En el caso del concurso real, el sistema adoptado tiene como base el principio de la absorción,

⁸⁴ Danós, Op. Cit., p. 154.

⁸⁵ “[el concurso real ocurre cuando] el autor comete varias acciones punibles independientes (pluralidad de hechos); en este caso tiene que darse lugar...a la acumulación de todas las penas individuales” (Welzel, Hans “Derecho Penal Alemán” Editorial Jurídica de Chile: Santiago, 3era. Edición, pág.324); “...consideramos que la **pluralidad de acciones** es la base del concurso real de delitos. Cada una de las acciones debe ser independiente, de modo que puedan ser consideradas como infracciones autónomas...este requisito de la independencia de las acciones se percibe con más claridad si se tiene en cuenta el artículo 107 [actual artículo 47 del Código Penal], que describe el delito continuado [que descansa justamente sobre la base de la **unidad de acción**]” (Hurtado: Op. Cit. 585) (el resaltado es nuestro); la diferencia es bastante sencilla. Extrapolando las ideas transcritas, podemos concluir que en el concurso real existen delitos distintos, con móviles distintos, cometidos en momentos distintos (violación de una menor en marzo, luego asalto a un banco en abril, y finalmente lavado de dinero en mayo, cuando el criminal ya adquirió suficiente “experiencia” en la materia). Por eso se dice que hay **pluralidad de acciones con relevancia jurídica**. Por el contrario, en el delito continuado existen distintos hechos que se suceden casi sin solución de continuidad, pero guiados por una misma empresa criminal, e incurriendo sucesivamente en el mismo tipo penal. Por ello se considera que existe un sólo delito que se va cometiendo poco a poco, y que por tanto existe **unidad de acción con relevancia jurídica**.

⁸⁶ **CODIGO PENAL, ARTICULO 50.-** Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48.

según el cual la pena más grave impuesta sirve al mismo tiempo de castigo por las infracciones más leves⁸⁷. Tal sería el caso de quien comete violación y homicidio, con lo que se configura el tipo penal del asesinato (que tiene un tratamiento propio) y es procesado por estos tres delitos independientes unos de otros. En este supuesto, sólo se aplica la sanción más grave, es decir, pena privativa de la libertad por 25 años, que corresponde al asesinato regulado en el artículo 173 del Código Penal. Ello es así para evitar la acumulación de las penas, es decir 53 años resultantes de acumular ocho años por la violación, 25 por el asesinato y 20 por el homicidio. La finalidad implícita en la norma, de favorecer al procesado es evidente.

Por el contrario, la doctrina señala que la característica del delito continuado es que cada una de las acciones cometidas constituye por sí sola un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito, en tanto responden a un mismo plan preconcebido o a una única voluntad o resolución delictiva⁸⁸. A manera de ejemplo, tal sería el caso de un cajero que se propone sustraer un millón de dólares del banco en el que labora y realiza su propósito en cinco días diferentes, mediante cinco apoderamientos parciales distintos; o de la esposa que intenta asesinar a su marido mediante el empleo de un veneno en tres dosis, cada una de ellas insuficientes para lograr su propósito (meras tentativas), pero que en su conjunto son idóneas para tal fin.

En el delito continuado, a diferencia del concurso real de delitos, no se castigan los distintos actos ejecutivos (ver caso del cajero antes explicado, en el que el agente hurta de a pocos), sino el resultado en su conjunto (todo el resultado), razón por la cual se aplica una sola sanción global. En este supuesto se considera que sólo hay un delito que merece una pena unitaria. De esta manera, se trata de una solución favorable al procesado porque no se acumulan las sanciones que corresponderían a cada acto ejecutivo.

El delito continuado está previsto en el referido artículo 49 del Código Penal, que señala que⁸⁹:

“Cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal serán considerados como un solo delito continuado y se sancionará con la pena correspondiente a éste.”

Para la verificación del delito continuado se requiere la presencia de distintos elementos objetivos, que se describen a continuación:

⁸⁷ Hurtado, Op. Cit., pág. 582.

⁸⁸ Ver BRAMONT-ARIAS, Luis. Código Penal Concordado, pp. 235 y ss.

⁸⁹ El texto que se transcribe es el que estuvo vigente desde el inicio de la concertación de precios hasta el 11 de noviembre de 1996. Ese día fue publicada la modificación del artículo 49 del Código Penal, fecha que ya se encuentra fuera del período investigado y por tanto no afecta la tipificación de los hechos materia de este procedimiento.

- a) Varias violaciones de la misma ley. Esto es, homogeneidad en la calificación jurídica de las infracciones.
- b) Dichas violaciones deberán ser realizadas mediante diversos actos ejecutivos, esto es, mediante una pluralidad de actos que irán poco a poco ampliando el mismo contenido del injusto⁹⁰ (caso del cajero de un Banco que va robando de a pocos el dinero que le ha sido confiado. El delito de hurto -contenido de injusto- será el mismo, pero la magnitud del perjuicio causado al Banco se incrementará con cada acto particular).
- c) Estos hechos deben darse en el mismo momento de la acción o en momentos diversos. Esto se refiere al factor temporal, que puede ser más estrecho o más amplio.

Por otro lado, en el delito continuado existe un elemento subjetivo que le da coherencia al tratamiento unitario: los hechos realizados deben provenir de la misma resolución criminal. Esto se refiere a que el agente debe haber obrado en realización del mismo plan, móvil o empresa delictiva⁹¹.

La Sala considera que en el presente caso concurren todos los elementos objetivos y subjetivos para la configuración de una infracción asimilable al delito continuado.

Así, tal como se ha podido concluir en el punto III.3. de la presente resolución, las empresas procesadas han venido tomando y ejecutando diversos acuerdos destinados a restringir la competencia en el mercado del pollo, acuerdos que individualmente considerados constituyen varias violaciones de la misma ley, en este caso, de lo establecido por el artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo Nº 701⁹², artículo que como ya se explicó, contiene una infracción "per se" ilegal.

Dichas violaciones se verificaron en distintos momentos, a lo largo de todo un periodo, y como parte de un mismo plan o estrategia (que se inicia con la conformación del Comité de Estadística). Este plan consistió en la fijación conjunta de precios para afrontar una posible crisis. Estos móviles, elemento subjetivo indispensable para la configuración del delito continuado, han sido largamente explicados al analizar las pruebas.

III.4.5 La aplicación de la ley penal en el tiempo en el caso de delitos continuados.

Como se ha concluido que en el presente caso se ha configurado una infracción que debe ser tratada como un delito continuado, la Sala debe ahora determinar

⁹⁰ Welzel, Op. Cit. pág. 312.

⁹¹ Hurtado, Op. Cit, pp. 595 a 608.

⁹² **DECRETO LEGISLATIVO Nº 701, ARTICULO 6.-** Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

- a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta , de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio".
- b)

qué ley resulta aplicable al existir un posible conflicto de normas punitivas en el tiempo.

Para nuestro propósito, no debe perderse de vista que el delito continuado se considera una unidad de acción⁹³ -esto es, como un solo delito-, y que tal unidad se verifica cuando cesa la continuidad y se consuma el delito (por ejemplo, cuando el agente cesa su accionar porque ha logrado su propósito o es detectado). De esta manera corresponde aplicar la ley vigente al momento de la consumación del acto (o del delito único), al igual que en el caso de cualquier otro hecho punible, tal como si se tratara de un delito instantáneo como el homicidio.

Una vez establecido que en el caso del delito continuado corresponde aplicar de manera inmediata la ley vigente en el momento de la comisión del delito -esto es, en el momento de la consumación-, la discusión en torno a si la ley aplicable es más favorable o más gravosa que la anterior y que la multa es retroactiva, resulta manifiestamente inoportuna.

Aun cuando no existe coincidencia con la gravedad de las infracciones cometidas en el presente caso, y sólo desde el punto de vista conceptual, en una situación similar estarían los líderes de una agrupación subversiva que ha cometido actos de violencia en reiteradas oportunidades a lo largo de un lapso prolongado en el que la pena máxima por delito de terrorismo era de 15 años, persistiendo en su accionar delictivo pese a que la sanción ha sido elevada a cadena perpetua. La posición defendida por las recurrentes equivale a sostener que los cabecillas de esta agrupación subversiva que continua desarrollando actividades terroristas no podrían ser sancionados con cadena perpetua pues ello constituiría una aplicación retroactiva de una norma menos favorable para el inculpado. Si luego de agravadas las penas los cabecillas persisten en violar la ley, es evidente que corresponde aplicar las nuevas penas, pues se estaría desafiando la elevación de éstas.

Existe un marcado consenso doctrinario sobre este aspecto. Así, por ejemplo, autores como Welzel, Zaffaroni, Rodríguez de Vesa y Fernández Carrasquilla, señalan lo siguiente:

“Especialmente importante es la determinación del término de la actividad, ya que es decisiva, por ejemplo, para el problema de la prescripción y de la amnistía y porque **en caso de modificación de la legislación, es aplicable al hecho total el derecho vigente al tiempo del acto de término.**”⁹⁴ (el resaltado es nuestro)

“...en caso de cambiar la ley penal por una más gravosa, le será aplicable al hecho la

⁹³ “...la pluralidad de acciones es considerada como un la ejecución de un sólo delito; por lo que nada impediría en nuestro Derecho admitir que se trata de una clase de unidad de acción jurídica...la unidad del delito continuado es ratificada por nuestro legislador cuando estatuye que la prescripción de la acción penal comenzará a contarse, si el delito fuere continuado, desde el día en que terminó” (Hurtado: 608).

