

Expediente 003-2008/CLC

Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI

22 de enero de 2013

VISTOS:

La denuncia interpuesta por Malva S.A. (en adelante, Malva) el 18 de febrero de 2008; la Resolución 004-2010/ST-CLC-INDECOPI del 25 de marzo de 2010 (en adelante, la Resolución Admisoria), mediante la cual la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) admitió a trámite la referida denuncia e inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Unión Andina de Cementos S.A.A. (en adelante, Unacem¹), La Viga S.A. (en adelante, La Viga), A. Berio y Cía S.A.C. (en adelante, A. Berio) y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. (en adelante, Macisa) por la presunta comisión de prácticas colusorias verticales en las modalidades de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem, y boicot consistente en retirar ciertos beneficios comúnmente otorgados contra aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya"; la Resolución 017-2011/ST-CLC-INDECOPI del 3 de noviembre de 2011 (en adelante, la Resolución de

¹ Cabe precisar que la información materia de análisis en la presente Resolución se encuentra referida a las operaciones realizadas por Cementos Lima S.A.A. durante el periodo investigado.

Ampliación), mediante la cual la Secretaría Técnica amplió la imputación de cargos respecto de determinadas personas naturales; los descargos de los denunciados; el Informe Técnico 039-2012/ST-CLC-INDECOPI del 23 de noviembre de 2012 (en adelante, el Informe Técnico); las alegaciones de las partes respecto del Informe Técnico (en adelante, las Alegaciones); las demás actuaciones del procedimiento.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

I.1. Agentes económicos involucrados

1. Malva es una empresa que se dedica a la construcción civil, construcciones metálicas, carpintería y ebanistería; así como a la venta de materiales de construcción y ferretería². Como parte de sus actividades comerciales, compra y vende cemento, entre otros productos³.
2. Unacem es una empresa que se dedica a la elaboración, fabricación, comercialización y venta de clinker, cementos y otros materiales de construcción, en el país y en el extranjero⁴.
3. La Viga es una empresa que se dedica a la distribución y comercialización de materiales de construcción, como cemento, fierro de construcción, ladrillos, trefilería, agregados; así como a la prestación de servicios de transporte, entre otros⁵. Es uno de los principales distribuidores de Unacem y comercializa las marcas de cemento "Sol" y "Atlas"⁶.
4. A. Berio es una empresa que se dedica a la comercialización de materiales de construcción, como cemento, fierro, clavos, alambres; así

² Según la Partida Electrónica 70251216 del Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.

³ Ver a foja 2 del Expediente.

⁴ Memoria 2008 de Unacem, pág. 7.

⁵ Ver: www.laviga.com/espanol/03_servicio/servicio_flete.php.

⁶ Ver:

www.laviga.com/espanol/02_producto/producto_detalle.php?pIDSelected=1&pID=2.

como a la prestación de servicios de transporte. Es uno de los principales distribuidores de Unacem y comercializa las marcas de cemento "Sol" y "Atlas"⁷.

5. Macisa es una empresa que se dedica a la comercialización de productos para la construcción, como cemento; así como a la prestación de servicios de transporte⁸. Es uno de los principales distribuidores de Unacem y comercializa sus productos⁹.
6. Cemex Perú S.A. (en adelante, Cemex) es una empresa que se dedica a la fabricación, compraventa, distribución, importación, exportación, explotación y aprovechamiento industrial y comercial de cemento, así como de otras clases de materiales para la construcción¹⁰. Asimismo, es importadora de la marca de cemento "Quisqueya", producido por Cemex Dominicana S.A. en República Dominicana.

I.1 Desarrollo del procedimiento

7. El 18 de febrero de 2008, Malva interpuso una denuncia contra La Viga por presuntas conductas anticompetitivas debido a que, en el mes de febrero de 2008, se negó a proveerle cemento "Sol" debido a que había comercializado cemento "Quisqueya", producto importado por Cemex. Al respecto, Malva indicó que La Viga no aceptó recibir pago alguno en efectivo ni mediante cheque de gerencia, para la venta de cemento "Sol".

Asimismo, agregó que La Viga se encargaba de supervisar el cumplimiento de la disposición consistente en no vender cemento "Sol" a los clientes que compren cemento "Quisqueya", no sólo en el local de la

⁷ Ver: <http://www.aberio.com.pe/catalogo.htm> y <http://www.aberio.com.pe/cementos.htm>.

⁸ Ver: <http://www.macisa.com.pe/index3.html>.

⁹ Impacto del SGC ISO 9001 en el nivel competitivo de MACISA. Ver: http://www.cdi.org.pe/pdf/Reconocimientos/experiencias_2006/ISO/MACISA.pdf. Informe especial MACISA ISO 9001, herramienta precisa para la mejora de su gestión. Ver: http://www.cdi.org.pe/pdf/Reconocimientos/experiencias_2007/ISO/MACISA_INVERSIONES.pdf

¹⁰ Según la Partida Electrónica 12012087 del Registro de Personas Jurídicas de la SUNARP.

denunciante sino también en los locales de otras ferreterías.

8. Como sustento de su denuncia, Malva presentó los siguientes documentos: (i) orden de compra del 1 de febrero de 2008 dirigida a La Viga; (ii) carta notarial del 4 de febrero de 2008 dirigida a La Viga, mediante la cual adjuntó un cheque de gerencia por un monto de S/. 1 612,45 (mil seiscientos doce y 45/100 nuevos soles) para la venta de cemento "Sol"; (iii) la relación de clientes de Malva que no podían seguir adquiriendo cemento "Quisqueya" porque, de hacerlo, no serían abastecidos con cemento "Sol"; (iv) copia de las facturas correspondientes a las compras de cemento "Sol", realizadas por la denunciante a La Viga, del mes de enero de 2007 a enero de 2008 y, (v) un documento que habría sido firmado por los señores José Fermín Chávarri Herrera y Jean Mayer Anaya Machco, donde se indicó que se requería una orden de Unacem para atender determinado pedido y que, para ello, era necesario comunicarse previamente con el señor Fernando Mendallán.
9. El 31 de marzo de 2008, Malva presentó copia notarial del cheque de gerencia emitido a favor de La Viga y devuelto por esta empresa, con la finalidad de acreditar la negativa de venderle cemento "Sol" por distribuir cemento "Quisqueya"¹¹.
10. El 7 de noviembre de 2008, la empresa Inversiones Rapid Service S.A.C.¹² presentó un escrito señalando que Unacem le había requerido que dejara de vender Cemento Andino IPM pues, de lo contrario, ya no le vendería cemento "Sol".
11. El 7 de enero de 2009, en el marco de la investigación preliminar tramitada bajo el Expediente Preliminar 021-2008/CLC (en adelante, el Expediente Preliminar), la Secretaría Técnica realizó sendas visitas inspectivas en los locales de Unacem, La Viga, A. Berio y la Asociación de Productores de Cemento – Asocem (en adelante, Asocem), con el fin de

¹¹ Documento firmado el 12 de marzo de 2008 por María López Valverde, Gerente General de Malva, y Rosa Salcedo López, Administradora de la Sucursal de La Viga en el Cono Norte, donde consta lo siguiente: "Recibí de los señores La Viga S.A. el cheque de gerencia de Banco Continental N° 00000986 por suma de S/. 1 612,45 (un mil seiscientos doce y 45/100 nuevos soles) emitido por Malva S.A. a favor de La Viga S.A."

¹² Empresa dedicada a la venta de materiales de construcción, en el mismo nivel que Malva.

obtener información sobre las actividades de producción, distribución y comercialización de cemento.

En dicha oportunidad, al amparo de lo establecido en el artículo 32.5 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Unacem, La Viga, A. Berio y Asocem solicitaron la reserva genérica de la información física y electrónica entregada y de aquella proporcionada en las entrevistas grabadas durante las referidas visitas inspectivas.

12. Al respecto, cabe señalar que, mediante Razón de Secretaría Técnica del 11 de diciembre de 2009, se dejó constancia de la incorporación al presente expediente de copia de la información del Expediente Preliminar que resultaba pertinente para el presente procedimiento.
13. El 26 de enero de 2009, el señor Iván Wilfredo Hilario Nostades presentó un escrito indicando que La Viga, por orden de Unacem, se había negado a abastecerlo con cemento "Sol" debido a que había empezado a comercializar cemento "Quisqueya", y que estaba dispuesto a apoyar con la investigación.
14. El 4 de febrero de 2009, Malva amplió su denuncia señalando que La Viga y Unacem incurrieron en un abuso de posición de dominio y/o una práctica colusoria vertical, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1034. Al respecto, señaló lo siguiente:
 - (i) La Viga habría cometido un abuso de posición de dominio¹³ en las modalidades de negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de cemento "Sol" e incitar a terceros a no aceptar el cemento "Quisqueya" distribuido por Malva; conductas que se encontraban tipificadas en los literales a y g del artículo 10.2 del

¹³ Malva adjuntó información que aparece en la página web de La Viga, donde se indica que esta empresa atiende aproximadamente al 40% del mercado de cemento en Lima y al 12% a nivel nacional, siendo el principal distribuidor de Unacem. Asimismo, se indica que Unacem es el mayor productor de cemento en el Perú, con una participación de 45% en este mercado.

Decreto Legislativo 1034¹⁴.

- (ii) Unacem¹⁵ y La Viga habrían incurrido en una práctica colusoria vertical, pues acordaron negar la venta de cemento "Sol" o "Atlas" a los distribuidores de cemento "Quisqueya", conductas que se encontraban tipificadas en los literales a, g y h del artículo 10.2 y en los literales g, h y k del artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034¹⁶.
- (iii) Unacem habría incurrido en un abuso de posición de dominio a través de la implementación de la Red Progre-Sol, pues celebra contratos de exclusividad con distribuidores y les prohíbe adquirir

¹⁴ **Decreto Legislativo 1034.**

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

(...)

g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,

(...)

¹⁵ Para acreditar la posición de dominio de Unacem, por tratarse de uno de los requisitos para que se configure la conducta denunciada, Malva adjuntó un reporte de Class & Asociados S.A. (en adelante, Class & Asociados), clasificadora de riesgo, donde se indicaba que dicha empresa ejercía una posición de liderazgo en la comercialización de cemento en el mercado local, participando con 43% de las ventas nacionales.

¹⁶ **Decreto Legislativo 1034.**

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;(...)

g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. (...)

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

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

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

h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la i entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación" u organización de intermediación;(...)

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

cemento de otras empresas, conducta que se encontraría tipificada en el literal e del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034¹⁷.

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

15. El 25 de marzo de 2009, Cemex presentó un escrito solicitando que se le considere apersonada al procedimiento que la Comisión habría iniciado con motivo de la denuncia interpuesta por Malva¹⁸. Asimismo, manifestó que Unacem y La Viga habrían incurrido en las siguientes conductas anticompetitivas en el mercado de cemento en Lima:

- (i) La Viga habría cometido un abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de cemento "Sol" e incitar a terceros a no aceptar el cemento "Quisqueya" distribuido por Malva; conductas que se encontrarían tipificadas en los literales a y g del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034¹⁹.
- (ii) Unacem y La Viga habrían incurrido en una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de trato, al no satisfacer las demandas de compra de cemento "Sol" de Malva, conducta que se encontraría tipificada en el literal g del artículo 11.1, concordante con el artículo 12.2 del Decreto

¹⁷ **Decreto Legislativo 1034.**

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.- (...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados; (...)

¹⁸ Cemex manifestó que tomó conocimiento de este procedimiento a raíz de la información aparecida en diversos medios de prensa escrita. Sustentó su pedido en lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 27444 y el artículo 23.1 del Decreto Legislativo 1034, alegando que, según estas normas, un tercero se encontraría legitimado a incorporarse a un procedimiento administrativo en la etapa de investigación preliminar, para velar por la posible afectación de sus derechos o intereses. Sobre esto último, Cemex señaló que, al ser importador de cemento "Quisqueya", la negativa de vender cemento "Sol" o "Atlas" a los distribuidores que comercializan su producto, obstaculizaría su permanencia en el mercado.

¹⁹ Ver nota a pie 15.

Legislativo 1034²⁰.

- (iii) Unacem y La Viga habrían incurrido en una práctica colusoria vertical en la modalidad de sabotaje o boicot, al obstaculizar de manera injustificada y concertada la permanencia de Cemex en el mercado, negándose a vender cemento "Sol" a Malva y a otros distribuidores que comercializaron cemento "Quisqueya", conducta que se encontraría tipificada en el literal h del artículo 11.1, concordante con el artículo 12.2 del Decreto Legislativo 1034²¹.

16. Mediante Resolución 022-2009/CLC-INDECOPI del 26 de marzo de 2009,

²⁰ **Decreto Legislativo 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:

(...)

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

h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la i entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación" u organización de intermediación; (...)

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.- (...)

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

²¹ **Decreto Legislativo 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:

(...)

h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la i entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación" u organización de intermediación; (...)

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.- (...)

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

(...)

esta Comisión denegó el pedido de medida cautelar presentado por Malva, toda vez que esta empresa no cumplió con acreditar el requisito de peligro en la demora.

17. Mediante Resolución 028-2009/CLC-INDECOPI del 7 de mayo de 2009, esta Comisión denegó la solicitud de apersonamiento presentada por Cemex²², en la medida que no se había iniciado un procedimiento. Sin perjuicio de ello, precisó que esta empresa podía aportar a la Secretaría Técnica los medios probatorios que considerara útiles para determinar si correspondía iniciar un procedimiento administrativo sancionador.
18. En tal sentido, el 20 de julio de 2009, Cemex presentó un escrito reiterando que Unacem y La Viga habían infringido el Decreto Legislativo 1034. Además, señaló que A. Berio, en su condición de distribuidor mayorista de Unacem, también había incurrido en un abuso de posición de dominio y/o una práctica colusoria vertical.

Para tal efecto, Cemex proporcionó documentos que acreditarían la posición de dominio de La Viga, A. Berio y Unacem en los mercados en los que estas empresas desarrollan sus actividades²³. Asimismo, presentó

²² Ello, toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Decreto Legislativo 1034, el inicio formal del procedimiento administrativo se produce mediante una resolución expresa de la autoridad y la Secretaría Técnica aún se encontraba en la etapa de actuaciones previas, cuyo objeto consistía precisamente en determinar si correspondía el inicio de un procedimiento.

²³ Específicamente, Cemex presentó copia simple de los siguientes documentos para acreditar la posición de dominio de La Viga y A. Berio:

- Publicidad efectuada por Unacem en las Páginas Amarillas de Telefónica del Perú S.A.A., donde se aprecia que La Viga, A. Berio y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. son los únicos distribuidores mayoristas autorizados por Unacem, en Lima, según zonas geográficas exclusivas para cada una de dichas empresas;
- Publicidad efectuada por La Viga en su página web, donde informa que atiende aproximadamente al 40% del mercado de cemento en Lima y al 12% del mercado a nivel nacional, siendo el principal distribuidor de Unacem;
- Publicidad efectuada por A. Berio en su página web, donde informa ser el principal distribuidor de Unacem; y
- Discurso del representante de Macisa, en ceremonia del Centro de Desarrollo Industrial de la Sociedad Nacional de Industrias, donde declaró lo siguiente: *"El cemento proveniente de la compañía Cementos Lima se reparte a 3 empresas en la capital, siendo Macisa una de ellas"*.

medios probatorios destinados a demostrar las siguientes afirmaciones:

- (i) Unacem y La Viga han incurrido en conductas anticompetitivas de boicot o sabotaje contra Cemex²⁴;

Asimismo, Cemex presentó copia simple de los siguientes documentos para acreditar la posición de dominio de Unacem:

- Denuncia de Unacem contra Cemex ante la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios (en adelante, la CFD) del 28 de agosto de 2007, mediante la cual Unacem afirmó contar con 40% de la producción de cemento gris a nivel nacional;
- Resolución 116-2007/CDS-INDECOPI del 26 de octubre de 2007, mediante la cual la CFD indicó que Unacem representa el 36% del volumen total de cemento gris, que Cemento Andino S.A. (en adelante, Cemento Andino) representa el 22,7% y que ambos productos pertenecen al Grupo Rizo Patrón;
- Peritaje económico elaborado por la empresa Maximixe Consult S.A. (en adelante, Maximixe) en abril de 2008, a solicitud de Cemex, donde se analiza la estructura del mercado de cemento gris peruano y se corrobora la posición de dominio de Unacem;
- Presentación utilizada por Unacem en un informe oral ante la CFD del 30 de abril de 2008, donde indica que su participación en el mercado de cemento, a nivel nacional, es de 40% y, en su zona de influencia (Lima, Callao, Ica, Ancash y Ayacucho), asciende a 80%; y
- Resolución 055-2009/CFD-INDECOPI del 7 de abril de 2009, mediante la cual la CFD declaró infundada la denuncia de Unacem. En dicho pronunciamiento se aprecia que Unacem, conjuntamente con Cemento Andino, tiene una participación del 73,25% del mercado de cemento en Lima.

²⁴ Al respecto, Cemex presentó copia simple de los siguientes documentos:

- Acta notarial de la declaración del 24 de agosto de 2007 de Iván Hilario Nóstades, propietario de la distribuidora El Milenium E.I.R.L., quien afirmó que La Viga se negó a venderle cemento "Sol" por comercializar cemento "Quisqueya" y que esta negativa era realizada por encargo de Unacem; y
- Acta notarial de la declaración del 12 de noviembre de 2007 de Marco Antonio Toratto Fernández, quien afirmó haber sido presionado por La Viga para dejar de comercializar cemento "Quisqueya", bajo la amenaza de que se le dejaría de proveer el cemento producido por Unacem.

