

# CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE  
COMPETENCIA

N° 31 - JUNIO 2022

## ACUERDO EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PAVOS EN PERÚ



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

# ACUERDO EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PAVOS EN PERÚ <sup>1</sup>

## 1. RESUMEN DEL CASO.

### 1.1. Antecedentes del caso:

Desde abril del 2017, la actual Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia<sup>2</sup> (en adelante, “la Dirección”) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (Indecopi) investigó a los supermercados Cencosud Retail Perú S.A. (en adelante, “Cencosud”), Supermercados Peruanos S.A. (en adelante, “Supesa”), Hipermercados Tottus S.A. (en adelante, “Tottus”) y Makro Supermayorista S.A. (en adelante, “Makro”) por la realización de presuntas prácticas colusorias horizontales.

Así, el 09 de diciembre de 2020 comenzó el procedimiento administrativo sancionador del caso con la resolución de inicio, donde la Dirección imputó la comisión de dos prácticas concertadas horizontales desarrolladas por los investigados y relacionadas con los productos enteros de pavo de San Fernando S.A. (en adelante, “San Fernando”) y Redondos S.A. (en adelante, “Redondos”) a quienes se les imputó el rol de planificadores, intermediarios o facilitadores de la práctica.

Tras el término de la etapa probatoria el 14 de octubre de 2021, la Dirección emitió un Informe Técnico, en el que recomienda a la Comisión de Defensa de la libre Competencia (en adelante, “la Comisión”) lo siguiente:

- a) Declarar que Cencosud, Makro, Supesa y Tottus incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando durante el periodo 2009-2016.
- b) Declarar infundadas las supuestas prácticas colusorias de Cencosud, Supesa y Tottus en el periodo 2010 a 2015 en el mencionado mercado.
- c) Declarar la participación de San Fernando y Redondos como planificadores, intermediarios o facilitadores, para el periodo 2015-2016 y 2016 respectivamente.
- d) Sancionar a las empresas con las siguientes multas: Cencosud (998 UIT<sup>3</sup>), Makro (132,16 UIT), Supesa (1000 UIT), Tottus (1000 UIT) y San Fernando (410,32 UIT).
- e) Imponer como medida correctiva un programa de cumplimiento en normativa de Libre Competencia por una duración de 3 años.

---

<sup>1</sup> Documento elaborado por el Programa UC | Libre Competencia, con la colaboración de Maura Lara y Militza Najarro.

<sup>2</sup> Antes de la aprobación del Texto Integrado del Nuevo Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi en junio del 2021, la Dirección era la Secretaría Técnica de la Comisión, entidad que también fungía el rol de instructor del proceso sancionador.

<sup>3</sup> La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es el valor en soles establecido por el Estado peruano para determinar impuestos, infracciones, multas y otras medidas. Para el año 2022 este monto asciende a S/. 4,600.00 que equivalen a US\$ 1,235.00, aproximadamente.

## 1.2. Descripción de la industria:

Las conductas investigadas estaban vinculadas a la fijación de precios de pavos enteros de las marcas San Fernando y Redondos en Perú, país que se caracteriza por un peculiar consumo de pavo en la temporada navideña, sancionando finalmente conductas que se desarrollaban en campañas que duraban desde el 16 de noviembre al 31 de diciembre, periodos que respondían a la demanda estacional.

Así, el mercado de comercialización de pavos se caracterizaba por: (i) ser uno de carácter estacional, (ii) tener dos tipos de ventas: las directas, es decir, aquellas que se otorgan en distintos puntos de ventas; y las corporativas, que se otorgan mediante vales o cupones a empresas que se canjean en puntos de venta determinados, y (iii) la existencia de 3 eslabones: productores, comercializadores o canales de venta y consumidores.

Para ejemplificar mejor a los participantes de las conductas investigadas, presentamos el siguiente gráfico:

**Tabla de la industria:**

 <b>Productores:</b> Presuntos planificadores		
 <b>Comercializadores:</b> Presuntos cartelistas	 	 

### 1.3. Mercado relevante:

El mercado afectado corresponde al de la comercialización de pavo entero a nivel nacional peruano y las prácticas se llevaron a cabo bajo la modalidad de fijación de precios. Los ilícitos comprendieron dos periodos de tiempo en función de las marcas: (i) 2009 a 2016 en el caso de pavo marca San Fernando, y (ii) 2010 a 2015 respecto al pavo marca Redondos. Cabe destacar que, en el segundo periodo no se considera la participación de Makro en el acuerdo.

En cuanto a los planificadores, se contempla la participación de San Fernando entre el año 2015 al 2016, mientras que Redondos en el año 2015.

### 1.4. Decisión de la Comisión:

Así, mediante la Resolución No. 014-2022/CLC-INDECOPI se declaró la responsabilidad de Cencosud, Makro, Supesa y Tottus por la comisión de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios<sup>4</sup>, que se materializó mediante el cumplimiento de un esquema de precios de venta al público mínimos sugeridos (PVPms) en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional, durante 7 campañas navideñas. Además, determinó la responsabilidad de San Fernando como planificador, intermediario o facilitador<sup>5</sup>. Por lo que, los sancionó, en conjunto, con aproximadamente US\$ 65,171,615.