⁹⁴ Welzel, Op. cit, loc. Cit.

que rige la última parte de su ejecución.⁹⁵ (el resaltado es nuestro)

“Puede suceder que alguna de las infracciones se lleve a cabo bajo la vigencia de la ley anterior más favorable que la existente cuando se comete la última, momento de la consumación (...) **lo correcto sería aplicar la última ley, ya que es la que estaba en vigor al momento de la consumación (...) la aplicación de la ley ha de ser para el delito consumado, y el delito continuado ya se apuntó que se consuma con la última de las infracciones,** bien por decidir el autor no continuar o por encontrar obstáculos que se lo impiden, como puede ser su detención.”⁹⁶ (el resaltado es nuestro)

“...en el tránsito de legislaciones, **la ley bajo cuya vigencia se cometió el último acto, es la aplicable...**”⁹⁷ (el resaltado es nuestro)

Por otro lado, debe destacarse que el resultado al que se llega con la aplicación de los criterios explicados, esto es, considerando que ha existido una infracción continuada, es incluso más favorable para las empresas avícolas que la aplicación del concurso real. En efecto, la aplicación de este criterio hubiera implicado que se tengan que considerar los distintos actos ejecutivos como delitos independientes (como acuerdos independientes). Así, se tendría que imponer la mayor pena resultante, es decir, la pena que corresponde a algunos de los acuerdos ocurridos durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 807.

De primera impresión, este proceder no haría la diferencia con la aplicación del criterio considerado como correcto por la Sala (es decir, la aplicación del delito continuado). No obstante, la gran distinción consiste en que la aplicación del concurso real obligaría a la Sala a considerar los otros delitos cometidos como agravantes de la sanción⁹⁸. En consecuencia, si bien la pena mayor sirve de castigo a las infracciones más leves (vale decir, absorbe a las demás), esta pena puede ser aplicada en su grado máximo tomando en consideración los otros delitos cometidos.

Por ejemplo, quien comete violación y homicidio, (independientemente) y es procesado por estos dos delitos, independientes uno de otro, debería ser sancionado con la pena más grave, es decir, la que corresponde al homicidio (no menos de 6 ni más de 20 años). Ello es así porque la pena que corresponde a la violación (de 4 a 8 años) es absorbida por la primera sanción, que puede ser aplicada en su grado máximo por el juzgador al considerar a la violación como un agravante del homicidio, teniendo en cuenta que el procesado efectivamente lesionó otro bien jurídico protegido por la ley penal.

⁹⁵ Zaffaroni, Eugenio “Tratado de Derecho Penal. Parte General” Ediar: Buenos.Aires, 1982, tomo IV, pág.544. Nótese que en nuestra ley el delito continuado sí es una institución con base cierta.

⁹⁶ Rodríguez de Vesa. “Manual de Derecho Penal. Parte General.”

⁹⁷ Fernández Carrasquilla, Juan “El Delito Continuado frente al Código Penal” Temis: Colombia, 1984

⁹⁸ **CODIGO PENAL, ARTICULO 50.-** Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, **debiendo el Juez tener en cuenta los otros,** de conformidad con el artículo 48.

La conclusión a la que se llega es bastante clara. No se trata pues de la aplicación retroactiva de una norma menos favorable, como argumentan las recurrentes, sino, por el contrario, de la aplicación inmediata de la ley vigente en el momento de la consumación del delito continuado, situación que resulta incluso más beneficiosa para las empresas avícolas que la simple e incorrecta aplicación del concurso real. En tal sentido, la Sala estima que la Comisión ha aplicado correctamente la escala de multas modificada por el Decreto Legislativo N° 807, en tanto ésta se encontraba vigente al momento de la consumación de la infracción continuada materia del presente proceso.

III.5 Las nulidades invocadas por las recurrentes.

El inciso c) del artículo 43 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS, establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por ley⁹⁹.

En atención a dicha norma, las empresas investigadas han solicitado que se declare la nulidad de lo actuado en el procedimiento, por haberse configurado las causales que se detallan a continuación y que se analizan en los siguientes puntos de esta resolución:

- i) las atribuciones de la Comisión de Libre Competencia son regladas. A pesar de ello, la Comisión se ha atribuido facultades discrecionales que no tenía, que son propias de la función jurisdiccional, y que no pueden ser aplicadas supletoriamente a partir del Código Procesal Civil;
- ii) se han aplicado retroactivamente las facultades de investigación establecidas en el Decreto Legislativo N° 807; y,
- iii) se ha violado su derecho de defensa pues la primera instancia habría actuado ilegalmente en la etapa probatoria del procedimiento.

III.5.1 Las facultades de la Comisión.

En general, toda potestad importa una simple sujeción del administrado que lo obliga a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad. Estas potestades no contienen ninguna pretensión concreta, sino que consisten en la simple posibilidad de producir efectos jurídicos, como por ejemplo, dictar órdenes singulares, prohibiciones o sanciones para

⁹⁹ **TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DE NORMAS GENERALES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, ARTICULO 43.-** Son nulos de pleno derecho los actos administrativos:

(...)

c) Dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por ley.”

d)

restablecer el orden perturbado¹⁰⁰. Sin embargo, toda potestad debe estar expresamente prevista en la ley.

En el presente caso, es potestad de la Comisión de Libre Competencia, con la participación de la Secretaría Técnica, iniciar procedimientos de oficio, y de ser el caso, imponer sanciones, de acuerdo a lo señalado en la ley y dentro de la escala allí establecida¹⁰¹. Por ello, se cumple con el requisito consistente en que toda potestad debe estar expresamente atribuida.

Por otro lado, la atribución de una potestad o facultad como la tienen la Comisión y la Secretaría, además de ser expresa, debe ser específica. Esto significa que no es posible atribuir una potestad mediante el uso de conceptos tan genéricos que no la definan. La especificidad de las facultades de la Comisión y la Secretaría consta en los artículos ya citados.

Sin embargo, es bastante común encontrar “cláusulas generales de apoderamiento”, como las “cláusulas generales del orden público” que facultan a la administración a ejercer su poder de policía en los casos en los que se produzcan “alteraciones de la paz pública o la convivencia social”.

Estas cláusulas generales de apoderamiento se redactan en las leyes normalmente en forma de artículos preliminares y genéricos, que definen el ámbito de acción de la administración y su justificación para actuar. Básicamente son normas que definen el bien jurídico tutelado por la norma. Varios ejemplos de ello han sido señalados en el punto III.1 de la presente resolución. El artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 701 no es la excepción, y es un ejemplo más de ello¹⁰². Este mecanismo de atribución de potestades es universalmente aceptado, y confiere cierta discrecionalidad a la administración, sin que ello constituya una violación de la Constitución ni de las leyes, como pretenden argumentar las empresas avícolas.

Hasta ahora se ha comprobado que los requisitos genéricos que debe cumplir toda atribución legal de potestades a la administración se cumplen en el presente caso. Pero existen dos maneras distintas de realizar dicha atribución. Puede atribuirse una potestad “reglada” o una “discrecional”. En relación a estas dos clases de potestades, la diferencia está dada por lo siguiente:

¹⁰⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás - Ramón. “Curso de Derecho Administrativo” Civitas: Madrid: Tomo I, pp. 419-420.

¹⁰¹ **DECRETO LEGISLATIVO Nº701:**

ARTICULO 8.- La Comisión de Libre Competencia... tendrá por objeto velar por el cumplimiento de la presente Ley.

ARTICULO 14.- Son atribuciones de la Secretaría: (...) Realizar indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias [previstas en los artículos 1-10 del Decreto Legislativo 807 que tienen las Comisiones de Indecopi.]

¹⁰² **DECRETO LEGISLATIVO Nº 701, ARTICULO 3.-** Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionadas con actividades económicas, que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

“La Administración cuenta con **poderes reglados** o de mera aplicación legal automática (por ejemplo, una liquidación tributaria, jubilar a un funcionario por edad) y con **poderes discrecionales**, en cuyo ejercicio utiliza criterios de apreciación que no están en las leyes y que ella sola es libre de valorar.

El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y obliga a aplicar lo que la propia ley ha determinado”¹⁰³.

En el caso de las potestades discrecionales, existe más flexibilidad. Es éste el caso de las facultades que tienen la Comisión y la Secretaría. Sin embargo, a criterio de la Sala, ello no quiere decir que al investigar y sancionar la administración pueda actuar libremente. Por el contrario, la Sala estima que siempre existen elementos reglados que son indispensables para que se considere que existe esta facultad discrecional.

Así, el ejercicio de las potestades de la administración pública debe estar precedido por los siguientes requisitos: (i) la potestad debe existir, es decir, debe haber sido otorgada legalmente¹⁰⁴, (ii) su alcance debe estar claramente delimitado, (iii) la competencia del órgano que la ejerce debe estar, también, delimitada, y finalmente, (iv) la finalidad por la cual se otorga la potestad debe responder al interés público¹⁰⁵.