Asimismo, manifestó que, al dedicarse a la comercialización de cemento "Quisqueya" en el sur del país, a través de la empresa American Concrete S.A.C., había sido presionado por Unacem para que cesara la comercialización de dicho producto. Ello se reflejaría en un correo electrónico que le remitió Luciano Boggio Lavaggi, gerente comercial de American Concrete S.A.C, mediante el cual le informó de una serie de medidas que habría adoptado Unacem para evitar la venta de cemento "Quisqueya" en dicha zona, entre las que se encontraba la de prohibir a los distribuidores que vendan cemento "Quisqueya" en sus locales pues, de hacerlo, no los atendería con sus productos, al margen del tipo de cliente del que se tratara.

- (ii) Unacem y A. Berio han incurrido en conductas anticompetitivas de boicot o sabotaje contra Cemex²⁵; y
- (iii) Unacem ha incurrido en conductas anticompetitivas de boicot o sabotaje contra Cemex²⁶.

En tal sentido, Cemex planteó la necesidad de iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Unacem, La Viga y A. Berio por haber incurrido en las conductas anticompetitivas descritas.

19. El 10 de agosto de 2009, Cemex presentó medios probatorios adicionales que acreditarían la posición de dominio de Unacem²⁷ en el mercado de cemento en Lima y que, en ese sentido, permitirían concluir que dicha empresa, La Viga y A. Berio habrían incurrido en conductas anticompetitivas contra Malva y Cemex.

20. El 17 de febrero de 2010, Cemex presentó copia de un artículo

²⁵ Sobre el particular, Cemex presentó copia simple de los siguientes documentos:

- Acta notarial de la declaración de Libia Vilca Sivirichi del 22 de agosto de 2007, distribuidora de materiales de construcción, quien afirmó que A. Berio se negó a venderle cemento "Sol" por comercializar cemento "Quisqueya" y que esta negativa era realizada por encargo de Unacem; y
- Acta notarial de la declaración de Fredy Moreano Valdivia del 7 de setiembre de 2007, distribuidor de materiales de construcción, quien afirmó que A. Berio se negó a venderle cemento "Sol" u otra marca de cemento por comercializar cemento "Quisqueya" y que esta negativa era realizada por encargo de Unacem.

²⁶ Al respecto, Cemex presentó copia simple de los siguientes documentos:

- Acta notarial de la declaración de Karla Gabriela Ortega Paz del 29 de agosto de 2007, distribuidora de materiales de construcción a través de Perú MAC, quien afirmó que Unacem y sus distribuidoras obstaculizaron sus actividades por comercializar cemento "Quisqueya", pues los clientes de esta empresa son amenazados con perder el crédito, el precio de oferta y el abastecimiento de cemento "Sol", "Atlas" y "Andino".

Video con la grabación del programa "Frente a Frente", difundido en Ica el 22 de noviembre de 2008, donde se informó acerca del supuesto boicot o sabotaje desplegado por Unacem contra Cemex, consistente en negarse a vender sus productos a aquellos distribuidores que comercializaran cemento "Quisqueya".

²⁷ Cemex presentó la Carta GF.0079.09 remitida el 19 de junio de 2009 por Unacem a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev), mediante la cual entregó la presentación realizada a inversionistas en el Auditorio del BBVA Banco Continental el 18 de junio de 2009.

periodístico publicado en el diario El Comercio, titulado “Cemento: un mercado duro de roer”, mediante el cual acreditaría que Unacem concentraba el 40% de la demanda de cemento a nivel nacional; y, en consecuencia, que esta última empresa contaba con posición de dominio en el mercado de cemento de la región costera del centro del Perú.

21. Mediante Resolución 010-2010/CLC-INDECOPI del 23 de febrero de 2010, esta Comisión declaró improcedente la solicitud de confidencialidad presentada por Asocem respecto de la información pertinente física y electrónica entregada durante la visita inspectiva realizada el 7 de enero de 2009 y proporcionada en las entrevistas grabadas durante dicha diligencia.
22. Mediante Resolución 011-2010/CLC-INDECOPI del 23 de febrero de 2010, esta Comisión declaró fundada en parte la solicitud de confidencialidad presentada por A. Berio respecto de la información pertinente física y electrónica entregada durante la visita inspectiva realizada el 7 de enero de 2009 y proporcionada en las entrevistas grabadas durante dicha diligencia.
23. Mediante Resolución 004-2010/ST-CLC-INDECOPI del 25 de marzo de 2010 (en adelante, la Resolución Admisoria), la Secretaría Técnica decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa por la presunta comisión de prácticas colusorias verticales, en las siguientes modalidades tipificadas como infracción administrativa en los artículos 1 y 12 del Decreto Legislativo 1034²⁸ y sancionables conforme a lo previsto en el artículo 43 de la

28

Decreto Legislativo 1034.

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.

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

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.

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

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

La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las

referida norma:

- (i) Una presunta negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem contra aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya", modalidad descrita en el literal g del artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034; y
- (ii) Un presunto boicot consistente en retirar ciertos beneficios comúnmente otorgados (como, por ejemplo, crédito, reconocimiento de flete o bonos por cumplimiento de metas) a aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya", modalidad descrita en el literal k del artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034.

- 24. Mediante Resolución 021-2010/CLC-INDECOPI del 26 de marzo de 2010, esta Comisión declaró fundada en parte la solicitud de confidencialidad presentada por La Viga respecto de la información pertinente física y electrónica entregada durante la visita inspectiva y proporcionada en las entrevistas grabadas durante dicha diligencia.
- 25. El 12 de mayo de 2010, Cemex presentó una solicitud de apersonamiento al procedimiento administrativo sancionador iniciado por la Secretaría Técnica, alegando su condición de tercero con legítimo interés.
- 26. El 27 de mayo de 2010, A. Berio apeló la Resolución 011-2010/CLC-INDECOPI en el extremo que declaró infundada en parte su solicitud de confidencialidad.
- 27. Mediante Resolución 029-2010/CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2010, esta Comisión declaró fundada en parte la solicitud de confidencialidad presentada por Unacem respecto de la información pertinente física y electrónica entregada durante la visita inspectiva y proporcionada en las entrevistas grabadas durante dicha diligencia.

partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante. 12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

28. Mediante Resolución 030-2010/CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2010, esta Comisión concedió el recurso de apelación interpuesto por A. Berio en contra de la Resolución 011-2010/CLC-INDECOPI y, en consecuencia, elevó los actuados respectivos a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, la Sala)²⁹.
29. Mediante Resolución 031-2010/CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2010, esta Comisión aceptó la solicitud de apersonamiento de Cemex.
30. El 4 de junio de 2010, Unacem presentó sus descargos a las imputaciones realizadas mediante la Resolución Admisoria, señalando lo siguiente:
- (i) En la Resolución Admisoria se indicó que existen indicios razonables de que las empresas investigadas habrían incurrido en prácticas colusorias verticales, las cuales calzan dentro de las denominadas prohibiciones relativas. En consecuencia, se debe acreditar que las referidas conductas a) se han producido, b) han generado o pudieron generar efectos negativos para la competencia y/o el bienestar de los consumidores; y, c) que la persona o personas que incurrieron en la conducta anticompetitiva hayan obtenido un beneficio derivado de ella.
 - (ii) Para acreditar la existencia de la negativa injustificada de trato a la que se hace referencia en el literal g) del artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034, se debe verificar que, concurrentemente, esta conducta se realice con una posición de dominio (obteniendo un beneficio) y que con ello se afecte la competencia en el mercado (perjudicando a los consumidores).
 - (iii) El supuesto boicot consistente en la reducción o eliminación de beneficios comúnmente otorgados a aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya" constituiría una prohibición relativa y, en consecuencia, es necesario demostrar, además de su

²⁹ Cabe señalar que, el 28 de setiembre de 2010, Cemex también impugnó esta decisión.

existencia, que efectivamente se produjeron efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

- (iv) Las conductas de las empresas investigadas tuvieron efectos muy acotados y casi insignificantes, por lo que no afectaron la competencia ni les otorgaron un beneficio anticompetitivo sobre sus demás competidores. Ello considerando que, una proporción mayoritaria de los casos imputados en la Resolución Admisoria, se abasteció directa o indirectamente de Unacem y que algunas de las órdenes de negativa o boicot que se indican en dicha resolución jamás se ejecutaron.
- (v) En muchos casos, la negativa de venta o de otorgamiento de beneficios respondió a razones comerciales que la justificaban.
- (vi) En el caso del beneficio consistente en el otorgamiento de descuentos (en adelante, el beneficio de descuentos)³⁰, no todos se hacían acreedores al mismo pues, pese a que era altamente rentable para las ferreterías, tenía un término de vigencia muy corto.
- (vii) En el caso del beneficio de otorgamiento de una bonificación por el cumplimiento de metas (en adelante, el beneficio por cumplimiento de metas)³¹, las ferreterías no lo cobraban oportunamente por diversos motivos (los importes no eran muy significativos, algún tipo de temor tributario de demostrar compras, por desinterés, para acumular dos o más períodos, entre otros). Asimismo, cada uno de los distribuidores estaba encargado de otorgar los beneficios, por lo que no siempre el otorgamiento era homogéneo.
- (viii) En el caso del beneficio por flete (en adelante, el beneficio de

³⁰ Dicho beneficio consistía en el otorgamiento de un descuento a las compras realizadas por las ferreterías, en fechas específicas, con la finalidad de incentivar la compra de cemento. Dicho beneficio era concedido a través de una nota de crédito.

³¹ Dicho beneficio consistía en el otorgamiento de una bonificación por el cumplimiento de volúmenes de venta que eran determinados por Unacem para cada ferretería.

flete)³², (i) de julio a agosto de 2007, el beneficio ascendía a S/. 0.60 para las zonas Este y Norte y de S/. 0.41 para la zona Sur y era reconocido por la empresa que prestaba el servicio de depósito a Unacem; (ii) de agosto de 2007 a enero de 2008, el beneficio ascendía a S/. 0.70 para las zonas Este y Norte y a S/. 0.51 para la zona Sur; y (iii) de enero de 2008 a junio de 2010, el beneficio ascendía a S/. 0.80 para las zonas Este y Norte y a S/. 0.61 para la zona Sur. Asimismo, a partir de octubre de 2007, se implementó un beneficio de S/. 0.25 por "Recojo de Piso en Depósitos" como beneficio a las pequeñas y medianas ferreterías, que por diversos motivos no se acercaban a la fábrica, el cual también se aplicó en el depósito de Chincha a partir de enero de 2008, pero en este caso solo ascendía a S/. 0.20.

- (ix) Unacem no implementó como empresa una política de negativa de venta de cementos ni de otorgamiento de beneficios comúnmente otorgados a las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya" (en adelante, la política).
- (x) Ni la Junta General de Accionistas ni el Directorio ni la Gerencia General de Unacem adoptaron acuerdo alguno en el sentido de negar injustificadamente la venta y/o el otorgamiento de beneficios a las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya".
- (xi) Las conductas investigadas habrían consistido en la respuesta de un grupo acotado de empleados frente a la política de aplicación de precios dumping por parte de Cemex y a la reducción de la tasa de los derechos arancelarios a favor de dicha empresa.
- (xii) Las conductas investigadas, en realidad, no han tenido un gran efecto respecto de Cemex puesto que esta empresa a) no se vio imposibilitada de vender en el mercado local el íntegro del cemento que importaba; b) no se vio obligada a cancelar las órdenes de compra para importaciones al Perú; c) no vio reducida su participación en el mercado; y, d) no sufrió ningún otro perjuicio

³² Dicho beneficio consistía en entregar un monto determinado de dinero a todas las ferreterías que enviaban su vehículo a recoger el cemento a la planta de Unacem.

real y efectivo.

- (xiii) Asimismo, Cemex ha mantenido reiteradas importaciones de cementos portland durante el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008, las cuales superaron en exceso las proyecciones de importación y ventas que dicha empresa señaló en la tramitación del Expediente 065-2007-CDS.
- (xiv) Las conductas investigadas no afectaron a las ferreterías debido a que la mayoría de ellas sí contó con abastecimiento directo de cemento "Sol" o "Atlas", a través de alguno de los distribuidores de Unacem (La Viga, A. Berio y Macisa), o de manera indirecta, a través de mayoristas o subdistribuidores. Además, el porcentaje de ferreterías supuestamente afectadas habría sido mínimo.
- (xv) Las conductas investigadas no afectaron al consumidor final debido a que durante el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008 el consumo de cemento fue absolutamente normal, incluso incrementándose sin un aumento de los precios para el público consumidor. Adicionalmente, debido a que el cemento portland gris es equivalente a cualquier otro cemento en el Perú, es un bien altamente sustituible.
- (xvi) De igual forma, considerando que en cada distrito del área de influencia de Unacem existen diversas ferreterías, si un consumidor hubiese requerido a una determinada ferretería cemento "Sol" y ésta no lo hubiera tenido, dicho consumidor podría fácilmente haber accedido a otra ferretería del mismo distrito.
- (xvii) El mercado no se puede haber visto afectado por las conductas investigadas porque se trata de un mercado altamente contestable. Asimismo, no se puede haber afectado la competencia debido a la existencia de bienes sustitutos al cemento producido por Unacem que, incluso, tenían menores costos debido a que se vendían a precios dumping.
- (xviii) Los costos de cambio que se generarían a las ferreterías por la supuesta política realizada por las empresas investigadas (costos

por pérdida de provisión de cemento y por pérdida de beneficios) no les causarían ninguna afectación, en tanto que dichos costos podrían haber sido evitados mediante la adquisición de cemento "Quisqueya", incluso a menor precio, u otros cementos que se ofrecen en el mercado relevante (cemento "Inca" o cemento "Andino").

- (xix) Las declaraciones juradas, aportadas por Cemex, de cinco (5) ferreteros que afirmaron haber sido víctimas de negativa de venta de cemento "Sol", debido a que habían comercializado cemento "Quisqueya", fueron efectuadas ante la Notaria Pública Cecilia Hidalgo Morán, a pesar de que dichos ferreteros tienen su domicilio en diversos distritos de Lima. Asimismo, la presentación de las referidas declaraciones juradas se realizó dos (2) años después de que fueran efectuadas. Lo anterior cuestionaría la credibilidad de dichas declaraciones juradas.
- (xx) Finalmente, de los cinco (5) ferreteros que afirmaron haber sido víctimas de negativa de venta de cemento "Sol", debido a que habían comercializado cemento "Quisqueya", a cuatro (4) nunca se les dejó de abastecer o nunca formaron parte de los ferreteros que adquirirían cemento "Sol"; y al quinto se le había suspendido el abastecimiento por razones justificadas.

Asimismo, Unacem presentó conjuntamente con sus descargos el Informe elaborado por PriceWaterHouseCoopers S. Civil de R.L. (en adelante, el Informe PWC), que se señala:

- (i) La brecha acumulada entre la producción total de cementos y el despacho local, entre julio de 2007 y julio de 2008, ascendió a 341, 597 TM, demostrando que el mercado local de cementos siempre estuvo abastecido.
- (ii) El nivel de precios por bolsa de cemento se mantuvo estable en moneda local.
- (iii) En el periodo de julio de 2007 a julio de 2008, las importaciones mensuales promedio de cemento de origen dominicano fueron

11,870.6 TM. De forma acumulada, en dicho período, las importaciones de cemento de Cemex representaron el 75% del total de importaciones.

- (iv) Unacem tuvo una pérdida de participación de mercado con el ingreso de Cemex, alcanzando un mínimo de 38% en enero de 2008. Por su parte, Cemex tuvo una participación máxima de 4% en febrero de 2008.
- (v) Consolidando la información de las tres (3) distribuidoras de Unacem, se determinó que, de las setenta (70) ferreterías analizadas en el procedimiento, se ha identificado que, en el caso de quince (15) de ellas, la razón de su desabastecimiento no ha sido determinada. Asimismo, teniendo en cuenta que existen mil noventa y ocho (1098) ferreterías en el área geográfica de los tres (3) distribuidores, el ratio de ferreterías cuya razón de desabastecimiento no se ha determinado es 1.37%.
- (vi) Consolidando la información de las tres (3) distribuidoras de Unacem, se determinó que, sobre el total de las 1098 ferreterías atendidas por dichas distribuidoras: a) el porcentaje promedio mensual de las ferreterías que recibieron el beneficio de flete fue de 84.52%; b) el porcentaje promedio mensual de las ferreterías que recibieron el beneficio de descuento fue de 83.93 %; c) el porcentaje promedio mensual de las ferreterías que recibieron el beneficio por cumplimiento de metas fue de 21.01%; y, d) el porcentaje promedio mensual de las ferreterías que recibieron el beneficio de crédito fue de 87.01%.

31. El 4 de junio de 2010, Macisa presentó sus descargos a las imputaciones realizadas mediante la Resolución Admisoria, señalando lo siguiente:

- (i) De las doce (12) ferreterías que presuntamente la involucrarían en las conductas investigadas, cinco (5) nunca fueron clientes de Macisa, cinco (5) fueron atendidos de manera continua en el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008, y dos (2) adquirieron cemento de Macisa solo hasta agosto de 2007, debido a que, a partir de entonces, decidieron ser distribuidoras de cemento

“Quisqueya”.