En primer lugar, respecto a la existencia de las prácticas colusorias en el periodo 2009-2016, la Comisión analiza la figura de las colusiones bajo el esquema *hub and spoke* y las caracteriza como acuerdos entre competidores (los “*spokes*”), en los cuales una firma (“el *hub*”) ubicada en un nivel distinto de producción organiza o facilita la colusión gracias a las relaciones verticales que mantiene con los *spokes*<sup>6</sup>. En este caso Cencosud, Makro, Supesa y Tottus se caracterizarían como *spokes*, mientras que San Fernando y Redondos como un *hub*. Un elemento interesante de esta figura consistiría en que no

---

<sup>4</sup> Infracción recogida en el Decreto Legislativo No. 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante “LRCA o DL 1034”):

**Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-**

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

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

<sup>5</sup> Figura establecida en el siguiente artículo del DL 1034:

**Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-**

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

<sup>6</sup> Véase parágrafo 30: 3.2 Prácticas colusorias horizontales bajo el esquema de Hub and Spoke. 3.2.1 Consideraciones Generales.

existe comunicación directa entre competidores, sino que las coordinaciones se dan de manera indirecta a través del eje.

La Comisión es clara al establecer que este tipo de acuerdos son un tipo de práctica colusoria horizontal y que, por tanto, los competidores pueden ser sancionados como un cartel, mientras que los *hubs*, como facilitadores. Es por ello que se aplicó el estándar de prohibición absoluta<sup>7</sup>, siendo los medios probatorios para acreditar esta práctica similares a los necesarios para demostrar cualquier conducta anticompetitiva, sin necesidad de probar los efectos nocivos para el mercado<sup>8</sup>.

Respecto a la excepción de prescripción alegada por Cencosud, la Comisión señaló que el plazo corresponde a uno de 5 años y no a 4 años como se pretendía. En efecto, la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) es de carácter supletorio a todos los procedimientos, por tanto, solo se aplica a falta de regulación especial. Así, la ley especial (LRCA) en su artículo 45<sup>9</sup> establece un plazo de 5 años en materia de prescripción.

Ahora bien, respecto a la configuración de la práctica colusoria, se destaca la importancia de analizar la evidencia de forma conjunta u holística, toda vez que existen periodos que cuentan con mayor abundancia de pruebas en comparación a otros. De este modo, la ausencia de indicios en ciertos periodos de tiempo no implicaba necesariamente descartar de plano la existencia de prácticas colusorias, sin embargo, finalmente la autoridad decidió no sancionar por la campaña navideña del 2014 puesto que no se imputó al no haber medios probatorios que acrediten la comisión de la infracción. En la misma línea, la Comisión destaca que los principales medios de prueba a utilizar corresponden a correos electrónicos y el cumplimiento del esquema de PVPms por parte de las empresas involucradas.

Respecto a los PVPms, estos corresponden a los precios de venta sugeridos por parte de San Fernando a los comercializadoras y se constituía como una regla común que las empresas debían respetar. En efecto, San Fernando y posteriormente Redondos, abogaban porque los precios se respetaran, monitoreando y sancionando cualquier

---

<sup>7</sup> DL 1034:

**Artículo 11.- Prácticas Colusorias Horizontales.-**

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

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

<sup>8</sup> Para sustentar esta afirmación, la Comisión cita un conjunto de jurisprudencia extranjera relativa a la figura del *Hub and Spoke: Interstate Circuit, Inc. v. United States; Toys "R" Us, Inc. v. Federal Trade Commission; Apple E-Books; Replica Kit; Toys and Games*, entre otros.

<sup>9</sup> DL 1034:

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

Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. (...)

desvío del acuerdo por parte de las comercializadoras. Este patrón se evidenciaría en una serie de correos mediante los cuales las empresas informaban a los facilitadores de eventuales desvíos y solicitaban sanciones que se materializaban en la no provisión de pavo por parte de San Fernando a las infractoras.

A manera de ejemplo, un medio probatorio analizado por la autoridad fue el siguiente correo enviado por Supesa hacia San Fernando donde se denota un reclamo ante un incumplimiento:

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

Además, la Comisión señala que la infracción es de carácter continuado, toda vez que se cumplen los requisitos de pluralidad de conductas realizadas, pluralidad de violaciones a la misma ley, identidad de sujetos activos durante la ejecución del cartel, y una proximidad temporal y espacial entre las diferentes campañas. Acto seguido, y una vez demostrada la existencia de la práctica colusoria, se determina la sanción a las empresas involucradas, el que se calcula dividiendo el beneficio ilícito esperado entre la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva (que fue fijada en un 41%).

Por último, establece como medidas correctivas la implementación de un programa de cumplimiento bajo las condiciones específicas establecidas por la Comisión.