En el presente caso, luego de la revisión de las normas que regulan la actuación de la Comisión, la Sala considera que los mencionados requisitos se cumplen en el caso de las facultades atribuidas a la Secretaría y a la Comisión. Así, (i) son facultades otorgadas por una norma de rango legal; (ii) debe actuarse en el marco de las facultades de investigación conferidas por el Decreto Legislativo N° 807 artículos 1 al 10, sin exceder lo allí señalado y sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil en los aspectos no previstos por la Ley General de Normas de Procedimientos Administrativos, y los Decretos Legislativos números 807 y 701; (iii) estas potestades deben ser ejercidas exclusivamente por la Comisión de Libre Competencia y su Secretaría ; y (iv) con

¹⁰³ García de Enterría, Op. Cit., p. 430.

¹⁰⁴ Es este el problema que fue objeto de la Resolución 067-96-TRI-SDC del 16 de octubre de 1996, recaída en el expediente 189-95-CSA, en el procedimiento de insolvencia de Industria Peruana de Metales y Derivados. En dicha oportunidad se discutió si a la Comisión de Salida del Mercado le ha sido atribuida la facultad de requerir al Presidente de una Junta de Acreedores para que convoque a sesión. Es decir, se discutió si dicha potestad existía. La Sala declaró que la administración no puede ejercer una potestad que no le ha sido atribuida (en particular, se resolvió que la Comisión no tenía sustento legal alguno para realizar el requerimiento mencionado). La resolución ha sido malinterpretada en el Informe del Doctor Flint, quién sostiene que a criterio de la Sala, el Indecopi actúa siempre en el ejercicio de una facultad reglada y nunca en el ejercicio de una potestad discrecional. Esta posición es incorrecta. En efecto, la Sala nunca sostuvo que a la administración no se le puede conferir potestades discrecionales (Como ya se explicó, dichas potestades existen en nuestro ordenamiento, pero para respetar el principio de legalidad deben reunir ciertos requisitos; deben contener diversos elementos reglados indispensables). El problema que se presentó en el caso glosado es distinto, allí la Sala resolvió que en la normatividad aplicable **no existían** facultades que permitieran a la Comisión hacer lo que hizo.

¹⁰⁵ García de Enterría Op. Cit., p. 431.

el ejercicio de la facultad se persigue una finalidad pública consistente en evitar que se restrinja la libre competencia.

Así, se cuenta con **elementos discrecionales**, que consisten en la libertad que siempre es necesaria para decidir el inicio de un procedimiento, y resolver el caso con una apreciación razonada y no tasada de las pruebas. Ello incluye el uso de indicios, de acuerdo a lo explicado en el punto III.2 de la presente resolución.

Todo ello lleva a concluir que las potestades investigatorias atribuidas a la Comisión legalmente, no han sido ejercidas fuera del marco establecido, en atención a la especial naturaleza de estas potestades, que combinan elementos discrecionales y reglados. Según ello, no corresponde declarar la nulidad del procedimiento.

III.5.2 La presunta aplicación retroactiva de las facultades de investigación.

En el informe elaborado por el doctor Pinkas Flint, presentado por las distintas empresas y entidades procesadas como sustento de sus apelaciones, se señala que las facultades de investigación contenidas en el Decreto Legislativo N° 807 han sido aplicadas retroactivamente, esto es, que se han utilizado para indagar sobre hechos ocurridos antes de la vigencia de esta norma. En ese sentido, se sostiene que tal “aplicación retroactiva” sería un vicio de procedimiento que generaría la nulidad de éste.

Los artículos 1 a 10 del Decreto Legislativo N° 807 y 14 del Decreto Legislativo N° 701 (modificado) -es decir, las disposiciones legales que contienen las facultades de investigación de la Comisión- son normas de carácter procesal, mas no de carácter sustancial o material. En opinión de la Sala, sostener una aplicación retroactiva de las facultades de investigación en el presente caso es confundir estos dos planos -es decir, el plano procesal y el plano material-. Así, el profesor Monroy Gálvez señala:

“...nos parece que una norma procesal no puede ser retroactiva atendiendo a que, por su natural aplicación en el tiempo, no puede afectar actos procesales que ya ocurrieron. Tal vez la tesis...de la retroactividad de la norma procesal se sustenta en un equívoco. Se considera que la norma es aplicable a hechos materiales ocurridos antes de la vigencia de la nueva norma procesal. Si así fuera, esta vigencia es absolutamente normal, sin que se deba considerar que se ha producido una aplicación retroactiva. Esta sólo se produciría cuando se pretenda que la nueva norma procesal afecte hechos procesales ya ocurridos, situación que...es absolutamente antijurídica”¹⁰⁶.

Para explicar la diferencia entre un hecho material y uno procesal, en relación a la aplicación de la norma procesal, Carnelutti propone el siguiente ejemplo:

“Suponiendo, por ejemplo, que una nueva norma procesal cambie la forma de la demanda judicial, esta norma se aplicará incluso si el litigio se refiere a hechos acaecidos antes de que la nueva norma entrase en vigor; en cambio, no se aplica si el hecho procesal, o sea la propia demanda, se ha realizado antes de que la nueva norma haya comenzado a regir.”¹⁰⁷

En el presente caso, la Comisión aplicó las normas procesales vigentes al momento del inicio del procedimiento. No modificó ninguna situación procesal anterior ni aplicó las normas vigentes para atribuir sus efectos a hechos procesales que ya habían surtido efecto. En otras palabras, la Comisión aplicó las consecuencias de la normas procesales vigentes a hechos materiales ocurridos antes, es decir, investigó hoy lo que había acontecido ayer. Ello, conforme se ha explicado, no constituye una aplicación retroactiva de las normas procesales.

Por ello, a criterio de la Sala, no corresponde declarar la nulidad del procedimiento en base a estas alegaciones.

III.5.3 El derecho de defensa.

Las recurrentes señalan que en el procedimiento se ha violado su derecho de defensa. En particular, afirman que la Comisión no puso a su disposición las pruebas que servían de base de la acusación, limitando su derecho a presentar las pruebas de descargo pertinentes.

¹⁰⁶ MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, p.159.

¹⁰⁷ Citado por Monroy, Op. Cit., loc. Cit., nota a pie número 26.

Antes de pasar a desarrollar lo referido al Debido Proceso y la supuesta violación del mismo, resulta pertinente realizar una explicación general de lo que se entiende por “prueba” y la clasificación de la misma en “prueba de cargo” y de “descargo”.

La prueba, atendiendo a su objeto, se clasifica en prueba de cargo y prueba de descargo. La primera es la que tiende a acreditar la existencia del delito o de un hecho vinculado al mismo, mientras que la segunda busca demostrar lo contrario - esto es, la inexistencia del delito o del hecho vinculado con el mismo¹⁰⁸.

En este sentido, las empresas avícolas sostienen que al no tener conocimiento de cuales eran las pruebas base de la acusación no pudieron presentar las pruebas de descargo sobre las mismas.

Como se sabe, el Debido Proceso es un derecho que se hace tangible y cobra posibilidad de realización efectiva a través de las garantías constitucionales cuyo objeto es permitir que se administre justicia en cada proceso que se lleve a cabo. Es así que, el Debido Proceso constituye la medida para determinar cuando la aplicación de las garantías no se está produciendo en grado suficiente que permita alcanzar la justicia a través del proceso¹⁰⁹.

Uno de los elementos mínimos que se deben observar para verificar la existencia de un Debido Proceso, es la posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de la pretensión invocada. Esta garantía consiste, en la posibilidad de la persona de utilizar todos los medios adecuados para probar los hechos que alega. Así, se lesiona el debido proceso cuando se niega la utilización de un medio probatorio o cuando se le obliga al uso de otro que no resulte adecuado para probar el mismo. En el presente caso, sin embargo, no existe evidencia alguna que acredite tal comportamiento por parte de la Comisión o su Secretaría Técnica, habiendo las empresas y entidades sujetas al presente procedimiento presentado todo tipo de medios probatorios permitidos en la ley.

Desde la perspectiva del acusado, la prueba constituye un elemento esencial de su defensa en tanto le permite desvirtuar las acusaciones que le hacen demostrando lo que afirma a la vez que ofrece nuevos elementos de juicio al juzgador respecto de los casos en discusión.

Al respecto, Augusto Morello sostiene:

“No caben dudas (y menos en el fuero penal): la garantía de la defensa en juicio comprende la oportunidad de toda persona sometida a proceso, de ser oída, de conocer los cargos que

¹⁰⁸ ORREGO MORENO, Alfonso. La Prueba en el Proceso Penal.

¹⁰⁹ DE BERNARDIS, Luis Marcelo. "El Debido Proceso", pp. 401-403.

se formulan en su contra y de producir pruebas en su favor.”¹¹⁰

Así, aparte de la posibilidad de presentar los medios probatorios que estime pertinente, los acusados tienen el derecho a conocer la imputación que se les hace, lo que también es conocido como intimación; resulta obvio que nadie puede defenderse de algo que no conoce. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 123 del Código Procesal Penal, que va mas allá y establece que el Fiscal informará al acusado no sólo los cargos que se le imputan sino también las pruebas que existen en su contra.

En el presente caso, la Comisión cumplió en poner en conocimiento de las empresas investigadas los cargos que se le imputaban al momento de dar inicio al proceso. Asimismo, está claramente establecido y probado en el expediente que todos los medios probatorios que no tenían carácter de confidencial y que fueron empleados como sustento de la resolución impugnada, inclusive registros magnéticos y cintas de audio y video, fueron oportunamente puestos a disposición de las procesadas, quienes recabaron copias de toda la información que consideraron pertinente¹¹¹.