- (ii) Incluso en el caso que no se hubiera vendido a las referidas ferreterías cementos “Sol”, éstas podrían haber adquirido dicho producto indirectamente a través de mayoristas, por lo que esta política no podría haber generado un efecto negativo en el mercado.
 - (iii) Adicionalmente, en ninguno de los doce (12) casos que podrían involucrarlos se había negado el otorgamiento de los beneficios de descuento, cumplimiento de metas y flete.
 - (iv) Respecto al beneficio de descuento, no todos se hacían acreedores a dicho beneficio pues, pese a que resultaba altamente rentable para las ferreterías, tenía una vigencia muy corta.
 - (v) Sobre el beneficio por cumplimiento de metas, algunos clientes no lo cobraban por diversos motivos (los importes no eran muy significativos, por algún tipo de temor tributario de demostrar compras, por desinterés, por acumular dos o más períodos, entre otros) y, adicionalmente, el hecho que cada distribuidor de Unacem lo otorgara de manera particular a través de sus propios procedimientos hacía que su entrega fuera poco homogénea.
 - (vi) Acerca del beneficio de flete, el cliente podía optar por la modalidad de compra “puesto en planta” o “puesto en obra”, en cuyo caso el descuento por flete estaba incluido en la factura de venta de cemento correspondiente, por lo que Macisa no retiró dicho beneficio a las ferreterías.
 - (vii) Finalmente, las conductas imputadas no han generado ninguna afectación a la competencia, y tampoco han generado beneficios anticompetitivos a favor de Macisa.
32. El 7 de junio de 2010, A. Berio presentó sus descargos a las imputaciones realizadas mediante la Resolución Admisoria, señalando lo siguiente:

- (i) A ninguna de las ferreterías se le negó en ningún momento la venta de cemento "Sol" por comercializar cemento "Quisqueya". La suspensión del suministro de cemento "Sol" se debía a incumplimientos en el pago o a su decisión voluntaria de convertirse en comercializadores exclusivos de cemento "Quisqueya".
- (ii) A ninguna de las ferreterías se le dejó de otorgar los beneficios que le correspondían. Solo se dejó de entregar el beneficio por cumplimiento de metas en dos (2) casos, debido a que se trataba de ferreterías que realizaban compras esporádicas. En el caso del beneficio de otorgamiento de crédito para la adquisición de cementos "Sol" y "Atlas" (en adelante, el beneficio de crédito)³³, únicamente no se le entregó dicho beneficio a una (1) ferretería, debido a que no lo solicitó.

33. El 7 de junio de 2010, La Viga presentó sus descargos a las imputaciones realizadas mediante la Resolución Admisoria, señalando lo siguiente:

- (i) La negativa de venta de cemento "Sol" en contra de Malva estaba justificada, toda vez que La Viga estaba actuando en salvaguarda de sus derechos económicos. Ello, debido a que Malva era su competidor al comercializar cemento "Quisqueya" y a que dicho cemento había ingresado al mercado peruano con beneficios que impedían que La Viga compitiera en igualdad de condiciones (precios dumping).
- (ii) Asimismo, la negativa de venta en contra de Malva no le habría ocasionado ningún perjuicio, puesto que pudo acceder al cemento de Unacem a través de sus empresas vinculadas, Inversiones Ferreteras Nuevo Amanecer S.R.L. e Inversiones Antamina S.R.L., las cuales adquirieron cemento "Sol" de La Viga durante casi todo el periodo investigado.
- (iii) Respecto de las cinco (5) ferreterías que afirmaron haber sido

³³ Dicho beneficio consistía en el otorgamiento de créditos a las ferreterías para la adquisición de cementos "Sol" y "Atlas".

víctimas de negativa de venta de cemento "Sol" debido a que habían comercializado cemento "Quisqueya", solo dos (2) eran clientes de La Viga. Asimismo, nunca se dejó de atender los pedidos de cemento de uno de ellos y el otro dejó de adquirir cementos "Sol" y "Atlas" de La Viga por constituirse en distribuidor oficial de Cemex. Sin embargo, siguió adquiriendo dicho cemento de mayoristas.

- (iv) Adicionalmente, sólo se ha detectado que a nueve (9) de las cuarenta y siete (47) ferreterías que habrían sido identificadas como clientes de La Viga en la Resolución Admisoria se les suspendió el suministro de cemento

"Sol" y "Atlas", y solo respecto de dos (2) de ellas no se contaría con medios probatorios que acrediten que adquirieron cemento "Sol" y "Atlas" a través de un mayorista. Asimismo, incluso estas dos (2) ferreterías tuvieron acceso a cementos "Sol" y "Atlas" durante la mayoría de los meses del periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008.

- (v) Finalmente, no se dejó de otorgar los beneficios de descuento, flete y crédito durante el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008. Respecto al beneficio por cumplimiento de metas, quince (15) de las cuarenta y siete (47) ferreterías analizadas no lo cobraban y otros acumulaban dos o más periodos para cobrarlo. Adicionalmente, el hecho que cada distribuidor de Unacem lo otorgara de manera particular a través de sus propios procedimientos hacía que su entrega fuera poco homogénea.

34. El 15 de junio de 2010, Macisa presentó un escrito señalando que, durante el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2008, no retiró el beneficio de crédito a ninguna de las doce (12) ferreterías que habían sido identificadas como sus clientes en la Resolución Admisoria. Asimismo, reiteró que las conductas investigadas no habían generado ninguna afectación a la competencia ni la obtención de beneficio alguno a favor de Macisa.

35. El 6 de julio de 2010, Unacem apeló la Resolución 029-2010/CLC-

INDECOPI en el extremo que declaró infundada en parte su solicitud de confidencialidad. Mediante Resolución 039-2010/CLC-INDECOPI del 16 de julio de 2010, esta Comisión concedió el referido recurso y, en consecuencia, elevó los actuados respectivos a la Sala.

36. El 14 de setiembre de 2010, La Viga presentó un escrito mediante el cual complementó sus descargos, precisando que la entrega del beneficio por cumplimiento de metas a algunas de las ferreterías mencionadas en los correos electrónicos utilizados en la Resolución Admisoria solo se efectuó en algunos meses del período de junio de 2007 a junio de 2008.
37. Mediante Carta 339-2010/ST-CLC-INDECOPI del 20 de setiembre de 2010, la Secretaría Técnica requirió a Cemex que presente determinada información relacionada con las características y el funcionamiento del mercado de comercialización de cemento y los efectos de las conductas investigadas en el presente procedimiento.
38. El 28 de setiembre de 2010, Cemex presentó tres (3) escritos mediante los cuales solicitó a la Secretaría Técnica lo siguiente:
 - (i) La individualización de las personas naturales que participaron en el planeamiento, realización o ejecución de las conductas investigadas, para que la Comisión les imponga las multas respectivas conforme a lo establecido en los artículos 2.1 y 43 del Decreto Legislativo 1034³⁴;

34

Decreto Legislativo 1034.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

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

(...)

Artículo 43.- El monto de las multas.-

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

(ii) La incorporación en el procedimiento de la empresa ARPL Tecnología Industrial S.A. (en adelante, ARPL) como investigada, así como de su Director Gerente, el señor Marcelo Rizo Patrón de la Piedra; y,

(iii) La notificación a la empresa Caliza Cemento Inca S.A. (en adelante,

-
- a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
 - b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,
 - c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

43.2. En caso de tratarse de colegios profesionales o gremios de empresas, o agentes económicos que hubieran iniciado sus actividades después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1 000) UIT.

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

43.4. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

43.5. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo a la presente Ley, se utilizará la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

43.6. La multa aplicable será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele su monto con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución de la Comisión que puso fin a la instancia y en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución.

Caliza) acerca de la existencia del presente procedimiento, pues dicha empresa habría sido afectada por las conductas anticompetitivas imputadas a las empresas investigadas.

39. El 26 de octubre de 2010, Cemex absolvió el requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica mediante la Carta 339-2010/ST-CLC-INDECOPI, presentando información relacionada con las características y el funcionamiento del mercado de comercialización de cemento y los efectos de las conductas investigadas. Asimismo, presentó el informe elaborado para Cemex por la Consultora Málaga Webb & Asociados S.R.L. acerca del impacto de las presuntas conductas anticompetitivas.

En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de la información referida a la identidad de sus clientes, sus estados financieros y su política comercial.

40. Mediante Cartas 408, 409, 410 y 411-2010/ST-CLC-INDECOPI del 12 y 15 de noviembre de 2010, la Secretaría Técnica requirió a las empresas investigadas que presenten la siguiente información: (i) su organigrama; (ii) la descripción de las funciones desempeñadas por ciertos empleados; y (iii) su manual de organización y funciones. Ello, con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio para evaluar la solicitud de individualización presentada por Cemex.
41. El 17, el 19 y el 22 de noviembre de 2010, Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa presentaron la información requerida por la Secretaría Técnica, proporcionando el detalle de (i) su organigrama; (ii) las funciones desempeñadas por ciertos empleados; y (iii) las partes pertinentes de su manual de organización y funciones³⁵. En dicha oportunidad, A. Berio y Unacem solicitaron la confidencialidad de la información presentada.
42. El 6 de diciembre de 2010, Unacem presentó tres (3) escritos mediante los cuales solicitó a la Secretaría Técnica lo siguiente:

- (i) Que se deniegue la solicitud de Cemex de notificar a Caliza acerca

³⁵ Caber precisar que, Unacem y Macisa proporcionaron copia de las partes pertinentes de su manual de organización y funciones. Sin embargo, La Viga, y A. Berio señalaron que no contaban con este documento.

de la existencia del presente procedimiento administrativo sancionador, debido a que no existían indicios de que esta empresa hubiera sido afectada por las conductas investigadas;

- (ii) Que se deniegue la solicitud de Cemex de incorporar a ARPL y al señor Marcelo Rizo Patrón de La Piedra como denunciados en el presente procedimiento, debido a que no existían indicios de que dichas personas hubieran participado en las conductas investigadas; y,
- (iii) Que se deniegue la solicitud de Cemex de incorporar a determinadas funcionarios de Unacem como denunciados en el presente procedimiento, debido a que no existían indicios de que dichas personas naturales hubieran participado en las conductas investigadas³⁶.

43. El 10 de diciembre de 2010, Cemex solicitó la suspensión del presente procedimiento hasta que la Sala se pronuncie sobre los recursos de apelación interpuestos por su empresa y A. Berio, por un lado, y Unacem, por el otro, contra las Resoluciones 011-2010/CLC-INDECOPI y 029-2010/CLC-INDECOPI. Ello, considerando (i) que la impugnación contra la Resolución 011-2010/CLC-INDECOPI buscaba que se declarara la no confidencialidad de determinada información que, en su opinión, podría contener pruebas adicionales de las conductas anticompetitivas imputadas, y (ii) que la impugnación de Unacem contra la Resolución 029-2010/CLC-INDECOPI buscaba que se declarara la confidencialidad de determinada información que contenía indicios razonables de la existencia de las conductas anticompetitivas imputadas.

44. El 27 de enero de 2011, Cemex presentó tres (3) escritos mediante los cuales reiteró sus solicitudes del 28 de setiembre de 2010.

Asimismo, solicitó que se inicie un procedimiento administrativo sancionador contra Unacem al amparo de lo establecido en el artículo 5

³⁶ Al respecto, Unacem señaló que, si bien determinados empleados impartieron instrucciones para detener el ingreso de cemento "Quisqueya" al mercado peruano, éstas nunca llegaron a ejecutarse, razón por la cual, dichas conductas no habrían causado un daño efectivo a los consumidores o al mercado.

del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, por haber brindado información falsa en su escrito del 3 de diciembre de 2010, al sostener que la relación que mantiene con la empresa APRL es netamente contractual. Ello, toda vez que entre ambas empresas existe una evidente vinculación que trasciende el ámbito contractual, pues comparten cuatro (4) directores.

45. Mediante Resoluciones 032-2011/CLC-INDECOPI y 033-2011/CLC-INDECOPI del 13 de mayo de 2011, esta Comisión declaró fundadas en parte las solicitudes de confidencialidad presentadas por A. Berio y Unacem el 19 y 22 de noviembre de 2010, respectivamente. Dichos pronunciamientos no fueron apelados.
46. Mediante Resolución 1182-2011/SC1-INDECOPI del 15 de junio de 2011, la Sala confirmó la Resolución 011-2010/CLC-INDECOPI.
47. El 28 de junio de 2011, Cemex solicitó (i) que se requiera a A. Berio la presentación de los resúmenes no confidenciales de determinada información, cuya confidencialidad fue declarada mediante Resolución 011-2010/CLC-INDECOPI, y confirmada mediante Resolución 1182-2011/SC1-INDECOPI; y (ii) que se tenga en especial consideración el análisis del documento denominado "Relación de clientes que distribuyen cemento de la marca Quisqueya"³⁷ puesto que podría constituir un medio probatorio idóneo para acreditar las conductas anticompetitivas imputadas.

Mediante Carta 170-2011/ST-CLC-INDECOPI del 18 de julio de 2011, la Secretaría Técnica denegó el pedido de Cemex para que se requiera a A. Berio la presentación de resúmenes no confidenciales, y le informó que considerará todos los medios probatorios que ayuden a determinar la existencia de las conductas anticompetitivas imputadas.

48. Mediante Resolución 010-2011/ST-CLC-INDECOPI del 1 de julio de 2011, la Secretaría Técnica denegó el pedido de suspensión del procedimiento presentado por Cemex, por considerar que no había surgido una

³⁷ Documento entregado durante la visita inspectiva realizada en el establecimiento de A. Berio.

cuestión contenciosa que precisara de un pronunciamiento previo sin el cual no pudiera ser resuelto el asunto principal. Ello, en la medida que el acceso a la información que contenía indicios razonables de la presunta infracción no constituye una garantía del derecho de defensa del denunciante ni del tercero apersonado sino de las investigadas, por ser los sujetos a quienes se han imputado los cargos en el presente procedimiento.

49. El 19 de agosto de 2011, Unacem presentó el Informe Técnico Económico elaborado por la empresa Apoyo Consultoría S.A.C. en julio de 2011, el cual contiene un análisis de los términos y conclusiones del informe elaborado para Cemex por la Consultora Málaga Webb & Asociados S.R.L. acerca del impacto de las presuntas conductas anticompetitivas.
50. Mediante Resolución 1551-2011/SC1-INDECOPI del 21 de setiembre de 2011, la Sala confirmó en parte la Resolución 029-2010/CLC-INDECOPI.
51. Mediante Cartas 253 a 259-2011/ST-CLC-INDECOPI del 29 de setiembre, 3 y 4 de octubre de 2011, la Secretaría Técnica requirió información a Unacem, A. Berio, La Viga, Macisa, Cemex, Caliza y Cemento Andino S.A. (en adelante, Cemento Andino) sobre su proceso de producción y las inversiones realizadas, su capacidad productiva, las características de los productos que comercializan, su estructura de costos, sus márgenes de ganancia, las barreras legales y económicas para ingresar al mercado existentes, su participación en el mercado, sus sistemas de distribución y comercialización, sus niveles de ventas, su política de precios, entre otros aspectos.
52. El 2 de noviembre de 2011, Macisa absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 256-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.
53. Mediante la Resolución de Ampliación, la Secretaría Técnica decidió aprobar la solicitud de ampliación de la imputación de cargos presentada por Cemex, respecto de los señores Carlos Ugás Delgado, Jorge Trelles Sánchez, Julio Ramírez Bardales, Kurt Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto

Pinto Ruiz, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Godoy Castañeda, Javier Nikaido Hokama, Diego de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Carlos Ernesto Marsano Soto, Luis Huancahuari Laguna, Rosemary Rondón Barriga, Álvaro Morales Puppo, Julio Rodríguez Palacín, José Antonio Rey Recavarren, Jorge Pedro Vera Nuñez y la señora Rosa Elizabeth Salcedo López por su presunta participación en el planeamiento, realización o ejecución de las infracciones administrativas imputadas a Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa.

Asimismo, denegó la solicitud de ampliación de la imputación de cargos respecto de las señoras Nelly Huancahuari Cabrera, Patricia Cuadra Bustios, Ada Mendoza Yapó de Rueda, Silvia Orellana Villanueva y los señores Orlando Reyes Ñañez, Marcelo Rizo Patrón de la Piedra, Harold Mendoza Tananta y Jaime Bustamente Gereda.

Por último, denegó la solicitud de ampliación de la imputación de cargos respecto de la empresa ARPL.

54. Mediante Resolución 058-2011/CLC-INDECOPI del 8 de noviembre de 2011, esta Comisión decidió no iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Unacem por la presunta presentación de información falsa.
55. El 9 de noviembre de 2011, Cemento Andino absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 259-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.
56. El 14 de noviembre de 2011, A. Berio absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 254-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.
57. El 15 de noviembre de 2011, La Viga absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 255-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.