### **1.5. Cuestionamiento al análisis inter – marca e intra – marca:**

Finalmente, es necesario destacar el extremo más controversial del pronunciamiento de la Comisión, en tanto establece un criterio singular para la definición de una práctica inter – marca o intra – marca. Al respecto, esta definición es fundamental en la normativa peruana, en tanto todas las conductas de naturaleza intra – marca están sujetas a la regla de la prohibición relativa *-rule of reason-*, mientras que ciertas prácticas inter-marca están prohibidas *per se* (véase artículo 11.2 de la LRCA).

Sobre la distinción entre la competencia intra – marca e inter – marca, Soriano ha referido lo siguiente: *"La competencia inter marca es la derivada de la existencia en el mercado de distintas marcas para un mismo producto que compiten entre sí y suponen una limitación a la capacidad de elevar los precios por parte de un operador. [...] Por otra parte, la competencia intra marca es aquella que se produce entre los distintos distribuidores de un mismo producto[...]"*<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> SORIANO, E., *Las restricciones verticales, especial referencia a la distribución selectiva: un enfoque económico, jurídico y práctico*, 2018, pp. 299-300.

Al respecto, la Comisión consideró que una adecuada distinción entre competencia ínter e intra marca debe partir por determinar si la restricción a la competencia se encuentra intrínsecamente vinculada a una relación o restricción vertical con un proveedor común, que impone una política marcaría uniforme en el mercado de consumo final y que, como tal, pudiese impactar en el desempeño competitivo entre dichos minoristas <sup>11</sup>. Dándole un particular énfasis al nivel de dependencia o independencia existente entre el productor y sus comercializadores.

Sin embargo, este criterio, esbozado previamente en el Informe Técnico de la Dirección, fue cuestionado mediante el Informe de expertos elaborado por Felipe Irrarázabal y María Krause, quienes concluyen que nos encontramos ante una restricción vertical que tendría el carácter de prohibición relativa por encontrarnos ante un acuerdo intra-marca, debido a que San Fernando se encuentra en un nivel de la cadena diferente a los comercializadores Cencosud, Makro, Supesa y Tottus. Por lo que identificaron, además, una vulneración al principio de tipicidad.

---

<sup>11</sup> Véase el párrafo 212 de la Resolución en *4.4.1 Estándar general de análisis de competencia ínter marca e intra marca*



## 2. FICHA JURISPRUDENCIAL.

<b>Órgano Competente</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI - Perú</li> </ul>
<b>Tipo de Acción</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Procedimiento Administrativo Sancionador (1° instancia)</li> </ul>
<b>Conducta</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Práctica concertada bajo el esquema de hub and spoke</li> </ul>
<b>Partes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Instructor:</b></li> <li>Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia</li> <li><b>Cartelistas:</b></li> <li>Cencosud Retail Peru S.A.</li> <li>Makro Supermayorista S.A.</li> <li>Supermercados Peruanos S.A.</li> <li>Hipermercados Tottus S.A.</li> <li><b>Facilitador:</b></li> <li>San Fernando S.A.</li> <li>Redondos S.A.</li> </ul>
<b>Expediente</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>007-2020/CLC</li> </ul>
<b>N° Sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Resolución 014-2022/CLC-INDECOPI</li> </ul>
<b>Fecha</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>25 de marzo de 2022</li> </ul>
<b>Resultado</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Se declaró la responsabilidad de Cencosud Retail Peru S.A., Makro Supermayorista S.A., Supermercados Peruanos S.A. e Hipermercados Tottus S.A. por fijación de precios en el mercado relevante. Además, se declaró a San Fernando S.A. como facilitador de la conducta, sancionándolos en conjunto con aproximadamente US\$ 65,171,615</li> </ul>
<b>Hechos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La Comisión acoge la teoría de la Dirección respecto a la realización de una práctica concertada en el mercado relevante por parte de los comercializadores de pavos durante 7 periodos entre los años 2009 y 2016.</li> </ul>
<b>Mercado relevante</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional – Perú.</li> </ul>
<b>Teoría del daño aplicada por la autoridad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La Autoridad consideró que la fijación de precios tenía como elemento fundamental el esquema de precios de venta al público mínimos sugeridos (PVPms), en base a los cuáles se calculó el Beneficio Ilícito en función de los precios competitivos calculados en un escenario contrafactual.</li> </ul>



### Referencias:

Resolución No. 014-2022/CLC-INDECOPI de fecha 25 de marzo de 2022.

Nota de Prensa, INDECOPI: “El Indecopi sanciona con más de S/. 17 millones a empresas que formaron cártel para concertar precio del pavo durante Navidad”. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/600135-el-indecopi-sanciona-con-mas-de-s-17-millones-a-empresas-que-formaron-cartel-para-concertar-precio-del-pavo-durante-navidad>

SORIANO, E., (2018). *Las restricciones verticales, especial referencia a la distribución selectiva: un enfoque económico, jurídico y práctico.*