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario señalar que las empresas avícolas tuvieron la oportunidad de presentar un recurso de reconsideración ante la primera instancia, momento en el que pudieron ofrecer otras pruebas de descargo que consideraran pertinente. Nótese la diferencia que existe en este punto con el proceso judicial, en el que no existe posibilidad de reconsideración precisamente porque en la dinámica del procedimiento administrativo se quiere dar una oportunidad adicional para discutir y contradecir las pruebas y la interpretación que se ha hecho de ellas.

Así, la reconsideración se justificaba precisamente por que dada las diferencias con el procedimiento judicial, en el que la actuación de las pruebas es mas flexible, es necesario dar al administrado la oportunidad de rebatir, si lo desea, ante la misma instancia, las pruebas que se han usado para sancionarlo. Sin embargo, sólo dos empresas plantearon reconsideración. Así, no debe confundirse el no ejercicio del derecho de defensa por parte de los administrados con la violación de éste derecho por parte de la administración.

Por lo expuesto, resulta infundada la nulidad referida a una supuesta violación del debido proceso.

III.6 La graduación de la sanción.

¹¹⁰ MORELLO, Augusto. Prueba, Incongruencia defensa en juicio.

¹¹¹ El Defensor del Pueblo, ante una queja presentada por las empresas avícolas, señaló después de las averiguaciones pertinentes en relación a este punto que: "Del análisis de la referida resolución y del Informe Técnico que sustenta dicha resolución no se evidencia, de modo claro y manifiesto, la existencia de supuestos violatorios de un debido proceso, ni tampoco la comisión de actos administrativos arbitrarios o disfuncionales por parte de los funcionarios del Indecopi que intervinieron en el proceso investigatorio" (Carta 4356-97-DP-OP, del 2 de julio de 1997).

Esta Sala considera que lo expuesto en los puntos anteriores amerita una evaluación de la sanción impuesta por la Comisión. En el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 se establece que para la graduación de la sanción se debe atender a la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas¹¹². La Sala coincide con la Comisión en que está plenamente acreditada la comisión de la infracción así como que la misma reviste especial gravedad en atención a los criterios expuestos en la resolución apelada.

La Sala concuerda así con la Comisión en tanto considera que los perjuicios sufridos por los consumidores, la importancia del pollo en la canasta básica de consumo, la modalidad de las prácticas restrictivas desarrolladas, la dimensión geográfica del mercado afectado, el porcentaje de participación en el mercado de las empresas involucradas, los beneficios extraordinarios obtenidos por las empresas involucradas en el desarrollo de dichas prácticas, el daño causado a los competidores tanto potenciales como efectivos y la duración de las prácticas restrictivas, constituyen circunstancias agravantes que deben ser merituadas al momento de graduar la sanción.

Sin embargo, adicionalmente la Sala considera que, como atenuante, debe tenerse presente que entre los meses de mayo de 1995 y abril de 1996 la ley preveía una sanción máxima de 50 UIT por infracciones al Decreto Legislativo N°

¹¹² **Artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701:**

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

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

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

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

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

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

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

b) La dimensión del mercado afectado.

c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

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

e) La duración de la restricción de la competencia.

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

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción. (Modificado por el Artículo 11° Dec. Leg. 807)

701. Si bien como se ha señalado anteriormente, esta escala de multas no es la aplicable al presente caso por tratarse de una infracción continuada consumada cuando ya había operado la modificación legislativa que elevó la escala de multas correspondiente, la Sala estima que las sanciones deben ser calculadas teniendo esta reforma legal en cuenta.

Si bien los perjuicios ocasionados al consumidor por las prácticas son importantes, durante 12 meses del periodo investigado este elemento se encontraba limitado por la multa máxima prevista en la versión originaria del Decreto Legislativo N° 701. Así, si bien los perjuicios a los consumidores existieron y fueron importantes, durante una buena parte del periodo investigado los perjuicios ocasionados al consumidor han sido superiores a la multa que podría imponerse.

Durante todo ese periodo las empresas avícolas eran conscientes de que la multa aplicable era menor a la prevista actualmente en la legislación. Si bien de acuerdo a los principios que regulan el delito continuado, corresponde aplicar la sanción prevista para el último periodo, no puede dejar de reconocerse que buena parte de las acciones ejecutivas de la infracción se desarrollaron bajo la vigencia de una ley menos gravosa.

Este criterio debe considerarse a fin de aplicar una sanción equitativa, en atención a los perjuicios causados a los consumidores. No le cabe a duda a la Sala de que éstos últimos han sido significativos, pero a su vez considera que el cambio de normativa tiene que ser analizado y considerado a fin de dar a los administrados un trato equitativo que considere el rol de promoción y difusión de una autentica cultura de la competencia y que es una de las funciones básicas que le corresponde desarrollar al Indecopi.

En tal sentido, si bien la Comisión ha interpretado correctamente la ley respecto a cuál es la escala de multas aplicable, razones de equidad conducen a reducir el monto en proporción al periodo en el que la ley establecía un monto menor a 50 UIT.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Sala no ha encontrado responsabilidad por el desarrollo en común de la promoción "Pollo con Premio" en lo concerniente a la exclusión de otras empresas de la posibilidad de participar en la promoción aludida, y que en el caso de AEA o IFA se ha considerado que de haber existido prácticas restrictivas estas se yuxtaponen a las llevadas a cabo por las demás empresas. Adicionalmente, no ha quedado acreditada la celebración efectiva de acuerdos para la creación de barreras de acceso al mercado por parte del grupo de empresas involucradas en dicha alianza.

Finalmente, además de los fundamentos expuestos por la Sala, y sin perjuicio de las razones esgrimidas por la Comisión para fijar una multa menos elevada de la que realmente correspondería a la gravedad de los hechos objeto del

procedimiento, debe tenerse en cuenta la relativa novedad de la legislación antimonopolios peruana, además de la necesidad de que la cultura de mercado y de la competitividad se vaya consolidando a través del rol promotor que le corresponde desarrollar al Indecopi. Por todo lo anterior, corresponde fijar la multa de manera ejemplificadora pero a su vez equitativa y comprensiva de la existencia de una cultura de la competitividad en vías de consolidación.

No obstante, en opinión de la Sala las infracciones cometidas son muy graves y, contrariamente a las hipótesis defendidas por los informes económicos presentados por varias de las empresas y entidades sujetas a este procedimiento, referidas a que el mercado del pollo vivo no reúne las condiciones para celebrar concertaciones y que no han existido perjuicios ni daños a los consumidores, la Sala considera que tal concertación y los perjuicios por ella generados están plenamente acreditados¹¹³.

En relación a ello, los estudios de los señores Paredes y Parodi,¹¹⁴ han planteado una serie de objeciones y críticas al análisis económico del mercado de pollo, presentado en el Informe Nº 001-97-CLC. Todas ellas apuntan a concluir que las condiciones mismas de este mercado hacen bastante difícil, sino imposible, la concertación de precios. En particular, se afirma que la definición del mercado relevante no es correcta, tanto en lo concerniente a su configuración geográfica como a las características de la demanda (especialmente, debido la presencia de bienes sustitutos cercanos del pollo). También se mencionan otras características del mercado como su alta volatilidad y el elevado número de empresas que intervienen en el mercado, que limitarían aún más la capacidad de concertación por parte de los productores de pollo. En resumen, afirman que de haber existido concertación, durante el período de análisis, ésta no habría sido exitosa.

Estos trabajos se centran fundamentalmente en la existencia o inexistencia de condiciones favorables a una concertación. Sin embargo, en estricto no concluyen si en la práctica tal concertación no existió o, de haber existido, no tuvo efectos; la discusión está centrada en ciertas condiciones que existirían en el mercado analizado y que, según los autores, harían muy difícil que se haga efectiva la concertación. Existen, sin embargo, indicios ya discutidos (como el frecuente movimiento conjunto de precios) que sobrepasan la discusión sobre a la existencia de la concertación, referidos a su implementación. De cualquier manera, cabe discutir la validez de los planteamientos hechos en los documentos mencionados.

Con respecto a la definición del mercado relevante, en primer lugar, es importante subrayar que, si bien el Informe Nº 001-97-CLC, hace alusión a prácticas que se

¹¹³ En relación a los efectos negativos de la concertación en el precio, ver el Cuadro 4 anexo a esta resolución.

¹¹⁴ Paredes, Carlos (1997) "Análisis Económico del Informe de Investigación sobre la Presunta Concertación en los Precios del Pollo realizada por la Comisión de Libre Competencia del Indecopi", Mimeo, Enero.

Parodi, Carlos (1997) "Análisis Económico del Caso del Pollo: ¿Concertación o Ajuste del Mercado?", Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Mayo.

desarrollan a lo largo de toda la cadena de producción de pollo, involucrando las fases de incubación, importación de pollo BB, etc.; éstas son mencionadas, en tanto forman parte del proceso de producción de pollo vivo, comercializado en Lima y Callao, siendo esta última la configuración geográfica correspondiente al mercado relevante. La alusión a prácticas desarrolladas a lo largo de toda la cadena productiva tiende a reforzar la conclusión de que, en este sector, existe un alto grado de integración y/o control vertical que, entre otros aspectos, permite limitar o restringir el acceso la competencia en el mercado de pollo vivo, comercializado en Lima y Callao.