58. El 15 de noviembre de 2011, Cemex absolvió parcialmente el requerimiento de información realizado mediante Carta 257-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.
59. El 16 de noviembre de 2011, Caliza absolvió parcialmente el requerimiento de información realizado mediante Carta 258-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.
60. El 17 de noviembre de 2011, Unacem absolvió parcialmente el requerimiento de información realizado mediante Carta 253-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.
61. El 2 de diciembre de 2011, Unacem presentó el Informe "Análisis del Probable Daño de las Presuntas Prácticas Anticompetitivas de la Resolución 004-2010/ST-CLC-INDECOPI", elaborado por la empresa Apoyo Consultoría S.A.C. en agosto de 2011, el cual contiene un análisis acerca de los alcances y los efectos de las conductas anticompetitivas investigadas.
62. El 9 de diciembre de 2011, Cemex complementó la información presentada en respuesta al requerimiento realizado mediante Carta 257-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.
63. El 11 de enero de 2012, Caliza complementó la información presentada en respuesta al requerimiento realizado mediante Carta 258-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.
64. El 10, 12 y 18 de enero de 2012, los señores José Antonio Rey Recavarren, Gerente General de Macisa; Rosemary Rondón Barriga, Jefa de Ventas de Macisa³⁸; Carlos Ugás Delgado, Director y Gerente General

³⁸ En particular, los señores José Antonio Rey Recavarren y Rosemary Rondón Barriga se adhirieron a los descargos presentados por Macisa en su escrito del 4 de junio de 2010.

de Unacem; Julio Ramírez Bardales, Gerente Legal de Unacem; Jorge Trelles Sánchez, Gerente Administrativo de Unacem; Álvaro Morales Puppo, Gerente Financiero de Unacem; Kurt Uzátegui Dellepiani, Gerente de Marketing de Unacem; Raúl Alberto Pinto Ruiz, Jefe de Ventas de Unacem; Javier Nikaido Hokama, Ejecutivo del Departamento de Ventas; Fernando Godoy Castañeda, Supervisor de Ventas de Unacem; Jaime Fernando Bendayán Miguel, Supervisor de Ventas de Unacem; Julio Rodríguez Palacín, Auxiliar de Ventas de Unacem; Carlos Ernesto Marsano Soto, Director y Adjunto de Gerencia de La Viga; Diego de la Piedra

Minetti, Gerente General de La Viga; Eduardo Mercado Céspedes, Jefe de Operaciones de La Viga; Jorge Pedro Vera Nuñez, Asistente de Operaciones de La Viga; Luis Huancahuari Laguna, Gerente Administrativo de A. Berio y Rosa Elizabeth Salcedo López, Administradora de la Sucursal del Cono Norte de La Viga³⁹; presentaron sus descargos a las imputaciones realizadas mediante la Resolución de Ampliación, señalando lo siguiente:

- (i) Durante el ejercicio de sus labores ni el Directorio ni la Gerencia General ni otras gerencias de las empresas involucradas, instruyeron a su personal sobre la supuesta política de castigo implementada contra los clientes que comercializaban cemento "Quisqueya".
- (ii) El hecho de haber sido destinatarios de algunos correos electrónicos no implicaba que hubieran tomado conocimiento o manifestado su conformidad respecto de su contenido, pues, considerando las funciones que desempeñaban, recibían constantemente correos electrónicos que, en algunos casos, no eran leídos ni contestados.
- (iii) Durante el periodo investigado, los asuntos relacionados con la comercialización y venta de cemento, por parte de Unacem,

³⁹ En particular, los señores Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosa Elizabeth Salcedo López se adhirieron a los descargos presentados por La Viga en su escrito del 7 de junio de 2010.

estuvieron a cargo de la Gerencia de Administración y los supervisores de ventas de dicha empresa.

- (iv) Cada distribuidor tenía autonomía para gestionar sus labores, dentro de su zona de distribución, utilizando diversas herramientas como el crédito, la logística, el nivel de servicios a sus vendedores, por lo que las instrucciones expuestas en los correos electrónicos no necesariamente eran acatadas por los distribuidores.
- (v) El archivo denominado "Propuesta de Marketing Proyecto Sub-distribuidores 2008" (en adelante, "Propuesta de Marketing") tuvo como único propósito la creación de la Red Progre-Sol, no la implementación de conductas anticompetitivas. Por lo tanto, las firmas consignadas en el referido documento únicamente representaban la conformidad de sus suscriptores respecto de la implementación de un mecanismo de distribución eficiente, sin que ello implicara su aceptación respecto de los hechos mencionados en los antecedentes del documento.
- (vi) No deben considerarse como política las ideas individuales y aisladas de determinados funcionarios que, finalmente, no se ejecutaron. En efecto, no existía evidencia que demostrara que algún cliente hubiera dejado de comprar cemento "Quisqueya" por supuestas amenazas de los funcionarios de Unacem y sus distribuidores⁴⁰.
- (vii) Si bien se presentaron casos aislados de negativas de venta y retiros de beneficios, estos se ejecutaron por iniciativa propia de determinados funcionarios. No obstante ello, los clientes siempre pudieron acceder a los productos de Unacem, ya sea a través del distribuidor, del mayorista o de otras ferreterías.
- (viii) La negativa de venta, de ingreso de un transportista a la planta o

⁴⁰ En particular, indicaron que los descargos y medios probatorios presentados por las empresas investigadas, acreditaban que la política (i) no generó efectos negativos en el mercado, toda vez que los clientes siempre pudieron acceder a los productos de Unacem, ya sea directamente o a través de sus distribuidores, y (ii) no produjo afectación económica alguna a la competencia.

de contratación de flete contra una ferretería que comercializaba productos distintos a los de Unacem se encontraba amparada por el derecho a la libertad de contratación, por lo que constituye una conducta legítima.

- (ix) Eran aplicables al presente procedimiento los siguientes principios: (i) principio de presunción de inocencia; (ii) principio de causalidad, y (iii) principio de licitud. En ese sentido, solicitaron que se tengan en cuenta los referidos principios y que solo sean sancionados en caso de existir prueba idónea de su supuesta participación en las conductas anticompetitivas investigadas.

65. Mediante Resoluciones 014-2012/CLC-INDECOPI y 015-2012/CLC-INDECOPI del 28 de febrero de 2012, esta Comisión declaró fundadas en parte las solicitudes de confidencialidad presentadas por Cemento Andino y Caliza el 9 y 16 de noviembre de 2011, respectivamente. Dichos pronunciamientos no fueron apelados.

66. El 8 de junio de 2012, Unacem complementó la información presentada en respuesta al requerimiento realizado mediante Carta 253-2011/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, solicitó la confidencialidad de parte de la información entregada.

67. El 23 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica informó a los administrados que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30.3 del Decreto Legislativo 1034, el periodo de prueba del presente procedimiento administrativo sancionador culminaría en un (1) mes.

68. El 28 de agosto de 2012, Cemex presentó un escrito mediante el cual adjuntó el dictamen denominado "La negativa injustificada de trato y otras prácticas de boicot como restricciones verticales sancionables en el Derecho de la Competencia. A propósito del procedimiento iniciado contra Cementos Lima S.A. y otros por presuntas prácticas colusorias verticales", elaborado por el especialista Luis José Diez Canseco Núñez en diciembre de 2011, en el que se realizó un análisis sobre los alcances y los efectos de las conductas anticompetitivas investigadas.

69. Mediante Resoluciones 039-2012/CLC-INDECOPI, 040-2012/CLC-

INDECOPI, 041-2012/CLC-INDECOPI, 042-2012/CLC-INDECOPI y 043-2012/CLC-INDECOPI del 28 de agosto de 2012, esta Comisión declaró fundadas en parte las solicitudes de confidencialidad presentadas por Cemex, Macisa, A. Berio, La Viga y Unacem, respectivamente.

70. El 12 de setiembre de 2012, Cemex presentó un escrito respondiendo los descargos de las personas naturales incorporadas al presente procedimiento mediante la Resolución de Ampliación.
71. El 13 de setiembre de 2012, Unacem presentó un escrito adjuntando una nota periodística sobre la caída de las importaciones de cementos en el 2012.
72. El 28 de setiembre de 2012, La Viga interpuso recurso de apelación contra la Resolución 042-2012/CLC-INDECOPI del 28 de agosto de 2012.
73. El 5 de octubre de 2012, Cemex interpuso sendos recursos de apelación contra las Resoluciones 039-2012/CLC-INDECOPI y 043-2012/CLC-INDECOPI del 28 de agosto de 2012.
74. Mediante Resoluciones 045-2012/ST-CLC-INDECOPI, 046-2012/ST-CLC-INDECOPI y 047-2012/ST-CLC-INDECOPI del 23 de octubre de 2012, esta Comisión concedió los recursos de apelación interpuestos por La Viga y Cemex.
75. Mediante Cartas 296 a 320-2012/ST-CLC-INDECOPI del 5, 6 y 7 de noviembre de 2012, la Secretaría Técnica informó a los administrados que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30.5 del Decreto Legislativo 1034, la etapa probatoria había concluido, por lo que se procedería a la elaboración del Informe Técnico.
76. El 23 de noviembre de 2012, Unacem presentó un escrito respondiendo los argumentos presentados por Cemex el 12 de setiembre de 2012 en relación a los descargos de las personas naturales incorporadas al procedimiento mediante la Resolución de Ampliación.
77. El 23 de noviembre de 2012, la Secretaría Técnica emitió el Informe Técnico, recomendando a esta Comisión lo siguiente:

- (i) Declarar fundados la denuncia presentada por Malva y el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa por la comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem contra aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya", de acuerdo a lo previsto en los artículos 1, 11.1, literal g, y 12 del Decreto Legislativo 1034.
- (ii) Declarar infundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa, por la comisión de una presunta práctica colusoria vertical en la modalidad de boicot consistente en retirar ciertos beneficios comúnmente otorgados (como, por ejemplo, créditos, reconocimientos de flete o bonos por cumplimiento de metas) a aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya", de acuerdo a lo previsto en los artículos 1, 11.1, literal k, y 12 del Decreto Legislativo 1034.
- (iii) Declarar que los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Julio Ramírez Bardalez, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Rolando Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez, Luis Eduardo Huancahuari Laguna, José Antonio Nicolás Rey Recavarren y Rosmary Martha Rondón Barriga participaron en la infracción administrativa cometida por Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa.
- (iv) Sancionar a Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa con multas individuales de mil quinientas ochenta y cuatro y 41/100 (1 584,41) UIT, treinta y cinco y 65/100 (35,65) UIT, catorce y 02/100 (14,02) UIT, y diez y ocho y 34/100 (18,34) UIT, respectivamente.
- (v) Sancionar a los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Julio Ramírez

Bardalez, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel de la Piedra Minetti, Luis Eduardo Huancahuari Laguna y José Antonio Nicolás Rey Recavarren con multas individuales de cinco (5) UIT; y a los señores Raúl Alberto Pinto Ruiz, Rolando Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosmary Martha Rondón Barriga con multas individuales de dos y 50/100 (2,5) UIT.

78. El 20 de diciembre de 2012, Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa presentaron sus Alegaciones, argumentando lo siguiente:

- (i) Deben analizarse las externalidades positivas y eficiencias que se pudieron haber originado en el mercado durante la ejecución de la presunta conducta anticompetitiva.
- (ii) Unacem ha demostrado, mediante estudios elaborados por PricewaterhouseCoopers S. Civil de R.L. y Apoyo Consultoría S.A.C, que no se ha excluido a Cemex del mercado, no ha disminuido la calidad de sus productos, ni se han producido alteraciones sustanciales en los precios, a raíz de las conductas imputadas.
- (iii) Las conductas investigadas no tuvieron un efecto de desplazamiento del mercado respecto de Cemex, toda vez que, desde el inicio de sus actividades en el mercado peruano, su participación ha continuado incrementándose. En el presente caso, no se han generado efectos negativos sobre los precios, producción, innovación, variedad y calidad de los bienes o servicios en el mercado.
- (iv) La generación de incentivos suficientes para restringir la cartera de productos de los distribuidores y disuadir a las ferreterías de comercializar el producto de Cemex, a raíz de la conducta de Unacem, es una suposición y no un hecho probado. Así, el número de las supuestas ferreterías involucradas es insignificante en

relación con el número de ferreterías que operan en el mercado relevante.

- (v) La identificación de un supuesto “efecto multiplicador” resulta errónea, pues se basa únicamente en suposiciones y presunciones no sustentadas. La remisión de algunos correos electrónicos, muchos de los cuales no se ejecutaron en la realidad, no permite concluir que la supuesta amenaza impuesta contra algunos distribuidores podría haber disciplinado el comportamiento de otras ferreterías, incentivándolas a no comercializar cemento “Quisqueya”. Por el contrario, se ha demostrado que otros distribuidores de Unacem pudieron vender dicho producto.
- (vi) La presunta negativa de venta no ha afectado a los consumidores finales, debido a que el consumo de cemento no se redujo. Los consumidores siempre tuvieron la posibilidad de adquirir cemento “Sol” y “Quisqueya”.
- (vii) En el supuesto negado que correspondiera la imposición de una sanción, para determinar la multa debía considerarse que no se había excluido a ningún agente del mercado, no se había comprobado un daño económico, real ni potencial, a ningún agente o al interés público, y no se había verificado reincidencia.
- (viii) No se ha indicado la forma en que se han obtenido los valores de los factores de la multa como, por ejemplo, el factor Qt. Asimismo, la presunta mayor venta de bolsas de cemento responde a una mera especulación que no se encuentra probada.
- (ix) En lo referido a los criterios de graduación de la sanción, resulta arbitrario que se haya calificado como muy grave la infracción investigada porque sus efectos superaban las 1 000 UIT. Asimismo, la fórmula para calcular el monto de la multa no responde a una metodología aprobada por un precedente de observancia obligatoria o contemplada en una disposición legal.
- (x) De haber existido la supuesta conducta anticompetitiva, habría cesado el 7 de julio de 2008, fecha en la que se aprobó la nueva

política de marketing y comercialización (Red Progre-Sol).

- (xi) El Informe Técnico evidencia la intención de imponer una sanción sólo en base a la remisión de algunos correos electrónicos y la suscripción del documento denominado "Propuesta de Marketing", sin analizar lo que efectivamente ocurrió en el mercado. Ello vulneraría los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento y motivación, y ameritaría la declaración de nulidad de la resolución que imponga una multa como la propuesta.
- (xii) Por último, acerca del cálculo de la multa, Unacem alegó que resulta arbitrario haber aplicado el margen de utilidad operativa bruta y no el margen de utilidad neta después del Impuesto a la Renta de 2007 y 2008. En ese sentido, afirmó que el beneficio obtenido por Unacem y sus accionistas, por supuestamente haber vendido más bolsas de cemento, habría sido mucho menor que el considerado por la Secretaría Técnica.

79. El 20 de diciembre de 2012, Cemex presentó sus Alegaciones, argumentando lo siguiente:

- (i) La negativa de trato y el retiro de beneficios representaban dos caras de la misma moneda, formando parte de una sola política de castigo con un único objetivo: perjudicar las relaciones contractuales, actuales o potenciales, entre Cemex y las ferreterías.
- (ii) La política se diseñó para dos momentos diferentes. En un primer momento, se decidió castigar a las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya", a través de la negativa de venta de cemento "Sol". Posteriormente, ante las quejas de los clientes, se implementó el retiro de beneficios para disuadir a las ferreterías de mantener relaciones comerciales con Cemex.
- (iii) Si se ha verificado la existencia de una práctica colusoria vertical para implementar la política, que comprendía tanto la negativa de venta como el retiro de beneficios, debería también concluirse que el retiro de beneficios, y no solo la negativa de venta, tenía la capacidad de disuadir a las ferreterías de comercializar cemento

“Quisqueya”.

(iv) La afectación al proceso competitivo no implica que un competidor tenga que salir del mercado o ver drásticamente disminuida su rentabilidad, sino que se genera con la implementación de una barrera estratégica capaz de distorsionar el libre desenvolvimiento de la oferta y la demanda, por razones distintas a la eficiencia.

(v) Adicionalmente, Cemex solicitó el uso de la palabra.

80. El 20 y 21 de diciembre de 2012, los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Julio Ramírez Bardalez, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Rolando Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez, Luis Eduardo Huancahuari Laguna, José Antonio Nicolás Rey Recavarren y Rosmary Martha Rondón Barriga presentaron sus Alegaciones, argumentando lo siguiente⁴¹:

(i) No se han acreditado actos de planeamiento, realización o ejecución de conductas anticompetitivas contra los competidores de Unacem.

(ii) El hecho de haber tenido la condición de accionista, representante, gerente, trabajador, directivo o propietario de las empresas investigadas no permite concluir que, si éstas realizaban una conducta anticompetitiva, sus funcionarios también resultaban responsables.

(iii) Se considera erróneamente que el haber suscrito la “Propuesta de Marketing” constituye un indicio de su participación en la supuesta política anticompetitiva cuando, en realidad, dicha propuesta únicamente tuvo como finalidad proponer la creación de una nueva red de distribuidores, y no manifestar lo que sucedió en el pasado.

⁴¹ Adicionalmente a lo señalado por las empresas investigadas en sus Alegaciones.

En efecto, sus firmas no evidencian que hayan aceptado o participado en los hechos descritos en los antecedentes del documento.