En lo que se refiere a la configuración geográfica del mercado, si bien la presencia de importaciones de pollo BB o de pollo de congelado sugiere que el mercado relevante para estos productos es el internacional, no se puede afirmar lo mismo para el caso del pollo vivo comercializado en Lima y Callao. De las propias declaraciones de los representantes de las empresas avícolas y de la cercanía existente entre la mayor parte de las granjas de engorde que abastecen este mercado, es posible concluir que los costos de transporte limitan significativamente la posibilidad de competencia desde regiones más alejadas¹¹⁵.

En cuanto a la presencia de bienes sustitutos cercanos, es importante resaltar el carácter relativo de los resultados provenientes de los estudios econométricos que buscan estimar elasticidades precio y cruzadas de la demanda para cualquier tipo de bien y servicio. Los resultados econométricos son altamente sensibles a las series de tiempo que se escojan, las técnicas que se utilicen para su pre - procesamiento (detección del tipo de tendencia, grado de integración, empleo de series nominales o reales, etc.), los errores de medición que las mismas series pueden incorporar, entre otros. Frente a ello, conviene señalar que tanto los resultados presentados por el propio informe técnico como por la defensa, no son concluyentes.

Así, por ejemplo, el estudio del señor Paredes estima que la demanda por pollos es elástica. Sin embargo, tanto las estimaciones presentadas en el informe, como en el estudio realizado por Julio Velarde, al que se remite el señor Parodi, indican que tal demanda es inelástica¹¹⁶. Asimismo, las propias ecuaciones de demanda elaboradas por el señor Izaguirre, asesor de la APA, implícitamente corroboran el carácter inelástico de la demanda por pollos. En contraste, las declaraciones rendidas a la Sala en el informe oral por los propios productores, en cuanto a las características de la demanda de pollo vivo y a la importancia de este producto como uno de los principales componentes de la canasta de consumo en los estratos económicos más bajos (que consumen más intensivamente pollo vivo), sugieren que, en estos mercados, no existiría un alto grado de sustitución entre el pollo vivo y otros alimentos, incluyendo el pollo congelado. El propio señor

¹¹⁵ En el caso de la empresa Rocío, productora de pollo vivo, cuyas granjas se ubican en Trujillo y que abastecen el mercado de Lima y Callao, las entrevistas consignadas en el Informe N° 001-97-CLC, permiten concluir que esta empresa no compite en igualdad de condiciones con sus similares de Lima y Callao, debido a los problemas de calidad y merma que enfrenta, asociados al transporte de su producción desde dicha localidad.

¹¹⁶ Velarde, Julio, "Sobrecostos y Distorsiones Macroeconómicas que enfrenta la Industria Avícola", CIUP, Lima, 1995.

Apolonio Suárez señaló categóricamente frente a la Sala que el mercado de pollo estaba segmentado, siendo que el pollo vivo no podía tener como sustituto el pollo congelado, por los costos que implicaría comercializar el segundo entre la población de bajos ingresos.

Lo mencionado anteriormente permite a la Sala concluir que, para efectos del presente caso, el mercado relevante es el mercado de pollo vivo comercializado en Lima y Callao.

En lo que se refiere al alto grado de volatilidad de los precios en el mercado, dicha volatilidad por sí sola no constituye un impedimento para la realización de concertaciones. Períodos de alta volatilidad de precios pueden estar asociados a crisis transitorias en un cártel o a períodos de ajuste, en mercados competitivos (por ejemplo, frente a la entrada de nuevos competidores). Por otro lado, la experiencia internacional muestra que la alta volatilidad de los mercados de *commodities*, como el petróleo, no ha sido impedimento para la concentración concertada de productores.

En cuanto al elevado número de productores, esta característica del mercado no necesariamente limita la capacidad de las empresas para concertar precios. La capacidad de concertación viene dada más bien por el desarrollo de mecanismos eficaces de coordinación entre los productores que les permitan, entre otros aspectos, intercambiar información con gran rapidez y planificar acciones en forma conjunta. Las reuniones periódicas de las empresas implicadas, en los locales del APA, tal como se demuestra en el presente informe, jugaron un rol importante en el diseño de las estrategias conjuntas de concertación de precios, estandarización de pesos y regulación de la oferta.

Asimismo, la elaboración de informes acerca de las tendencias del mercado, que se distribuían a los integrantes de dicho Comité así como la distribución diaria de información de precios por empresa, a cada uno de los integrantes del Comité, tal como se demuestra en la presente resolución; habría facilitado las labores de coordinación por parte de las empresas investigadas.

Un claro ejemplo de que el número de productores no constituye un impedimento para la realización de prácticas de concertación de precios y producción, lo constituye una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de España, del 24 de agosto de 1990 que declara comprobada la existencia de prácticas concertadas de fijación de precios y de producción por parte de cuarentinueve empresas avícolas¹¹⁷.

¹¹⁷ Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría de Estado de Economía (1992), "Tribunal de Defensa de la Competencia", tomo II, Marzo, pp. 1528-1529. "Se declara que resulta acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el Artículo 1º, ...; consistente en limitar la producción y fijar precios en el sector de producción de pollo para carne y en la comunicación, para su puesta en práctica, de los precios acordados, de las que son autores: Asociación Nacional de Productores de Pollo (ANPP), Asociación Española de Mataderos Industriales de Aves (AMIAVE), así como las empresas, "Antonio Porta Labata", APESA, "Aragonesa de Pienosos, S.A.", (ARPISA), "Aves de León, S.A.", (AVELESA), "Avícola Castellana, S.A.", (AVICASA), "Avícola de Galicia, S.A.", "Avícola Santa Eulalia, S.A.", "Avicu, S.A.", AVILESA, "Bioter, S.A.", "Callís, S.A.", "Compañía de Industrias Agrícolas, S.A.,"COMAVE S.A.", "Compañía de Pienosos

Finalmente, en cuanto al éxito de la presunta estrategia de concertación de precios por parte de las empresas, el notorio paralelismo observado a lo largo de todo el período y que destaca especialmente durante los dieciséis episodios señalados en los cuadros 1, 2 y 3, constituye un importante elemento de prueba de que dicha estrategia habría sido exitosa.

Así, estando acreditadas la concertación y la existencia de los perjuicios por ella generada, la Sala considera que para graduar las sanciones debe tomarse en cuenta la participación de cada una de las infractoras en la formación, ejecución y cumplimiento de los acuerdos objeto de sanción, así como su participación en el mercado considerando sus volúmenes de ventas, tal como lo ha establecido la Comisión en la resolución impugnada.

En el caso de la APA, la Sala considera que, sin perjuicio de que las prácticas anticompetitivas imputadas desarrolladas en el seno de la APA han quedado acreditadas, es necesario pronunciarse sobre lo argumentado a lo largo del proceso por dicha asociación, en el sentido de que no es jurídicamente posible que ésta se vea sujeta a la posibilidad de recibir una sanción. Lo planteado por la APA en su apelación y en su informe oral respecto de este punto, se resume en lo siguiente:

- i) los ochenta asociados que conforman la APA no pueden ser hechos responsables por los actos de dieciséis de ellos;
- ii) la persona jurídica tiene existencia independiente de sus miembros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 del Código Civil. El estatuto de la APA establece cuando debe considerarse que un acuerdo determinado corresponde la voluntad expresada por un órgano de la asociación y que en consecuencia compromete a la dicha asociación. En el presente caso, los acuerdos habrían sido adoptados por cada empresa a título individual; y
- iii) sancionar a la APA porque el CPPC no puede ser sancionado al no tener personalidad jurídica, es lo mismo que sancionar a un primo o a un hermano del culpable sólo porque no se puede sancionar a este último.

Antes de hacer una referencia expresa a los puntos que argumentan los

Valenciana, S.A." (COPIVA), "Compañía Extremeña de Nutrición Animal, S.A." (COEXNA), "Compañía Madrileña de Nutrición Animal" (COMANA), "Compañía Murciana de Nutrición Animal, S.A." (COMURNA), "Compañía Reusense de Nutrición Animal, S.A." (CORENA), "Cooperativa Comarcal de Avicultura", "Cooperativa del Campo Lugo Avícola" (LUAVIA), "Cooperativa Sacor", "Cooperativas Orensanas" (COREN), "COPAGA Sociedad Cooperativa", "Copoll, S. A.", "Eiras, S.A.", "Estirpes Selectas, S.A.", "Granja Crusvi", "Granja Juliá, S.A.T.", "Granja Los Arcángeles", "Granja Porta, S.A.", "HIBRAMER, S.A.", "Hijos de Marcelino Herranz, S.A." (HIMAHE), "Incubadora Iruña, S.A.", "Industrias de Transformación Avícola, S.A." (INTRA), "Nueva Asociación para Nutrición y Técnicas Alimenticias, S.A.", (NANTA), "Piensos Bagá, S.A.", "Piensos La Foca", "Piensos y Ganados, S.A." (PYGASA), "Pollos Albariza, S.L.", "Producciones Agropecuarias Fabra, S.A.", "Productos Florida, S.A.", "Promotora de Industrias Pecuarias y de Navegación, S.A." (PIPENSA), "Puente Blanca", "Rivadulla, S.L." y "Saprogal, S.A.". Se declara la nulidad de los acuerdos que dieron origen a las prácticas y se propone al Consejo de Ministros la imposición de sanciones económicas".

denunciados, debe aclararse que el CPPC (Comité de Productores de Pollo Carne) es un órgano integrante de la APA y es en su seno donde se discutieron y llevaron a cabo muchas de las prácticas y acuerdos objeto de sanción, tal como ha quedado acreditado y ha sido explicado de manera detallada a lo largo de la presente resolución. Como organización gremial, acogió y promovió los actos que son objeto de las infracciones señaladas. Incluso, ha quedado descartada la teoría sostenida de que se trataron de acuerdos independientes de las distintas empresas involucradas.

Respecto del primer punto o agravio que se expresa, la Sala considera que el hecho de que los actos de dieciséis de sus asociados (que integraban el CPPC) sean imputables a la APA, no implica que se esté sancionando a los demás miembros de esta asociación, es decir, a los sesenticuatro restantes. Tampoco implica que se esté sancionando a la APA por las violaciones a la ley cometidas por algunos de sus miembros. Se ha considerado sancionar a la APA por su propia participación activa en los acuerdos, por haber servido como instrumento idóneo para consumir las infracciones, tal como se explicará más adelante. De la misma manera como las sanciones impuestas a una empresa repercuten en los beneficios que los accionistas pudieron recibir, y no por ello se va a exonerar de responsabilidad a la sociedad, los actos de la APA son sancionados como actos de la propia entidad gremial y no como actos de sus integrantes.

Es evidente que la carga económica de una multa afecta a los miembros de la asociación. Sin embargo, lo único que podrán hacer estos miembros es reclamar internamente que existió una mala gestión por parte del órgano de administración, esto es, gerentes y directores, o que otros miembros cometieron actos contrarios a la ley o al estatuto. Eventualmente, la asociación, representada por la mayoría de sus miembros, podría también pretender una indemnización de daños y perjuicios contra los administradores o los miembros infractores del estatuto. Sin embargo, estos son aspectos que nada tienen que ver con la infracción al Decreto Legislativo N° 701, son aspectos que no trascienden la esfera de la asociación, son aspectos internos.

Por todo lo anterior, la Sala considera que no deben confundirse las **responsabilidades externas** de la asociación para con la sociedad (responsabilidades que incluyen el estricto cumplimiento de las normas jurídicas vigentes, incluido el Decreto Legislativo N° 701, y que dependen de quienes tienen poder de decisión al interior de la asociación) con las **responsabilidades internas** existentes en el seno de ésta (es decir, las que corresponden a unos miembros respecto de otros, o a los administradores respecto de los miembros).

Respecto del segundo punto, la Sala considera que la separación entre la persona jurídica y sus miembros en nada perjudica la posibilidad de sancionar a la persona jurídica cuando ésta sirve de instrumento para la comisión de una infracción administrativa. No se está sancionando, como ya se explicó, a la persona jurídica por actos de sus miembros, se la está sancionando por sus

propios actos de participación en la infracción, actos que provienen de una fuente distinta a la conducta de las distintas empresas denunciadas.

En ese sentido, lo importante es que las decisiones de aquellos que tienen poder de decisión y sanción al interior de la persona jurídica, quienes, en el mejor de los casos, no evitaron que la asociación se convirtiera en un instrumento idóneo para la comisión de la infracción.

Respecto del tercer agravio, la Sala considera pertinente proponer una metáfora distinta que refleje mejor la razón de la sanción impuesta: sancionar a la APA por los actos del CPPC, es como sancionar a una empresa por los actos de su Gerente o de su Directorio. Así, el CPPC es un órgano de la APA y como tal puede generar responsabilidad de la entidad de la cual es integrante. No existe, por tanto, ninguna irregularidad en imponer la sanción señalada.

Como conclusión, la Sala cree pertinente destacar que es el propio Decreto Legislativo Nº 701 el que reconoce la posibilidad de sancionar a entidades distintas a las propias empresas involucradas. Según el artículo 23 de dicha norma, de acuerdo al texto modificado por el Decreto Legislativo Nº 807, es posible multar a **entidades** que no realicen directamente la actividad económica, industrial o comercial.¹¹⁸ Nótese que esta posibilidad queda clara si se atiende al empleo de la palabra “entidad” por el legislador. Es evidente que la citada norma, al referirse a una **entidad**, se refiere a aquellos sujetos que no tienen fin de lucro, como es el caso de una asociación. Esta figura difiere de lo que se entiende por empresa, que si tiene finalidad económica, industrial o comercial.

En tal sentido, los gremios deben asumir la responsabilidad que les corresponde por su participación en una concertación de precios por medio de actos que incentiven, apoyen o respalden dicha infracción. Por lo tanto, la sanción a la APA se encuentra plenamente justificada, y tiene por finalidad que ésta asociación se aparte de aquellas políticas gremiales que tengan por finalidad la promoción y desarrollo de prácticas contrarias a la libre competencia.

Incluso en la jurisprudencia de otros países está plenamente reconocida la responsabilidad de entidades gremiales que asocien empresas. En España, en un caso de concertación de precios del pollo, se sancionó también a la entidad gremial correspondiente, tal como se señala a continuación:

“En la elaboración y ejecución de anteriores acuerdos participan la ‘Asociación Nacional de Productores de Pollo’ (ANPP) y la ‘Asociación Española de Mataderos Industriales de Aves’ (AMIAVE) en cuyas sedes respectivas en Madrid tuvieron lugar la mayoría de las reuniones ... Entre las actividades acordadas en estas reuniones de empresarios del sector de producción de pollos para carne en las fechas expresadas, destacan las dirigidas a fijar los precios haciendo obligatorio el cumplimiento de lo acordado semanalmente.
(...)

¹¹⁸ Artículo 23.- “(...) En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial...la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UIT”

La participación de ANNP no ofrece dudas. Todas las actividades de reducción de la oferta en el sector de producción de pollos para carne fueron dirigidas y puestas en práctica por esta Asociación ... Muchas de las reuniones en que se tomaron estos acuerdos lo fueron en la sede en Madrid...¹¹⁹

Así, en el caso citado, la sanción se impuso tomando en consideración, como factor de atribución de responsabilidad, el hecho de que las reuniones en las que se tomaron los acuerdos (prácticas por las que evidentemente se sancionó a las empresas) se llevaron a cabo bajo el auspicio y en el local de la entidad gremial, de manera idéntica a como ocurrió en el presente caso.

En atención a ello, y a las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala considera que sí es jurídicamente posible sancionar a la APA como sujeto activo de la infracción. En ese sentido, la Sala considera que en el presente caso, y de acuerdo a las consideraciones expuestas (referidas a los atenuantes genéricos aplicables a todas las empresas, y el grado de participación de la APA), debe reducirse la multa impuesta a la APA a 50 UIT.

En el caso de las empresas Molinos Mayo y Avícola San Fernando S.A., integrantes del llamado Grupo Ikeda, éstas tuvieron un especial liderazgo en la organización y desarrollo de los acuerdos y prácticas objeto del presente procedimiento, tal como ha quedado acreditado con las distintas pruebas mencionadas a lo largo de la resolución. A ello hay que añadir que las ventas de este grupo son, por una notable diferencia, las más altas de todas las empresas involucradas, y por ello sus actos generaron mayores perjuicios a los consumidores. Por ello, la Sala considera que cada una de las dos empresas debe ser multada, individualmente, con 450 UIT.

En cuanto a Corporación Ganadera S.A., esta empresa también tuvo un rol importante en la elaboración y propuesta de los acuerdos, siendo además el segundo grupo en importancia entre las empresas sancionadas, en lo que a volumen de ventas se refiere. Por ello, la sanción a dicha empresa se establece en 340 UIT.

La Sala estima que dada la participación activa de Molinera San Martín de Porres en los acuerdos y el nivel de sus ventas, que la coloca como la tercera entre las empresas sancionadas, debe imponérsele una multa de 220 UIT.

Respecto de las empresas Georbe (Grupo Orbezo Suarez) y Alimentos Protina S.A., cuya participación en los acuerdos y cuyas ventas son similares como grupo, la Sala considera que a la primera, es decir a Georbe se le debe imponer una multa de 140 UIT y a Alimentos Protina S.A. una multa de 130 UIT

¹¹⁹ Tomado de la resolución del 24 de agosto de 1990 del Tribunal Español de Defensa de la Competencia. En: Tribunal de Defensa de la Competencia, Resoluciones 1986-1990, Tomo II: 1990. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1987.

En el caso de la empresa Redondos, tuvo un nivel de participación similar al de las empresas nombradas en el párrafo anterior, debiendo prestarse atención además a su nivel de ventas, la Sala considera que una multa de 100 UIT es la adecuada.

En cuanto a F. Car S.A., dada su participación demostrada en el programa de pollo congelado dirigido a sacar pollo del mercado de Lima a fin de evitar la caída de los precios, la Sala estima como adecuada una multa de 15 UIT.

En relación a las empresas Avícolas Asociadas S.A., El Palomar E.I.R.L., Avícola Galeb S.C.R.L, Agropecuaria El Pilar S.A. y Avícola El Rocío S.A. la Sala estima que éstas tuvieron un nivel de participación similar en los acuerdos adoptados, por lo que corresponde hacer diferencias en las multas sólo en función a los niveles de ventas correspondientes, estableciéndose dichas sanciones en 50 UIT, 20 UIT, 50 UIT, 25 UIT, 30 UIT, respectivamente.