- (iv) En lo que se refiere a los criterios de graduación de la sanción, no se han sustentado las razones que justifican la imposición de sanciones de dos y 50/100 (2,5) y cinco (5) UIT a cada uno de ellos, en función a su cargo. No constituye una justificación que dichas sanciones hayan sido impuestas en otro procedimiento.
- (v) En particular, un grupo de personas naturales⁴² sostuvo que nunca tuvieron conocimiento de la existencia de una política de negativa de venta y retiro de beneficios, pues ni el directorio ni la gerencia general les comunicaron o instruyeron sobre algún tipo de lineamiento para afectar la competencia. No existió política empresarial adoptada por los órganos de gestión y administración de Unacem ni de sus distribuidores.
- (vi) Finalmente, otro grupo de personas naturales⁴³ alegó que las ferreterías siempre (o prácticamente todas) fueron abastecidas con los productos de Unacem. No existe evidencia de que algún agente del mercado haya dejado de comprar el cemento "Quisqueya" por las presuntas amenazas de Unacem. No pueden considerarse como política las ideas individuales y aisladas que no sólo no se ejecutaron sino que no partieron de Unacem o de sus distribuidores, y en las que, además, las personas naturales no estuvieron involucradas.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

81. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si Unacem, La

⁴² Javier Nikaido Hokama, Fernando Godoy Castañeda, Julio Rodríguez Palacín, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Jorge Vera Núñez, Rosa Elizabeth Salcedo Lopez, Luis Huancahuari Laguna, José Antonio Rey Recavarren y Rosemay Rondón Barriga.

⁴³ Jorge Trelles Sánchez, Fernando Godoy Castañeda, Julio Rodríguez Palacín, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Jorge Vera Núñez, Rosa Elizabeth Salcedo Lopez, Luis Huancahuari Laguna, José Antonio Rey Recavarren y Rosemay Rondón Barriga.

Viga, A. Berio y Macisa realizaron prácticas colusorias verticales en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem, y boicot consistente en retirar ciertos beneficios comúnmente otorgados, contra aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya".

III. NORMA APLICABLE

82. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución⁴⁴, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.
83. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁵, establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
84. En el presente caso, a partir del análisis de los medios probatorios que obran en el expediente, se aprecia que las conductas investigadas se habrían producido de manera continuada en el tiempo desde mediados de 2007 hasta noviembre de 2008, es decir, tanto bajo la vigencia del Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia⁴⁶, como bajo la vigencia

⁴⁴ **Constitución.**

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

⁴⁵ **Ley 27444.**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

⁴⁶ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

del Decreto Legislativo 1034⁴⁷.

85. Acerca de la aplicación de las leyes penales en el tiempo, el Tribunal Constitucional ha precisado que, cuando exista más de una norma vigente al momento de la comisión de un delito continuado, se aplicará la última norma vigente durante su comisión⁴⁸. Como ya lo ha señalado la Comisión en anteriores oportunidades, esta regla también resulta aplicable a los casos de infracción continuada⁴⁹.
86. La infracción continuada se caracteriza por presentar una unidad de acción o propósito, lo que permite otorgarle un tratamiento unitario y aplicarle la norma que se encontraba vigente cuando se cometió el último acto de la infracción o cuando, no habiendo cesado, ha sido puesta en conocimiento de la autoridad⁵⁰.
87. En tal sentido, considerando que las conductas investigadas habrían

⁴⁷ Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

⁴⁸ Al respecto, mediante Sentencia del 12 de mayo de 2003, recaída en el Expediente 0901-2003-HC/TC, el Tribunal Constitucional estableció la diferencia entre un conflicto de normas penales en el tiempo y un supuesto de delito continuado:

Habrá conflicto de normas en el tiempo, cuando una sucesión temporal de normas señale consecuencias distintas para el mismo hecho punible. Las normas vigentes con anterioridad a la comisión del hecho no entran en el conflicto de normas, puesto que ello importaría la aplicación de normas inexistentes al momento de la comisión del delito, violándose el principio de legalidad. El conflicto temporal se da entre la norma vigente al momento de la comisión del delito y una norma posterior que, en caso de ser más favorable, se aplica retroactivamente.

Cuando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará, como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante su comisión. Esto es así, porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata.

[Énfasis agregado]

⁴⁹ Ver Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010 en el procedimiento seguido por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino S.A., Perú Rail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways.

⁵⁰ VILLAVICENCIO Terreros, Felipe. Derecho Penal Parte General. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima 2006, pág. 185. FERNÁNDEZ Carrasquilla, Juan. "El Delito Continuado frente al Código Penal". Temis: Colombia, 1984.

continuado ejecutándose durante la vigencia del Decreto Legislativo 1034, corresponde aplicar esta norma al presente procedimiento administrativo sancionador.

IV. MARCO CONCEPTUAL

IV.1. Libre contratación y libre competencia

88. El numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público⁵¹. Asimismo, el artículo 62 de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato⁵².
89. No obstante, la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución⁵³. Este principio ha sido desarrollado legislativamente mediante el Decreto Legislativo 1034. En ese sentido, la libertad de contratación no es irrestricta sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.

IV.2. Prácticas Colusorias Verticales

⁵¹ **Constitución.**

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

⁵² **Constitución.**

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

⁵³ **Constitución**

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

90. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12.1 del Decreto Legislativo 1034, se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización⁵⁴, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
91. En particular, sobre las modalidades de prácticas colusorias verticales, el artículo 12.2 del Decreto Legislativo 1034 señala que éstas podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los artículos 10.2 y 11.1 de la norma, es decir, aquellas modalidades calificadas como abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales.
92. De acuerdo al artículo 12.3 del Decreto Legislativo 1034, para la configuración de una práctica colusoria vertical, una de las partes involucradas debe contar con posición de dominio en el mercado relevante⁵⁵.
93. Adicionalmente, de acuerdo al artículo 12.4 del Decreto Legislativo 1034, este tipo de conducta es sancionable bajo una prohibición relativa y, en consecuencia, al momento de analizar la conducta, la autoridad de competencia también deberá evaluar sus justificaciones y sopesar sus efectos positivos y negativos sobre la competencia y los consumidores.
94. En tal sentido, cuando dos o más agentes económicos que operan en distintos planos de la cadena de producción, distribución o

⁵⁴ Es decir, que la conducta haya sido realizada de forma coordinada, por lo menos, entre dos agentes económicos independientes. Al respecto, cabe señalar que por agentes económicos independientes se debe entender a aquellos que no pertenecen al mismo grupo económico. Así, si la conducta es realizada por empresas que forman parte de un mismo grupo económico, deberá analizarse como un supuesto de abuso de posición de dominio.

Al hacerse referencia a planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, por lo general se distingue entre un nivel "aguas arriba" (o *upstream*) relacionado con la elaboración y provisión de productos o servicios que sirven de insumo a la siguiente etapa denominada "aguas abajo" (o *downstream*) encargada de la elaboración y provisión de productos o servicios a otros consumidores intermedios o finales.

⁵⁵ La exigencia de este requisito responde al objetivo de que la autoridad de competencia se avoque a conocer únicamente aquellas prácticas colusorias verticales que puedan tener un impacto nocivo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores.

comercialización implementen de forma coordinada cualquiera de las conductas tipificadas como prácticas colusorias verticales; y se verifique que alguno de ellos cuenta con posición de dominio, que existe un efecto exclusorio respecto de los competidores de alguno de los agentes involucrados en la conducta, con la consecuente afectación al proceso competitivo, y que no existen justificaciones de tipo económico o legal; dichos agentes económicos podrán ser sancionados por la comisión de una práctica colusoria vertical.

95. Por otro lado, las prácticas colusorias verticales se pueden identificar con las conductas empresariales que la teoría económica denomina restricciones verticales. Las restricciones verticales son acuerdos entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción, distribución o comercialización que restringen o condicionan los términos bajo los cuales las empresas pueden comprar, vender o revender bienes o servicios.
96. Los incentivos en base a los cuales las empresas establecen restricciones verticales responden a que las decisiones de las empresas que actúan en el nivel inferior afectan el beneficio de las que se encuentran aguas arriba, en tanto influyen en sus niveles de ventas. Esta es la denominada "externalidad vertical básica"⁵⁶, en virtud de la cual, cualquier unidad adicional que se venda en el mercado aguas abajo redundará en una externalidad positiva para la empresa ubicada en el mercado aguas arriba⁵⁷.
97. En general, las restricciones verticales pueden generar eficiencia y conductas procompetitivas, en beneficio de los consumidores⁵⁸. En

⁵⁶ TIROLE, Jean. *La Teoría de la Organización Industrial*. Traducción al español realizada por Carmen Matutes y colaboradores, Ariel, Barcelona, 1990, págs. 260 y 265.

⁵⁷ Así, la necesidad de establecer una restricción vertical surge de la existencia de externalidades entre proveedores y clientes. Por ejemplo, un escaso esfuerzo de promoción y marketing por parte de un distribuidor podría redundar en un menor nivel de ventas del productor, por lo tanto, éste podría estar interesado en fijar un precio de reventa a dicho distribuidor, incentivándolo a invertir en promoción y marketing, generando un incremento en el nivel de ventas del producto en cuestión.

⁵⁸ La "Escuela de Chicago" ha destacado la importancia de las eficiencias que podrían generarse del establecimiento de restricciones verticales. En tal sentido, dicha escuela considera que éstas raramente serían anticompetitivas y que en muy pocas

efecto, pueden promover la eficiencia generando beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de provisión, calidad o precios⁵⁹. Sin embargo, también pueden constituir conductas anticompetitivas implementadas con el fin de excluir a los rivales⁶⁰.

circunstancias generarían ineficiencias. ROSS, Stephen, *Principles of Antitrust Law*, The Foundation Press, 1993, págs. 224-225.

⁵⁹ Al respecto, en la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC del 22 de febrero de 2008, emitida en el procedimiento iniciado por denuncias de Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A., por prácticas restrictivas de la competencia, se señaló lo siguiente (numeral 36):

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

Ver: <http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RESCLC2008/Res005-2008.pdf>.

⁶⁰ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: *"En un artículo sobre el análisis económico de las restricciones verticales, Rey y Vergé (2008) [Economics of Vertical Restraints, en Buccirossi, Paolo, Handbook of Antitrust Economics, Cambridge, MIT Press] distinguen dos efectos básicos que dichas restricciones pueden tener. El primero de ellos es el efecto de coordinación vertical entre empresas que están en la misma cadena de producción y distribución, que dichos autores consideran que en general resulta beneficioso para la competencia, porque sus motivaciones están usualmente asociadas con el aprovechamiento de ciertas eficiencias generadas por una mayor integración económica entre las empresas. El otro efecto es el que se genera sobre la competencia entre distintas cadenas de producción y distribución, que en ciertos casos puede ser positivo para incrementar dicha competencia pero que en otros puede resultar perjudicial (sobre todo cuando lo que se produce es un fenómeno de facilitación de la colusión tácita entre las cadenas o de exclusión de una de dichas cadenas por parte de otra). COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 2009, pág. 251.*

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

98. Son ejemplos de restricciones verticales: (i) la fijación de precios de reventa; (ii) la asignación de territorios o clientes; (iii) las ventas atadas; (iv) el establecimiento de cláusulas de exclusividad; entre otros⁶¹.
99. Considerando que las restricciones verticales analizadas en el presente caso tendrían la forma de una política coordinada verticalmente entre Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, para (i) negarse concertada e injustificadamente a satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem y, (ii) retirar ciertos beneficios comúnmente otorgados (como, por ejemplo, crédito, reconocimiento de flete o bonos por cumplimiento de metas), contra aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya"; corresponde analizar las características de estas conductas y sus implicancias sobre la competencia.

IV.2.1. Negativa de trato

100. El literal g) del artículo 11.1 y el artículo 12.2 del Decreto Legislativo 1034 establecen que una modalidad de prácticas colusorias verticales es la negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios, que tenga por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
101. Como una práctica colusoria vertical, una negativa de trato consiste en el rechazo verticalmente coordinado entre dos o más agentes económicos de establecer relaciones comerciales con otro u otros agentes. Comúnmente, se diferencian tres tipos de negativas de trato, a saber:

La primera es cuando al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical se niega concertadamente a proveer a

existentes)". COLOMA, Germán. Loc. Cit., pág. 252. Asimismo, ver: <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/fordham7.shtm>.

⁶¹ HOVENKAMP, Herbert, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and it's Practice, 2da. Edición, West Group, Minnesota, 1999, pág. 441.

determinado comprador si éste, paralelamente, realiza compras al competidor de, por lo menos, una de dichas empresas. La negativa podría mantenerse hasta que el comprador deje de abastecerse del referido competidor, es decir, hasta que se abastezca de manera exclusiva de al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical.

La segunda es cuando al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical tiene una empresa vinculada operando en un nivel inferior de la cadena de producción, distribución o comercialización. Así, la negativa se produce cuando al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical se niega concertadamente a proveer a determinado comprador, que es competidor de la empresa vinculada de al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical.

La tercera es cuando al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical mantiene un acuerdo de colaboración con un competidor para operar en el mercado. Así, la negativa se produce cuando al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical se niega concertadamente a seguir manteniendo el acuerdo de colaboración con tal competidor.

102. Como se puede apreciar, los tipos de negativa de trato tienen por efecto desplazar competidores del mercado, ya sea que se trate de competidores en el mismo nivel de la cadena en el que participa una de las empresas que implementan la conducta (competidores directos) o en un nivel inferior de la cadena (competidores indirectos).⁶²

⁶² Al respecto, el Instituto Americano de Competencia señaló lo siguiente:

"Algunas autoridades encuentran útil subdividir la negativa a contratar en tipos. Por ejemplo, un libro contemporáneo de antitrust identifica tres variaciones [ANDREW I. Gavil, William E. Kovacic, Jonathan B. Baker, Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy, St. Paul: West Group, 2002.]:

La primera categoría incluye casos en que una firma dominante amenaza cesar la cooperación, con un cliente o proveedor que está considerando tener una relación con los competidores de la firma dominante. La segunda categoría consiste en el desafío al intento de una firma dominante de retirarse de una relación contractual existente o

imponer nuevos términos en una relación existente. La tercera categoría se refiere a la negativa de una firma dominante para proporcionar el acceso a una facilidad –algunas veces llamada una "facilidad esencial"– que un rival requiere para competir con la firma dominante.

En la primera categoría, ejemplificada por Lorain Journal v. U.S., el medio de comunicación dominante en Lorain, Ohio fue un periódico que había amenazado remover el espacio publicitario de sus clientes publicitarios quienes también colocasen publicidad con un nuevo entrante, una estación de radio local.

La segunda categoría involucra abandonar o modificar una relación existente, como en Aspen Skiing y Kodak. En Aspen Skiing, la estación de esquí dominante en la ciudad, Ski Co., después de años de un acuerdo beneficioso para los consumidores en el cual este vendía en común un ticket "Todo Aspen" junto con su competidor marginal, Highlands, decidió terminar su acuerdo, rechazando vender a Highlands incluso a su precio minorista regular.

Finalmente, en el ejemplar caso de facilidad esencial, Otter Tail, el dueño de la red de transmisión rechazó llevar electricidad a través de su área de servicio monopolizado a una compañía eléctrica municipal independiente, abusando de su posición de dominio como proveedor único de transmisión".

Traducido del siguiente texto:

"Some authorities find it useful to subdivide refusals to deal into types. For example, a contemporary antitrust casebook identifies three variations:

The first category includes cases in which a dominant firm threatens to cease cooperation, with a customer or supplier that is considering forming a relationship with the dominant firm's competitors. The second category consists of challenges to a dominant firm's attempt to withdraw from an existing contractual relationship or to impose new terms on an existing relationship. The third category concerns the refusal of a dominant firm to provide access to a facility—sometimes called an "essential facility"—that a rival requires in order to compete with the dominant firm.

In the first category, exemplified by Lorain Journal v. U.S., the dominant media outlet in Lorain, Ohio was a newspaper that had threatened to withhold advertising space from its advertising customers who also placed advertisements with a new entrant, a local radio station.

The second category involves abandoning or altering an existing relationship, as in Aspen Skiing and Kodak. In Aspen Skiing, the dominant ski resort in town, Ski Co., after years of an arrangement beneficial to consumers in which it jointly sold an "All Aspen" ski-lift ticket together with its fringe competitor, Highlands, decided to terminate its arrangement, refusing to sell to Highlands even at its regular retail price.

Finally, in the exemplary essential facility case, Otter Tail, the transmission grid owner refused to wheel electricity through its monopolized service area to an independent municipal power company, abusing its position as sole transmission provider.

THE AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. Before the US Antitrust Modernization Commission Comments of the American Antitrust Institute Working Group on Exclusionary Conduct. Consulta: 19 de julio de 2011. Ver: http://govinfo.library.unt.edu/amc/public_studies_fr28902/exclus_conduct_pdf/050715_A

103. En relación con el primer supuesto, que es el que resulta aplicable en el presente caso, a manera de ejemplo, se puede citar la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos que declaró ilegal la negativa del diario *Lorain Journal* a publicar avisos de aquellos clientes que también hubiesen contratado avisos con una empresa radioemisora local.⁶³
104. Al analizar el caso, la Corte Suprema consideró que el *Lorain Journal* (publicado en la ciudad de Lorain, Estado de Ohio) gozaba de posición de dominio en el mercado de publicidad al cubrir el 99% de familias de la localidad. En 1948, la instalación de una estación de radio, WEOL, incrementó la competencia en el mercado de avisos publicitarios. En respuesta, el referido diario condicionó la colocación de avisos en sus publicaciones a que los anunciantes no contrataran los espacios publicitarios ofrecidos por WEOL. La Corte Suprema concluyó que dicha conducta resultaba contraria a la normativa de libre competencia, pues interpretó que la negativa era un medio para mantener su monopolio

[AI-Exclus Conduct revd.pdf](#).

Asimismo, KOLASKY ha señalado lo siguiente:

"MR KOLASKY: (...) Yo he titulado mi discurso negativa a contratar con un rival, porque yo deseo distinguir muy claramente entre negativas a contratar con competidores respecto a negativa a contratar con clientes

Negativa a contratar con consumidores, pienso que involucra temas de competencia muy diferentes. Los efectos exclusorios son más probables al ser directos e inmediatos, y hay una larga línea de casos que va desde Lorain Journal hasta Dentsply que tiene que ver con la negativa a contratar con clientes.

Traducido del siguiente texto:

"MR KOLASKY: (...) I've titled my talk refusal to deal with rival, because I want to distinguish very clearly between refusal to deal with competitors as opposed to refusal to deal with customers.

Refusal to deal with consumers, I think involve very different competitive concerns. The exclusionary effects are more likely to be direct and immediate, and there's a long line of cases running from Lorain Journal to Dentsply that deal with refusal to deal with customers".

Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos de América. *Sección 2 del Acta de Sherman. Panel de Negativa a Contratar*. Julio de 2006, pág. 8. Consulta: 19 de julio de 2011.

Ver: <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/60718FTC.pdf>.

⁶³ *Lorain Journal Co. vs. U.S.* 342 U.S., 143 (1951).

en el mercado de medios publicitarios en la ciudad de Lorain.

105. Asimismo, cabe citar la decisión de la Corte Distrital de Delaware mediante la cual se declaró ilegal la política de Dentsply International Inc. (en adelante, Dentsply), empresa que contaba con una participación en el mercado de producción de dientes artificiales superior al 70%, consistente en la negativa a sostener relaciones comerciales con los distribuidores de dichos productos en Estados Unidos que también comercializaban los dientes artificiales de sus competidores.
106. En el referido caso, la Corte Distrital de Delaware decidió que la conducta de Dentsply constituía una conducta anticompetitiva que tenía por finalidad evitar el ingreso de otros productores de dientes artificiales en el mercado estadounidense, ello en vista de (i) el alto porcentaje de participación que tenía Dentsply en el mercado de producción de dientes artificiales; (ii) que el acceso a la red de distribuidores era esencial para poder comercializar dientes artificiales en el mercado estadounidense debido a la importancia de los servicios que ofrecían los distribuidores a los laboratorios dentales, quienes constituían los principales consumidores de los dientes artificiales; y (iii) que la negativa de Dentsply de vender sus productos a aquellos distribuidores que mantenían relaciones comerciales con sus competidores se realizó inmediatamente después de que dos nuevos competidores intentaron ingresar al mercado estadounidense⁶⁴.

IV.2.2. Otras conductas de efecto equivalente

107. El literal k) del artículo 11.1 y el artículo 12.2 del Decreto Legislativo 1034 establecen que una modalidad de prácticas colusorias verticales es cualquier otra conducta que tenga el efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia y que busque la obtención de beneficios por razones distintas a una mayor eficiencia económica.
108. Entre tales conductas se encuentran las prácticas colusorias verticales

⁶⁴ U.S. vs. Dentsply International, Inc. (2006). Ver: <http://www.justice.gov/atr/cases/f218200/218215.htm>.

en la modalidad de boicot consistente en la reducción o el retiro verticalmente coordinado de beneficios comúnmente otorgados (por ejemplo, descuentos por volumen o pronto pago) a los clientes que mantengan relaciones comerciales con un competidor de al menos una de las empresas involucradas.

109. Los beneficios sobre los cuales se ejecutaría la conducta pueden ser compensaciones que se otorgan por determinadas circunstancias, tales como descuentos (por volumen o pronto pago), crédito, bonificaciones por cumplimiento de metas u otros.
110. Los beneficios otorgados por al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical pueden conceder ventajas a los clientes que acceden a ellos, y se intensificarán si constituyen elementos importantes o indispensables para operar en el mercado. Los beneficios pueden ser utilizados para incentivar la demanda, reducir el precio o mejorar la calidad. Su aplicación puede ser beneficiosa para los consumidores, sobre todo si dichos beneficios se aplican sobre una parte importante del mercado. Por otro lado, los beneficios otorgados pueden conceder ventajas limitadas.
111. Al respecto, cuando los beneficios otorgados concedan ventajas significativas, el efecto generado por su reducción o retiro verticalmente coordinado puede ser también significativo y hacer menos atractivo mantener relaciones con un competidor de al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical. Así, mientras mayor sea el efecto de la reducción o el retiro de beneficios mayor será el incentivo de continuar con la provisión de al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical y mayor la probabilidad de exclusión de sus competidores reales o potenciales.
112. En efecto, la reducción o el retiro de beneficios podría generar incentivos importantes para que los clientes no mantengan relaciones comerciales con el competidor de al menos una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical, por el perjuicio significativo que podría provocar; y, en consecuencia, podría colocar a dicho competidor en una situación desventajosa, al no poder proveer sus bienes o

servicios en condiciones competitivas⁶⁵.

IV.3. Criterio de análisis de las conductas investigadas

113. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1034, para que una conducta pueda ser calificada como una práctica colusoria vertical se debe evaluar lo siguiente:

- (i) La existencia de la conducta, en el presente caso, un acuerdo vertical para negarse a satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem y para retirar ciertos beneficios comúnmente otorgados, contra aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya".
- (ii) La existencia de posición de dominio de alguno de los agentes involucrados.
- (iii) La existencia de efectos anticompetitivos.

⁶⁵ Al respecto, la Comisión Europea ha señalado, sobre el caso particular de beneficios consistentes en descuentos condicionados a no adquirir productos de competidores, que:

"37. (...) cuando es una empresa dominante la que concede estos descuentos también pueden tener efectos reales o potenciales de cierre del mercado similares a los de las obligaciones de compra exclusiva. Los descuentos condicionales pueden producir los mismos efectos sin entrañar necesariamente un sacrificio para la empresa dominante.

40. (...) los descuentos retroactivos pueden cerrar considerablemente el mercado ya que pueden hacer que sea menos interesante para los clientes cambiarse a un proveedor alternativo cuando se trata de pequeñas cantidades de demanda, si esto supone perder los descuentos retroactivos(...) en opinión de la Comisión, para evaluar el efecto de fidelización de un descuento lo pertinente no es simplemente el efecto sobre la competencia por suministrar la última unidad individual, sino el efecto de cierre que produce el sistema de descuento sobre los competidores (reales o potenciales) del proveedor dominante."

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Ver: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF>.

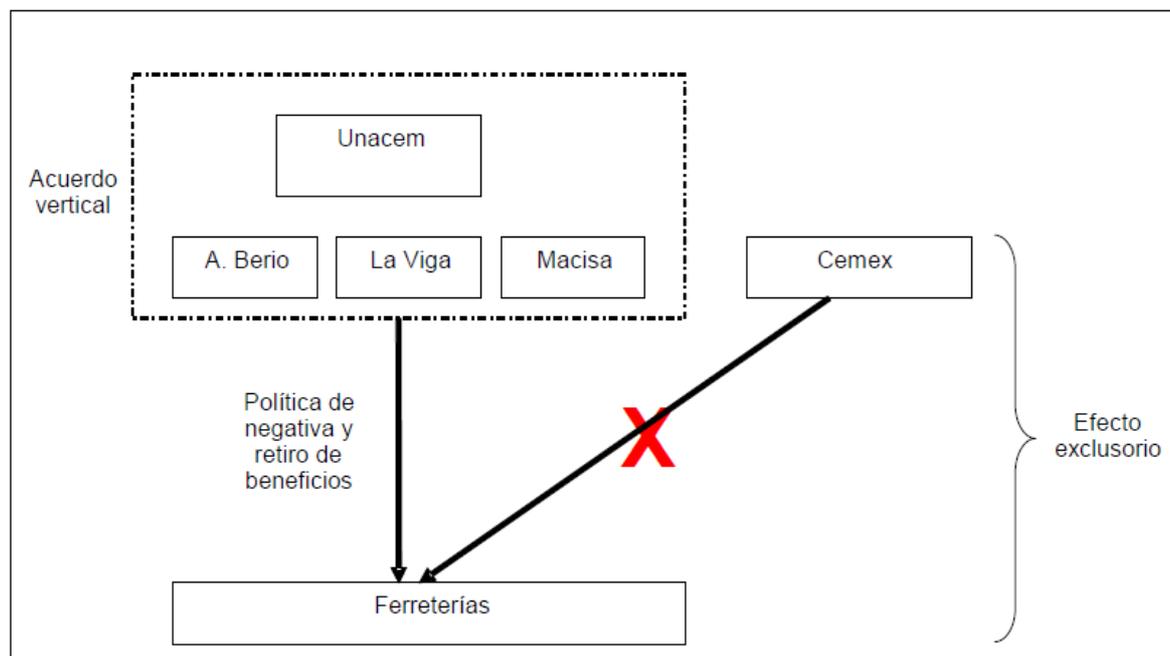
(iv) La existencia de justificaciones de su implementación.

(v) El balance de los efectos pro y anticompetitivos.

114. Cabe señalar que, en el presente caso, se puede identificar que la presunta afectación a la competencia se habría producido en el nivel de distribución y comercialización de cemento. Ciertamente, la negativa de venta y el retiro de beneficios realizados por Unacem y sus distribuidores, A. Berio, La Viga y Macisa, contra aquellas ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya” podría haber tenido el efecto de excluir del mercado a Cemex, toda vez que los clientes de ésta podrían haber preferido mantener la comercialización de los productos de Unacem, por tratarse del agente dominante en el mercado relevante, reduciéndose de esta manera la posibilidad de que los productos de Cemex fueran adquiridos por los consumidores finales. Esta situación se describe en el siguiente esquema.

Gráfico 1

Presunto efecto exclusorio de las prácticas colusorias verticales investigadas



Elaboración: Secretaría Técnica

IV.3.1 Análisis de la existencia de las conductas

115. En lo que se refiere al primer criterio, se deberá verificar si la conducta fue realizada entre agentes independientes que se encontraban en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización de un bien o servicio. Para ello, se deberá analizar, en primer lugar, si las empresas que presuntamente realizaron las prácticas colusorias verticales formaron parte de un mismo grupo económico. De tratarse de empresas pertenecientes a un mismo grupo económico, no será posible la configuración de una práctica colusoria vertical⁶⁶.

116. En segundo lugar, la autoridad de competencia deberá analizar la

⁶⁶ Para determinar la existencia de un grupo económico se debe considerar lo dispuesto por las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS 445-2000 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Regulación que resulta aplicable supletoriamente debido a que no existe una norma de aplicación general sobre esta materia.

existencia del acuerdo entre las empresas que realizaron las presuntas prácticas colusorias verticales. En el presente caso, se deberá evaluar la actuación coordinada verticalmente entre las empresas investigadas para implementar y mantener la negativa concertada e injustificada a satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem y el retiro de ciertos beneficios comúnmente otorgados, contra aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya".

IV.3.2. Análisis de la existencia de posición de dominio

117. El segundo criterio está referido a la evaluación de la existencia de posición de dominio de, por lo menos, uno de los agentes que realiza la práctica colusoria vertical. Ello, considerando que sólo serán de preocupación aquellas conductas que presenten riesgos de tener un impacto nocivo sobre la competencia⁶⁷. En ese sentido, la Comisión Europea ha señalado lo siguiente:

El pensamiento económico actual hace hincapié en la importancia de la estructura del mercado a la hora de determinar el impacto de las restricciones verticales sobre la competencia. Cuanto más agresiva sea la competencia entre diversas marcas, habrá más posibilidades de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia y la eficiencia superen a los efectos anticompetitivos. Ocurrirá a la inversa cuando la competencia entre diversas marcas sea exigua y existan importantes barreras de acceso⁶⁸. [Énfasis agregado]

⁶⁷ La razón es muy sencilla y es que, si no contara alguna de las partes con posición de dominio, sin importar la "actuación indebida" en la que pudiera haber incurrido, la conducta no tendría la capacidad para afectar ni el proceso competitivo ni el bienestar de los consumidores.

Considerando que la posición de dominio de un agente no puede evaluarse en abstracto sino que debe analizarse en relación con un mercado específico, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor gozaría de dicha posición.

⁶⁸ COMISION EUROPEA *Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria* - COM (96) 721, 1997, pág. 30. Ver: http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_es.pdf.

118. En particular, la misma autoridad ha señalado lo siguiente:

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

En la mayoría de las restricciones verticales, sólo surgen problemas de competencia si existe una competencia insuficiente en uno o más niveles del comercio, por ejemplo, si existe algún grado de poder de mercado a nivel del proveedor, del comprador, o de ambos⁶⁹. [Énfasis agregado]

IV.3.3. Análisis de la existencia de efectos anticompetitivos

119. El tercer criterio está referido a la evaluación de la existencia de efectos anticompetitivos de las presuntas prácticas colusorias verticales. Es decir, a la generación –real o potencial– de efectos exclusorios respecto de los competidores de, por lo menos, una de las empresas que realiza la conducta, con la consecuente afectación al funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores⁷⁰.

120. Cabe resaltar que los efectos de exclusión de competidores no se producen en virtud de conductas competitivas consistentes en el ofrecimiento de menores precios, mejor calidad o mayor variedad de

⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA. Comunicaciones procedentes de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. *Directrices relativas a las restricciones verticales (Texto pertinente a efectos del EEE 2010/C 130/01)*, 2010, pág. 4 y 7. Ver: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>.

⁷⁰ Ver: Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre de 2007, emitida en el Expediente 003-2005/CLC, correspondiente al procedimiento iniciado por Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu-Consettur Machupicchu S.A.C., por presunto abuso de posición de dominio, la cual fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia 1 mediante Resolución 0027-2008-INDECOPI/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008. Asimismo, la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC del 22 de febrero de 2008, emitida en el Expediente 003-2003/CLC, correspondiente al procedimiento iniciado por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A., por prácticas restrictivas de la competencia.

bienes o servicios; sino como consecuencia de conductas reñidas con la eficiencia económica, que tienen por efecto afectar la capacidad de competir de los rivales actuales o potenciales, en virtud del poder de mercado que ostenta una de las empresas que realiza la práctica colusoria vertical.⁷¹

IV.3.4. Análisis de las justificaciones

121. En lo que se refiere al cuarto criterio, la autoridad de competencia analizará las justificaciones de la implementación de la conducta planteadas por las empresas investigadas, considerando que el juicio que debe primar es el de la eficiencia económica⁷².
122. A través de la rivalidad entre competidores por obtener la aceptación de los consumidores, las empresas tienen incentivos para comportarse eficientemente, lo que a su vez repercute en el bienestar de la sociedad

⁷¹ Al respecto, las Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comisión Europea establecen lo siguiente:

"La evaluación de si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia se hará comparando la situación actual o la futura situación probable en el mercado de referencia con restricciones verticales, con la situación que prevalecería a falta de restricciones verticales en el acuerdo. En la evaluación de casos individuales, la Comisión tendrá en cuenta, según el caso, tanto efectos reales como probables. Para que los acuerdos verticales se consideren restrictivos de la competencia por efecto deben afectar a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tengan efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios. Estos efectos negativos probables sobre la competencia deben ser apreciables. Los efectos anticompetitivos apreciables son probables cuando al menos una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes valerse del mismo." (...).

COMUNIDAD EUROPEA. *Comunicación de la Comisión 2010/JC 130/01. Directrices relativas a las restricciones verticales*, 2010, pág. 21. Ver: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>.

⁷² La eficiencia económica puede ser definida a través de tres componentes: eficiencia productiva, eficiencia innovativa y eficiencia asignativa. La eficiencia productiva está referida a la forma más efectiva de utilizar los recursos y la tecnología para producir y se traduce en menores costos de producción. La eficiencia innovativa está referida a la utilización de la investigación y el desarrollo para la introducción de nuevos o mejores productos. La eficiencia asignativa está referida a una eficiente asignación de recursos y bienes entre los compradores que los valoran más y se traduce en precios cercanos a los costos de producción.

en su conjunto y en los consumidores en particular. Así, la eficiencia económica resulta ser una medida de qué tan bien las industrias desarrollan sus actividades económicas en interés de la sociedad⁷³.

123. Al respecto, la American Bar Association (ABA) ha señalado lo siguiente:

*"Una justificación comercial no será aceptada cuando es un pretexto. El hecho de que la conducta cuestionada esté diseñada para mejorar la rentabilidad tampoco es por sí misma una suficiente justificación comercial. En cambio, 'una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar del consumidor'. Justificaciones que han sido aceptadas incluyen la prevención del parasitismo, la reducción o evasión de costos y la provisión de productos superiores para los consumidores"*⁷⁴.

124. Respecto de la negativa de trato, se suele considerar como "justificaciones objetivas" o "justificaciones comerciales válidas", razones técnicas o económicas como la calidad de los productos, la limitación técnica de la producción, el incumplimiento en el pago, la violación de derechos de propiedad intelectual, entre otras⁷⁵.

125. Por otro lado, respecto a la reducción o el retiro de beneficios, tales como, descuentos (por volumen o pronto pago) o bonos por cumplimiento de metas, entre otros; si dicha medida se sustenta en el

⁷³ Viscusi W. Kip, John M. Vernon y Joseph E. Harrington, Jr. *Economics of Regulation and Antitrust*. Second Edition. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1995. Pág. 73.