En cuanto a la empresa Agropecuaria Contán S.A., a pesar de haber registrado niveles de ventas similares a las empresas arriba mencionadas, dado que sólo se comprobó su participación en los acuerdos, durante el período marzo 1995-abril 1996, la Sala estima que le corresponde una multa de 20 UIT. Respecto a la empresa Avícola Rosmar S.A., dado su menor grado de participación en los acuerdos, en especial, aquellos adoptados durante el período de control de la oferta y eliminación de excedentes en el segundo y tercer trimestre de 1995, la Sala considera que le corresponde una multa de 30 UIT. En atención a ello se establecen las siguientes multas:

Asociación Peruana de Avicultura (APA)	50 UIT
Agropecuaria Contán S.A.	20 UIT
Agropecuaria El Pilar	25 UIT
Alimentos Protina S.A.	130 UIT
Avícola El Rocío S.A.	30 UIT
Avícola Galeb S.C.R.L.	50 UIT
Avícola Rosmar S.A.	30 UIT
Avícola San Fernando S.A.	450 UIT
Avícolas Asociadas S.A.	50 UIT
Corporación Ganadera S.A.	340 UIT
El Palomar E.I.R.L.	20 UIT
F.Car S.A.	15 UIT
Germán Orbezo Suárez	140 UIT
Molinera San Martín de Porres S.A.	220 UIT
Molinos Mayo S.A.	450 UIT
Redondos S.A.	100 UIT

III.7 Los precedentes aprobados por la Comisión.

La Sala, luego de analizar los precedentes aprobados por la Comisión en la resolución apelada, concuerda en principio con ellos. Sin embargo, el segundo

supuesto del literal b) del punto séptimo de la parte resolutive se refiere a la colaboración entre empresas para exportar,¹²⁰ aspecto que no ha sido materia de análisis en el presente caso, por lo que no cabe pronunciarse sobre el particular en el presente procedimiento. En consecuencia, corresponde ratificar los precedentes aprobados por la Comisión en la resolución apelada, con la excepción antes mencionada, quedando éstos redactados en los términos señalados en la parte resolutive de la presente resolución.

III.8 La difusión de la presente resolución.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807¹²¹ y atendiendo a que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, corresponde declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los principios que se enuncian en la parte resolutive. Adicionalmente, corresponde oficiar al Directorio del Indecopi para que éste ordene la publicación de la misma en el diario oficial El Peruano.

IV RESOLUCION DE LA SALA

PRIMERO: Confirmar la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, en la parte que declara fundado el proceso seguido de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura (APA), Agropecuaria Contán S.A., Alimentos Protina S.A., Avícola El Rocío S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., Avícola Rosmar S.A., Avícola San Fernando S.A., Avícolas Asociadas S.A., Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., F.Car S.A., Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A., Molinos Mayo S.A., Agropecuaria El Pilar S.A. y Redondos S.A., por infracción al artículo 6 incisos a), c), d) y h) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, modificado por el Decreto Legislativo N° 807.

SEGUNDO: Revocar la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, en la parte que declara fundado el proceso seguido de oficio contra Alimentos Protina S.A., Avícola San Fernando S.A., Corporación Ganadera S.A., Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A. y Molinos Mayo S.A. por haber concertado prácticas restrictivas de la competencia al interior de la autodenominada Alianza Estratégica Avícola (AEA) o Intento de Fusión Avícola (IFA), declarando, en consecuencia infundada la acción en este extremo.

¹²⁰ "Los acuerdos que tengan como único objeto la exportación en conjunto, siempre y cuando no constituyan la base para la fijación de precios o de otras prácticas restrictivas que lesionen la competencia en el mercado interno."

¹²¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807, ARTICULO 43.-** Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

TERCERO: Revocar la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, en la parte que declara fundado el proceso seguido de oficio contra Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A. y Haidarliz S.A. y Granja Los Huertos S.A. por infracción al artículo 6 incisos a), c), d) y h) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, modificado por el Decreto Legislativo N° 807.

CUARTO: Confirmar la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, en los extremos que no se encuentren comprendidos dentro de los alcances de los puntos Primero, Segundo y Tercero precedentes, modificando las multas impuestas por las siguientes:

Asociación Peruana de Avicultura (APA)	50 UIT
Agropecuaria Contán S.A.	20 UIT
Agropecuaria El Pilar S.A.	25 UIT
Alimentos Protina S.A.	130 UIT
Avícola El Rocío S.A.	30 UIT
Avícola Galeb S.C.R.L.	50 UIT
Avícola Rosmar S.A.	30 UIT
Avícola San Fernando S.A.	450UIT
Avícolas Asociadas S.A.	50 UIT
Corporación Ganadera S.A.	340 UIT
El Palomar E.I.R.L.	20 UIT
F.Car S.A.	15 UIT
Germán Orbezo Suárez	140 UIT
Molinera San Martín de Porres S.A.	220 UIT
Molinos Mayo S.A.	450 UIT
Redondos S.A.	100 UIT

QUINTO: Ratificar los criterios contenidos en los precedentes de observancia obligatoria aprobados por la Comisión de Libre Competencia en la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, con las modificaciones que se recogen en el siguiente texto:

5.1. **“Las asociaciones gremiales y el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701:** Las entidades gremiales se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701 en tanto su actuación incide - directa o indirectamente - en el desarrollo de las actividades económicas de sus agremiados. En tal sentido, se encuentran obligadas a respetar las normas que regulan el ejercicio de la libre competencia.

Si bien dichas entidades pueden tener dentro de sus fines el recolectar y difundir entre sus miembros diversa información sobre el sector al que pertenecen así como realizar estudios de mercado, pueden incurrir en una restricción de la competencia, prohibida por los artículos 3 y 6 del Decreto

Legislativo N° 701, si limitan la libertad de acción de sus miembros o realizan recomendaciones o establecen conclusiones anticipadas, de forma que provoquen un comportamiento uniforme de sus agremiados en el mercado.

Igualmente, pueden incurrir en prácticas prohibidas por los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo N° 701 cuando, de cualquier modo, instrumentan, divulgan, notifican, controlan, realizan o financian cualquier actividad tendente a la materialización de un acuerdo o decisión anticompetitivos adoptados en su interior por las empresas miembros del gremio.”

5.2. **“Acuerdos de cooperación entre empresas que no restringen la competencia:** *Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, la colaboración entre empresas puede resultar económicamente favorable y podrá considerarse que los acuerdos adoptados para tal fin no restringen necesariamente la competencia, en los siguientes casos:*

- i) cuando tengan como único objeto conseguir en común informaciones que las empresas requieren para determinar autónoma e independientemente su futuro comportamiento en el mercado. Sin embargo, si el comportamiento en el mercado de las empresas se coordina - directa o indirectamente - o la libertad de éstas queda limitada, puede configurarse una restricción a la competencia. Por otro lado, el intercambio y la difusión de información a través de organizaciones gremiales, referente a producción y ventas, no presenta objeción alguna si se trata de cifras agregadas donde no se identifica a las empresas y se encuentran a disposición de todas las empresas del sector y público en general*
- ii) cuando tengan como único objeto la realización de publicidad en común sobre determinados productos de una rama o identificados por una marca común. Sin embargo, puede existir una restricción de la competencia cuando constituye un mecanismo para facilitar la puesta en práctica de acuerdos de fijación de precios o de otras prácticas restrictivas, o cuando se impida a las empresas llevar a cabo individualmente su propia publicidad o cuando se les impongan otras restricciones.*

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, considerar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria, en la aplicación de los siguientes principios:

5.3. *“De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla ‘per se’. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales*

mencionados.”