⁷⁴ Traducción libre de: "A business justification will not be accepted where it is pretextual. Nor is the fact that the challenged conduct is designed to enhance profitability in itself a sufficient business justification. Instead, "a business justification is valid if it relates directly or indirectly to the enhancement of consumer welfare". Justifications that have been accepted include the prevention of free riding, reducing or avoiding costs, and providing superior products to customers". AMERICAN BAR ASSOCIATION. Section of Antitrust Law. Antitrust law development, 6th ed., 2007, volumen 1, Chicago, Estados Unidos de América., pág. 301.

⁷⁵ Así, por ejemplo, si la empresa "A" se niega a vender el producto "x" a la empresa "B" debido a que atender sus demandas implica mayores costos (supongamos, costos de transporte) la negativa será lícita. Del mismo modo, si la empresa "A" se niega a vender el producto "x" a la empresa "B" debido a que ya tiene su producción comprometida con la empresa "C", esta podría ser también una justificación válida.

incumplimiento de las condiciones previamente establecidas para otorgarlos, podría ser considerada justificada y, por lo tanto, lícita⁷⁶.

IV.3.5. Análisis del balance de los efectos pro y anticompetitivos

126. Por último, las restricciones verticales podrían representar, por un lado, ganancias en eficiencia⁷⁷ y, por otro, perjuicios para el proceso competitivo⁷⁸. En ese sentido, el Decreto Legislativo 1034 establece que las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.
127. Por lo tanto, el análisis de las prácticas colusorias verticales requiere que la autoridad de competencia evalúe los efectos anticompetitivos de las conductas y las justificaciones en términos de eficiencia planteadas por las empresas investigadas, para determinar si podrían generar beneficios que superen los perjuicios sobre la competencia, es decir, para identificar el efecto neto de dicha conducta.
128. Finalmente, acerca de la carga de la prueba de las justificaciones y los efectos positivos de la conducta investigada, cabe precisar que si bien la probanza de la existencia de la conducta y de sus efectos nocivos recae sobre la autoridad de competencia, corresponde a los agentes económicos investigados identificar y acreditar las justificaciones y los efectos positivos (actuales o potenciales) de su conducta, con el objeto de demostrar que el efecto neto es positivo y, por ende, que no se ha configurado una infracción⁷⁹.

⁷⁶ En ese caso, por ejemplo, si la empresa "A" no otorga los beneficios del mes a la empresa "B" debido a que ésta no cumplió con la meta de venta establecida del mes, el no otorgamiento de beneficios será válido. Del mismo modo, si la empresa "A" no otorga los beneficios a la empresa "B" debido a que ésta no cumplió con adquirir los productos en la fecha de descuento establecida, el no otorgamiento de beneficios será válido.

⁷⁷ A través de la reducción de costos de transacción, el desarrollo de economías de escala, la corrección de fallas de mercado y del comportamiento oportunista de otros agentes, entre otros.

⁷⁸ Exclusión de competidores actuales o elevación de barreras a la entrada.

⁷⁹ Sobre el particular, el Tribunal del Distrito de Columbia estableció, en el marco del proceso de Estados Unidos contra Microsoft, las siguientes reglas que deben guiar la posible sanción de un abuso de posición de dominio:

"Para que un acto de un monopolista sea condenado como excluyente, debe perjudicar el

V. SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN Y POLÍTICA DE BENEFICIOS DE UNACEM

129. De acuerdo al análisis realizado por la Secretaría Técnica⁸⁰ en relación al sistema de distribución (canales de distribución, clientes y actividades de distribución); la política de beneficios; y los principales distribuidores de Unacem (La Viga, A. Berio y Macisa), es posible concluir lo siguiente:

- (i) Unacem produce los siguientes cementos: i) Cemento Portland Tipo I (Cemento "Sol"), ii) Cemento Portland Tipo I BA (bajo contenido de álcalis), Cemento Portland Puzolánico Tipo IP (Supercemento "Atlas"), iv) Cemento Portland Tipo II BA (bajo contenido de álcalis), v) Cemento Portland Tipo V BA (bajo contenido de álcalis)⁸¹, siendo el cemento de mayor producción el Tipo I, que representa más del 90%, seguido por el Tipo IP, que representa aproximadamente el 5%.

proceso competitivo y, por ende, afectar negativamente a los consumidores. En contraste, no es suficiente un daño a uno o más competidores.

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

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

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

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

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

⁸⁰ Ver Anexo 1 del Informe Técnico.

⁸¹ Ver: <http://www.cementoslima.com.pe/article.aspx?cod=2&cat=4>.

- (ii) Por otro lado, Unacem abastece principalmente a la Región Lima que representó entre el 81,05% y 95,4% del total de ventas locales durante 2006 - 2010, seguida por la Región Ica, que representó entre el 2,3% y 10,8%, la Región Ancash, que representó entre el 0,2% y 4,9%, y la Región Ayacucho, que representó entre el 0,3% y 1,9%.

- (iii) La comercialización de cemento de Unacem se realiza a través de dos unidades de negocio: i) la unidad de negocio bolsa (canal ferretero), que es la venta de cemento en bolsa y representa el 75% de las ventas totales, y ii) la unidad de negocio granel (canal industrial), que es la venta de cemento a granel y representa el 25% restante⁸². Por otra parte, Unacem tiene como clientes a los distribuidores, el sector público, las concreteras, los industriales, los retailers, etc., siendo los más importantes los clientes distribuidores La Viga, A. Berio y Macisa que abastecen principalmente a las Regiones Lima y Callao.

- (iv) Unacem posee las siguientes categorías de clientes: i) los clientes particulares; ii) los clientes distribuidores; y iii) otros clientes (concreteras, colaboradores (trabajadores), sector público y retailers). Por otro lado, Unacem tiene una política de beneficios que comprende el beneficio de descuento; el beneficio de flete; el beneficio del bono por cumplimiento de metas; y el beneficio del crédito.

⁸² Memoria 2008 de Unacem, pág. 9 y 10.

VI. ANÁLISIS

VI.1. Existencia de las conductas

130. De conformidad con lo dispuesto por las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS 445-2000 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP⁸³ y, considerando los productos que comercializan, los servicios que brindan y su conformación accionarial y de gestión; se puede afirmar que Unacem no ejerce control (directo o indirecto) sobre La Viga, A. Berio y Macisa; y, en consecuencia, dichas empresas no forman parte de un mismo grupo económico.
131. En ese sentido, tratándose de empresas independientes ubicadas en distintos planos de la cadena de producción y distribución de cementos, se concluye que es posible la configuración de prácticas colusorias verticales entre ellas⁸⁴.
132. En lo que se refiere a la existencia de las conductas, durante las visitas inspectivas realizadas el 7 de enero de 2009 por la Secretaría Técnica, las partes investigadas entregaron sendos medios probatorios que demuestran la existencia, implementación y mantenimiento, y ejecución de la política⁸⁵:

VI.1.1. Existencia de una política

133. En el documento electrónico denominado "Propuesta de Marketing", donde aparecen como firmantes las siguientes personas: el señor Jorge Trelles Sánchez, Gerente Administrativo de Unacem (en adelante, Gerente Administrativo de Unacem); el señor Julio Ramírez Bardales, Gerente Legal de Unacem (en adelante, Gerente Legal de Unacem); el señor Álvaro Morales Puppo, Gerente Financiero de Unacem (en adelante, Gerente Financiero de Unacem); el señor Carlos Ugás

⁸³ Regulación que resulta aplicable supletoriamente debido a que no existe una norma de aplicación general sobre esta materia.

⁸⁴ Para mayor detalle, ver la Sección VI.1.1 del Informe Técnico.

⁸⁵ Para mayor detalle del análisis de estos medios probatorios, ver la Sección VI.1.2 del Informe Técnico.

Delgado, Director y Gerente General de Unacem (en adelante, Gerente General de Unacem); y, el señor Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Gerente de Marketing de Unacem (en adelante, Gerente de Marketing de Unacem), se señala lo siguiente:

“(…)

2.1 Relación con Clientes

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

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

III. Propuesta Comercial

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

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

(...)”. [Énfasis agregado]

134. En el documento electrónico denominado “Informe de la Zona Norte Agosto 2007”, que se encontraba adjunto al correo remitido por el señor Jaime Fernando Bendayán Miguel, Supervisor de Ventas de Unacem (en adelante, Supervisor de Ventas 1 de Unacem) al señor Raúl Pinto Ruiz, Jefe del Departamento de Ventas de Unacem (en adelante, Jefe del Departamento de Ventas de Unacem); al señor Javier Nikaido Hokama, Ejecutivo de Ventas de Unacem (en adelante, Ejecutivo de Ventas de Unacem); y, en copia, al señor Alberto Ballesteros Peña, Supervisor de Ventas de Unacem (en adelante, Supervisor de Ventas 2 de Unacem); al señor Fernando Godoy Castañeda, Supervisor de Ventas de Unacem (en adelante, Supervisor de Ventas 3 de Unacem); y, a la señora Ada Mendoza Yapo de Rueda, Asistente del Departamento de Ventas de Unacem (en adelante, Asistente del Departamento de Ventas de Unacem), del **14 de setiembre de 2007**⁸⁶, se señala lo siguiente:

“En esta zona, los principales clientes: Jorge Cahuascanco, Distrib. Milenium y Herco – L&M **han dejado de ser atendidos por continuar con la comercialización de quisqueya.**

Los demás clientes que compraron una vez este producto para probar han sido visitados por nuestro gerente administrativo, personal de gerencia del distribuidor y el Supervisor de zona a quienes nos han manifestado que continuaran comercializando nuestros productos aceptando nuestras condiciones. (...)

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

⁸⁶ Documento citado en el considerando 115 de la Resolución Admisoria.

135. En el documento electrónico denominado "Informe de la Zona Norte Setiembre 2007", elaborado por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem, del **mes de setiembre de 2007**⁸⁷, se señala lo siguiente:

"(...)

Durante este mes nuestros clientes han comenzado a recibir con mayor frecuencia y cantidad el producto de la competencia principalmente por el tema del precio y del margen que les deja su comercialización. Aparte de las condiciones de "consignación" ó mayor cantidad de días de crédito.

Nuestros clientes reclaman poder comercializar libremente todas las marcas de cemento y que sea el mercado el que decida la preferencia.

Los que decidieron por la competencia manifiestan que con la medida impuesta por Cementos Lima, ellos dejan de comercializar un gran porcentaje de ventas de nuestros productos.

(...)". [Énfasis agregado]

136. En el documento electrónico denominado "Informe de la Zona Norte Enero 2008", que se encontraba adjunto al correo remitido por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Gerente Administrativo de Unacem; al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem; y, en copia, al Ejecutivo de Ventas de Unacem; a la señora Patricia Cuadra Bustios, Secretaria de la Gerencia de Operaciones de Unacem; a los Supervisores de Ventas 2 y 3 de Unacem; y, al Asistente del Departamento de Ventas de Unacem, del **13 de febrero de 2008**⁸⁸, se señala lo siguiente:

"(...)

La medida de suspender totalmente la venta de nuestros productos a las ferreterías que comercializan quisqueya ha

⁸⁷ Documento citado en el numeral 14 del Anexo de la Resolución Admisoria.

⁸⁸ Documento citado en el considerando 108 de la Resolución Admisoria.

causado gran malestar en los clientes ya que manifiestan que el mercado es libre y ellos pueden vender en sus locales lo que ellos crean conveniente (...). [Énfasis agregado]

137. En el documento electrónico denominado "Informe de la Zona Sur - Ica", que se encontraba adjunto al correo remitido por el señor Julio Rodríguez Palacín, Supervisor de Trade Marketing de Unacem (en adelante, Supervisor de Trade Marketing de Unacem) al Gerente Administrativo y al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem, del **28 de enero de 2008**⁸⁹, se señala lo siguiente:

*"Informe de Supervisión en la Zona Sur
- Ica Competencia:*

Se ha notado la presencia de vendedores y asesores comercial de la distribuidora principal de Lima de cemento Quisqueya, visitando a los principales clientes de la zona Sur (Chincha, Pisco e Ica), incluso llegaron a la oficina de la distribuidora Julio Mendez (siendo atendida de manera breve por su secretaria, dejó solo su tarjeta).

(...)

Desde el día viernes a domingo se ha notado la presencia de 5 camiones en la zona desde Chincha hasta Ica, siendo el destino: (siendo su presencia al atardecer y noche), 2 camiones para los depósitos de Chincha (adjuntamos las fotos de uno de los camiones)

2 camiones para el depósito de Pisco

*1 camión para el depósito de
Ica Clientes:*

(...)

- Ferretería Milagritos (...)

⁸⁹ Documento citado en el numeral 24 del Anexo de la Resolución Admisoria.

CLIENTE: Uberlinda Vicente de Chuquipuma.

Se conversó sobre su comercialización del producto Quisqueya, nos manifestó que lo dejaron sin costo y que por su parte se ha comprometido en vender las 200 bolsas que le han dejado, y que al terminar, solo venderá nuestro producto. Es el único cliente que tiene Quisqueya y lo vende en sus

2 puntos de venta (Jr. Sucre 690 y Jr. Huancayo 586 Imperial Cañete). – Nos ha manifestado que le compra nuestro producto a la Viga.

- Inversiones Coral

Dirección: Mz.a lote 2 Asociación Manuel Santa Ana Chiri- Ica CLIENTE: Cornejo Alvites Liliana Evelyn.

Se conversó sobre su comercialización del producto Quisqueya, nos manifestó que su negocio busca la variedad de productos y si ahora hay una nueva marca de cemento siendo más barato y rentable, su decisión es seguir comercializando Quisqueya.

Se conversó con el Sr Juan José Méndez de la ferretería J J, quien le abastece de nuestro cemento, sobre la posición de su cliente y de los efectos de su decisión". [Énfasis agregado]

138. En el documento electrónico denominado "Informe de Zona Este Febrero 2008", que se encontraba adjunto al correo remitido por el Supervisor de Ventas 2 de Unacem al Gerente Administrativo de Unacem; al Jefe del Departamento de Ventas; al Gerente de Marketing de Unacem; y, en copia, a los Supervisores de Ventas 1 y 3 de Unacem, del **14 de marzo de 2008**⁹⁰, se señala lo siguiente:

"La tendencia del mercado actualmente es la de querer comercializar libremente diferente marcas de Cemento (Sol Andino y Quisqueya). De la misma forma los comerciantes demuestran su malestar

⁹⁰ Documento citado en el considerando 125 de la Resolución Admisoria.

sobre las sanciones y suspensiones a los que no comercializan exclusivamente nuestro cemento". [Énfasis agregado]

139. En virtud de lo expuesto, se evidencia que, a partir de mediados de 2007, se implementó una política para enfrentar el ingreso de Cemex al mercado, consistente en la imposición de sanciones contra las ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya", lo que generó una limitación de su crecimiento y el posicionamiento de su marca. Asimismo, los reportes realizados por los funcionarios de Unacem sobre las zonas de distribución, norte, sur y este, a través de los informes sectoriales analizados, acreditan la existencia de dicha política.

VI.1.2. Implementación y mantenimiento de la política

140. En el correo electrónico remitido por el Ejecutivo de Ventas de Unacem al señor Diego de la Piedra Minetti, Gerente General de La Viga (en adelante, Gerente General de La Viga); al señor Carlos Marsano Soto, Director de La Viga (en adelante, Director de La Viga); al señor Luis Huancahuari Laguna, Gerente Administrativo de A. Berio (en adelante, Gerente Administrativo de A. Berio); a la señora Nelly Huancahuari Cabrera, Secretaria de A. Berio; al señor José Antonio Rey Recavarren, Gerente General de Macisa (en adelante, Gerente General de Macisa); a la señora Rosemary Rondón Barriga, Jefe de Ventas de Macisa (en adelante, Jefe de Ventas de Macisa); y, en copia, al Gerente Administrativo de Unacem; al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem; y, a los Supervisores de Ventas 1, 2 y 3 de Unacem, del 6 de agosto de 2007⁹¹, se señala lo siguiente:

"Asunto: Acuerdos Reunión día 06/08.

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

Envío diario de un reporte con las observaciones y

⁹¹ Documento citado en el considerando 111 de la Resolución Admisoria.

ocurrencias, por parte de la fuerza de ventas de c/u de los distribuidores al supervisor de zona.

Aviso inmediato de aquellas ferreterías que comercializan quisqueya para que el supervisor de zona confirme y evidencie (...)". [Énfasis agregado]

141. En el correo electrónico remitido por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Gerente Administrativo de Unacem y, en copia, al Jefe del Departamento de Ventas, al Ejecutivo de Ventas, y a los Supervisores de Ventas 2 y 3 de Unacem, del **7 de agosto de 2007**⁹², se señala lo siguiente:

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

(...)"

142. En la comunicación electrónica remitida por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al señor Eduardo Mercado Céspedes, Jefe de Operaciones de La Viga (en adelante, Jefe de Operaciones de La Viga); y, en copia, al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem, del **8 de agosto de 2007**⁹³, se señala lo siguiente:

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

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

⁹² Documento citado en el numeral 2 del Anexo de la Resolución Admisoria.

⁹³ Documento citado en el considerando 112 de la Resolución Admisoria.