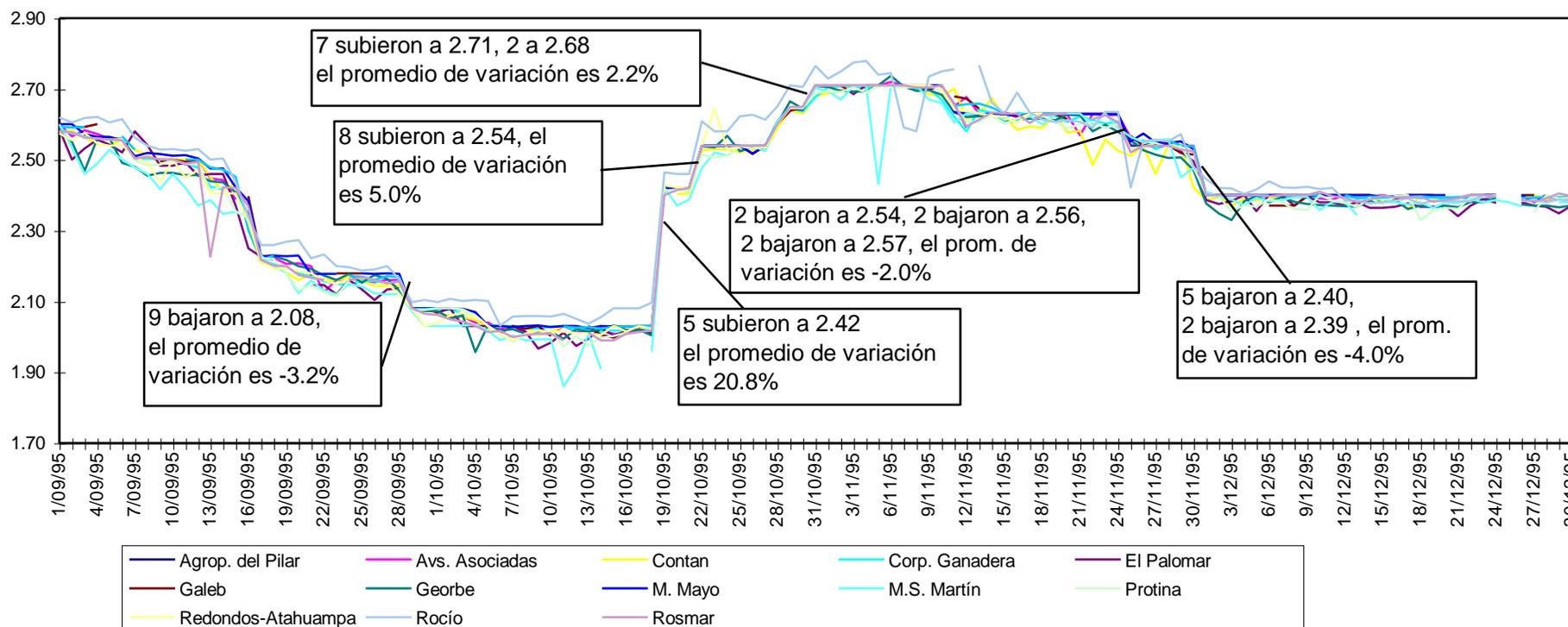
SEXTO: Disponer que la Secretaría Técnica remita copia de la presente resolución, así como de la resolución de primera instancia, al Directorio del Indecopi para su publicación en el diario oficial El Peruano de acuerdo a los términos establecidos en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Jorge Vega Castro y José Antonio Payet Puccio.

ALFREDO BULLARD GONZALEZ
Presidente

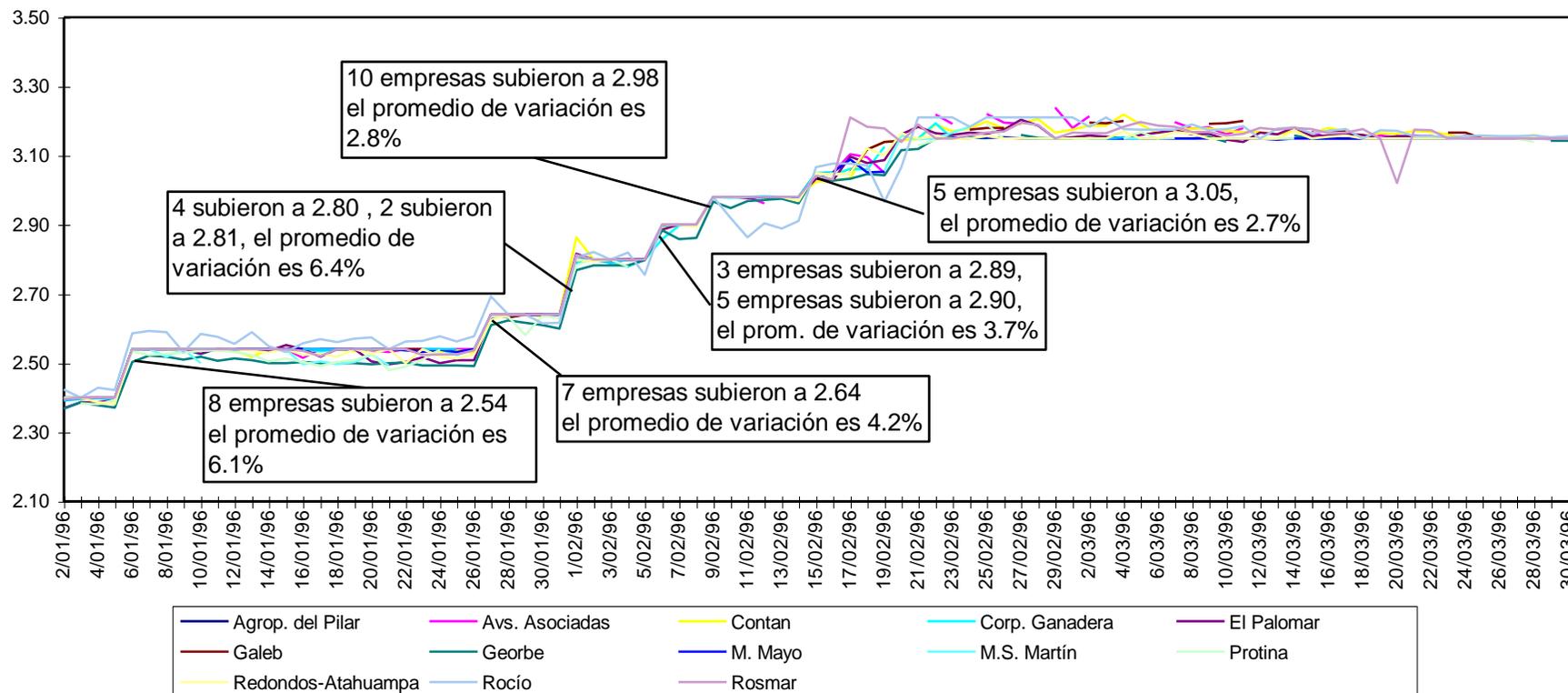
Cuadro 1

**Precio del Pollo Carne por Kg., empresas investigadas
Setiembre-Diciembre 1995 (soles)**

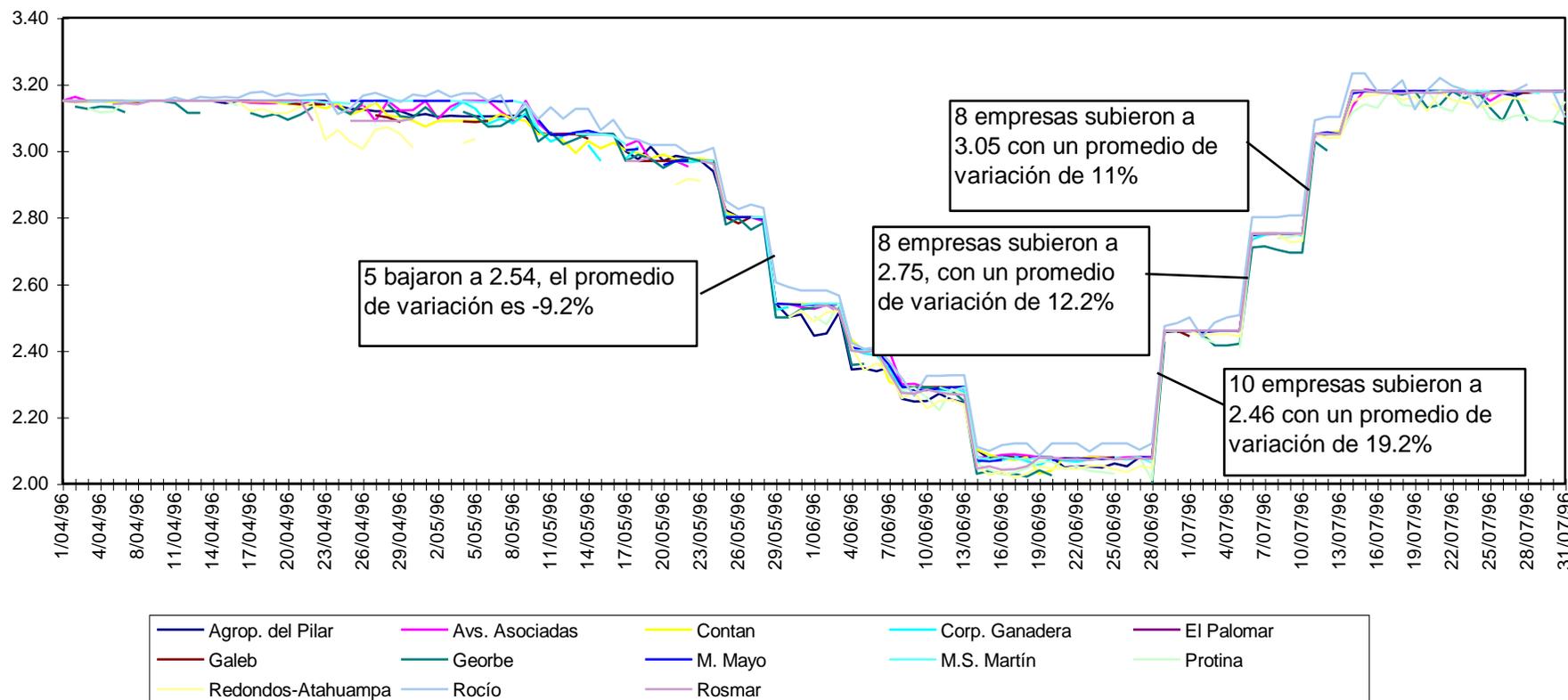


Cuadro 2

**Precio del Pollo Carne por Kg., empresas investigadas,
Enero-Marzo 1996 (soles)**



Cuadro 3
Precio del Pollo Carne por Kg., empresas investigadas,
Abril-Julio 1996 (soles)



Cuadro 4
Precio del Pollo Carne por Kg, empresas investigadas
Abril 1995-Julio 1996 (soles)
Promedio ponderado