143. En el correo electrónico remitido por el Supervisor de Ventas 3 de Unacem al Gerente Administrativo de Unacem; y, en copia, al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem; al Ejecutivo de Ventas de Unacem; y, a los Supervisores de Ventas 1 y 2 de Unacem, del **10 de agosto de 2007**⁹⁴, se señala lo siguiente:

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

144. En el correo remitido por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Jefe de Operaciones de La Viga; y, en copia, al Ejecutivo de Ventas de Unacem, del **17 de agosto de 2007**⁹⁵, se señala lo siguiente:

*"Lalo, cuando comenzamos la campaña contra quisqueya **se quedó en que tus sectoristas enviarían información vía e-mail de todo lo que los vendedores captaban de los clientes que tenían este cemento y así ir monitoreando el mercado.** Cuando le consulté a Rosa me dijo que todo estaba centralizado hacia ti. Una vez Harold envió una relación pero no ha vuelto a hacerlo y el seguimiento que se está haciendo a estos clientes es muy espontáneo. Necesito que organices mejor este tema ya que esto es algo indicado por mi gerencia. El e-mail ayudará como registro de lo realizado.*

Tenemos que saber cantidades que están dejando, condiciones comerciales (si es venta al crédito o contado, consignación, etc.) precios de mercado y todo acerca del tipo de publicidad que realizan. (...)". [Énfasis agregado]

145. En el correo remitido por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Jefe de Operaciones de La Viga, del **22 de agosto de 2007**⁹⁶, se señala lo siguiente:

⁹⁴ Documento citado en el considerando 113 de la Resolución Admisoria.

⁹⁵ Documento citado en el numeral 7 del Anexo de la Resolución Admisoria.

⁹⁶ Documento citado en el considerando 117 de la Resolución Admisoria.

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

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

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

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

146. En la comunicación electrónica remitida por el cliente "Dep. San Juan L." al Supervisor de Ventas 1 de Unacem, del **22 de agosto de 2007**⁹⁷, se señala lo siguiente:

"Asunto: Relación de Carros.

Te envió la relación de los camiones que me pediste, las carretas en algunos casos las cambian para cargar". [Énfasis agregado]

La referida comunicación fue reenviada por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Jefe del Departamento de Ventas; al Ejecutivo de Ventas; a los Supervisores de Ventas 2 y 3 de Unacem; y, en copia, al Gerente Administrativo de Unacem, el **22 de agosto de 2007**⁹⁸, indicando lo siguiente:

"Asunto: RV: Relación de Carros.

Raúl, estos son los camiones de los ferreteros que tienen Quisqueya el vendedor de La Viga manifestó ayer por la

⁹⁷ Documento citado en el numeral 8 del Anexo de la Resolución Admisoria.

⁹⁸ Documento citado en el numeral 8 del Anexo de la Resolución Admisoria.

tarde que Pakassa (Juan Orellana) ya tenía aprox. 70 bls. en su local. Hoy lo verifico y te confirmo. Todos los demás han recibido un trailer completo a consignación.

Te informo para los fines convenientes". [Énfasis agregado]

147. En el archivo electrónico denominado "Informe de la Semana 24/09/2007", adjunto al correo electrónico remitido por el Supervisor de Ventas 3 de Unacem al Gerente Administrativo de Unacem; y, en copia, al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem; al Ejecutivo de Ventas de Unacem; y, a los Supervisores de Ventas 1 y 2 de Unacem, del **24 de setiembre de 2007**⁹⁹, se señala lo siguiente:

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

148. En el correo electrónico remitido por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Jefe de Operaciones de La Viga; a la señora Silvia Orellana Villanueva, Asistente de Créditos y Cobranzas de La Viga; y, en copia, al Jefe del Departamento de

Ventas de Unacem; al Ejecutivo de Ventas de Unacem; y, a los Supervisores de Ventas 2 y 3 de Unacem, del **15 de octubre de 2007**¹⁰⁰, se señala lo siguiente:

*"(...) se está procediendo a sancionar al **Cliente Prhokassa** con la suspensión del reconocimiento de flete por encontrarse comercializando quisqueya a pesar de habersele advertido. **Desde hoy no le reconocemos el flete por las compras que realice***

⁹⁹ Documento citado en el considerando 116 de la Resolución Admisoria.

¹⁰⁰ Documento citado en el considerando 117 de la Resolución Admisoria.

(...)" [Énfasis agregado]

En respuesta al referido correo, el Jefe de Operaciones de La Viga remitió una comunicación electrónica a los destinatarios indicados, del **15 de octubre de 2007**¹⁰¹, realizando la siguiente consulta:

"¿Y cuándo hay descuentos se les reconoce?"

Ante ello, el Ejecutivo de Ventas de Unacem remitió una comunicación electrónica al Jefe de Operaciones de La Viga, con copia a los destinatarios indicados, del 16 de octubre de 2007¹⁰², absolviendo su consulta de la siguiente manera:

"Menos (pareces nuevo). No se le reconoce ningún tipo de beneficio". [Énfasis agregado]

149. En el correo electrónico remitido por el Gerente Administrativo de A. Berio al Gerente Financiero de Unacem; y, en copia, al Supervisor de Ventas 3 y al Ejecutivo de Ventas de Unacem, del **22 de octubre de 2007**¹⁰³, se señala lo siguiente:

"Asunto: Caso: Depósito y Ferretería Nichar S.A.C.

(...)

Todos estos compromisos de parte de nuestra representada, tienen que verse reflejada con el compromiso del cliente DEPOSITO Y FERRETERIA NICHAR S.A.C. a quien se le pediría a no comercializar el cemento Quisqueya, ya que se tiene conocimiento que este cliente está ofreciendo a los ferreteros de la zona e inclusive está recogiendo con su propio transporte dicho cemento en el callao.

Te informo todo ello para que se lo comuniqués al cliente tal

¹⁰¹ Documento citado en el considerando 117 de la Resolución Admisoria.

¹⁰² Documento citado en el considerando 117 de la Resolución Admisoria.

¹⁰³ Documento citado en el considerando 119 de la Resolución Admisoria.

como acordaste la semana pasada. (...). [Énfasis agregado]

150. En el correo electrónico remitido por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Gerente Administrativo de Unacem; y, en copia, al Jefe del Departamento de Ventas, al Ejecutivo de Ventas, al Supervisor de Ventas 3 y al Supervisor de Ventas 2 de Unacem, del **28 de noviembre de 2007**¹⁰⁴, se señala lo siguiente:

"Esta semana en la zona sur de acuerdo a información recabada por el distribuidor A. Berio manifiesta que hay un notable desabastecimiento de quisqueya. Solo Lidia Vilca en S.J.M. (mayorista) tiene stock considerable de 500 bls. con precio al público de hasta S/. 15.80, además Bertha Arotinco 100 bls. (Limite c/surco), Dincoper 50- 60 bls. (se le está levantando sanción y se le va atender), Dicopir 50 – 60 bls. (no cliente).

Precio regular en la zona es de S/. 16.30 a S/16.50.

(...)

En la zona norte también hay un notable desabastecimiento de quisqueya, a los mayoristas les dan argumentos similares a los del sur, (problemas de embarque y asuntos legales de desaduanaje, como que alguien está influyendo en ello), (...)"

[Énfasis agregado]

151. En el correo electrónico remitido por el Jefe de Operaciones de La Viga al Ejecutivo de Ventas y al Supervisor de Ventas 1 de Unacem, del **26 de diciembre de 2007**¹⁰⁵, se adjunta el archivo donde consta la relación de clientes que llegaron a la meta en el mes de noviembre de 2007.

En respuesta a esta comunicación electrónica, el Supervisor de Ventas 1 de Unacem remitió un correo al Jefe de Operaciones de La Viga, del **14**

¹⁰⁴ Documento citado en el numeral 17 del Anexo de la Resolución Admisoria.

¹⁰⁵ Documento citado en el numeral 19 del Anexo de la Resolución Admisoria.

de enero de 2008¹⁰⁶, indicando lo siguiente:

“Lalo, cómo vas a hacer con los clientes que no se le va a dar el bono por fidelidad. Revisa el cuadro están en rojo. Cómo será la facturación.”

152. En el correo electrónico remitido por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Gerente Administrativo de Unacem, al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem, al Jefe de Operaciones de La Viga y al Gerente General de La Viga; y, en copia, al Ejecutivo de Ventas de Unacem; y, a los Supervisores de Ventas 2 y 3 de Unacem, del **21 de enero de 2008**¹⁰⁷, se señala lo siguiente:

"El día Jueves 17 visité la zona de Puente Piedra, Ventanilla y Ancón y se observa un notable ingreso de cemento quisqueya en las ferreterías de estas zonas, el motivo de los que recibieron es que les están dejando de 15 a más días de crédito lo cual les es atractivo. El precio de venta está a la par que el de Sol. Reciben en S/.16.30 puesto en ferretería. Pueden recoger de Ate en S/. 15.70. Venden desde S/. 16.50 hasta S/. 17.00

Uno de los que han entrado a distribuir por esta zona es el transportista Malva.

Algo por resaltar es que el vendedor de esta zona no está informando al respecto.

Para todos estos casos no les debemos reconocer el bono x volumen de ventas ya que ello esta entendido que es también por fidelidad a la marca". [Énfasis agregado]

153. En la comunicación electrónica remitida por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem; al Jefe de Operaciones de La Viga; y, en copia, al Ejecutivo de Ventas de Unacem,

¹⁰⁶ Documento citado en el numeral 19 del Anexo de la Resolución Admisoria.

¹⁰⁷ Documento citado en el numeral 20 del Anexo de la Resolución Admisoria.

del **29 de enero de 2008**¹⁰⁸, se señala lo siguiente:

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

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

154. En la comunicación electrónica remitida por el Gerente Administrativo de A. Berio al Gerente de Marketing de Unacem; y, en copia, al Supervisor de Ventas 3 de Unacem, del **2 de abril de 2008**¹⁰⁹, se señala lo siguiente:

"Asunto: Cliente: Sergio Ramos (Ica).

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

***Realmente no sé en qué situación se encuentra este cliente ya que me informaron que estaba suspendido por la venta de cemento Quisqueya. Además que este cliente no aparece en la lista que me enviaste del Sur chico, supongo que lo atiende otro distribuidor**". [Énfasis agregado]*

155. En el correo electrónico remitido por el Jefe de Operaciones de La Viga al Ejecutivo de Ventas; y, a los Supervisores de Ventas 1 y 3 de Unacem, del **7 de junio de 2008**¹¹⁰, se señala lo siguiente:

"(...) Muy buenos días, para informarte que los sub-distribuidores aun no tienen claro el precio diferenciado de 16.30, 16.50 y 16.80, en unos casos sus precios de venta (LAKASSA) quien hasta el día de ayer vendía a todos en general a S/ 16.30. En el caso de

¹⁰⁸ Documento citado en el numeral 23 del Anexo de la Resolución Admisoria.

¹⁰⁹ Documento citado en el numeral 31 del Anexo de la Resolución Admisoria.

¹¹⁰ Documento citado en el numeral 32 del Anexo de la Resolución Admisoria.

Cahuascanco su precio de venta general hasta el día de ayer sin diferenciar al consumidor final era de S/ 16.50.

El motivo de mi correo es además tratar de corregir informativamente y hasta cierto punto de exigencia para que el periodo crítico de ordenamiento sea menor.

*También les informo que **la ferretería Cahuascanco sigue vendiendo cemento Quisqueya**, yo mismo escuche cuando mi vendedor sin identificarse le ofrecieron a un precio de S/ 17.00 puesto en obra, ustedes mismos lo pueden comprobar sin ir hasta su local solo llamando por teléfono y lo comprobaran (...)*. [Énfasis agregado]

La referida comunicación electrónica fue reenviada por el Jefe de Operaciones, al Gerente General de La Viga quien, en respuesta, remitió el siguiente correo al Gerente de Marketing de Unacem, el **11 de junio de 2008**¹¹¹:

“Asunto: RV: Información.

La señora Gladis de Lacassa se está quejando de Cahuascanco. Se queja de la venta de Quisqueya. Quiere quejarse ante alguien de Cementos Lima.

Voy a pedirle a Bendayan que la llame para que te cuente. Es importante que la llamen. Desde el 7 les estamos diciendo de Cahuascanco y no han hablado con ella. Ya está generando problemas”. [Énfasis agregado]

En respuesta a dicha comunicación electrónica, el Gerente de Marketing de Unacem informó al Gerente General de La Viga; y, en copia, al Supervisor de Ventas 1, al Ejecutivo de Ventas; y, al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem, el **11 de junio de 2008**¹¹², lo

¹¹¹ Documento citado en el numeral 32 del Anexo de la Resolución Admisoria.

¹¹² Documento citado en el numeral 32 del Anexo de la Resolución Admisoria.

siguiente:

"Asunto: RV: Información.

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

Es más, yo diría que Lalo mande a sus "tigres" a chequearla y que pidan Quisqueya, pero exíjanle que sea fresco, recién llegado a ver qué dicen.

(...)" [Énfasis agregado]

156. En el correo electrónico remitido por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Gerente de Marketing y al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem, **del 31 de julio de 2008**¹¹³, se señala lo siguiente:

"Asunto: Caso Codimax - G. Cahuascanco.

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

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

Al nosotros bloquearle el ingreso a planta creo que incurrimos en error de no vender el producto de manera libre a cualquier persona que quiera recoger de planta y creo

¹¹³ Documento citado en el considerando 126 de la Resolución Admisoria.

que eso ahora está tipificado como delito en Conductas anticompetitivas – Abuso de dominio.

Lo ideal sería crear códigos de venta "OV" en nuestro sistema de ventas (OV PARA SANCIONADOS) para que tanto el distribuidor como el Sub distribuidor puedan seguir atendiéndoles con sus propios carros a cualquier sancionado ya que en éstas OV no se darían descuentos por ningún tipo de fletes; esto a su vez comunicarlo a los subdistribuidores que quieran vender a algún sancionado para que si ellos entregan OV con fletes, el distribuidor les aplique el cobro del mismo a los subdistribuidores. Es decir, poder seguir atendiéndoles pero sin ningún beneficio". [Énfasis agregado]

157. En el correo electrónico remitido por el señor Jorge Vera Núñez, Supervisor Logístico de La Viga en Huaraz, al Gerente General; y, al Jefe de Operaciones de La Viga, del **22 de agosto de 2008**¹¹⁴, se señala lo siguiente:

"Asunto: Ingreso de cemento quisqueya en Huaraz

(...)

Romero Churazo magnolio

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

(....)

Mejía Sotomayor alejandrina

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

(...) a estos clientes se les advirtió que sería informado a

¹¹⁴ Documento citado en el considerando 128 de la Resolución Admisoria.

Cementos Lima, la cual aconseje que no lo volvieran a hacer porque Cementos Lima ordenará no abastecerle más con el cemento (...)

*Se está hablando, la cual no es confirmado, **quiénes quieren entrar con más carros de quisqueya, el trabajo que haremos acá es estar alertas a la presencia de los mismos, como también aconsejar a los clientes de no hacerlo, la cual tendrían consecuencias***". [Énfasis agregado]

158. En el correo electrónico remitido por el Supervisor de Trade Marketing de Unacem, al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem, del **26 de noviembre de 2008**¹¹⁵, se señala lo siguiente:

"Nos han indicado, que el día de ayer, al mediodía, en el canal de línea abierta en ICA; se ha presentado un reportaje sobre la venta del Cemento:

1. "La prohibición de Unacem, para adquirirlos Cementos Sol y Atlas a los clientes pequeños que venden quisqueya".

2. Han entrevistado al Ex sub distribuidor Juan Jose Mendez y él manifiesta sobre tal prohibición.

- Semanas antes a los clientes pequeños, que comercializaban quisqueya, han recibido la visita de personas desconocidas que le han realizado preguntas sobre, por qué había dejado de vender quisqueya. Su respuesta de los clientes fue que no tenía aceptación y se había endurecido.

Han quedado en brindarles una copia de la entrevista, una vez obtenida te lo enviaré." [Énfasis agregado]

159. En virtud de lo expuesto, se evidencia que el 6 de agosto de 2007 Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, se reunieron y acordaron dejar de atender a las ferreterías que se encontraran

¹¹⁵

Documento citado en el numeral 34 del Anexo de la Resolución Admisoria.

comercializando cemento "Quisqueya". Asimismo, queda acreditada la realización de coordinaciones y la emisión de directivas para sancionar con la negativa de venta de cemento y, además, el retiro de beneficios a las ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya".

160. Conjuntamente con estos documentos electrónicos, los citados en los considerandos 109, 114, 117, 120, 121 y 124 de la Resolución Admisoria y en los numerales 3, 4, 6, 7, 9, 10, 17, 18, 20, 21, 25, 32 y 33 del Anexo de la referida resolución, evidencian que los funcionarios de Unacem y sus distribuidores: (i) realizaban consultas sobre la situación de las ferreterías a las que se les había detectado vendiendo cemento "Quisqueya", a fin de verificar que no reincidieran en dicha conducta; (ii) proponían, determinaban y comunicaban los castigos impuestos a las ferreterías; (iii) impartían directivas en torno a la implementación y ejecución de la política de castigo, todo ello con la finalidad de uniformizar y garantizar su aplicación en las zonas norte, cubierta por La Viga, sur, cubierta por A. Berio, y este, cubierta por Macisa; y, (iv) cumplían con supervisar a las ferreterías, a través de llamadas y visitas, y remitir periódicamente la información recabada sobre la comercialización de cemento "Quisqueya", con el fin de garantizar el cumplimiento del acuerdo.
161. Asimismo, del análisis de los documentos electrónicos remitidos entre los diversos funcionarios de las empresas investigadas, se concluye que la política se logró implementar y mantener en el tiempo, debido a la participación activa de los distribuidores de Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa.
162. En sus Alegaciones, las empresas investigadas señalaron que, de haber existido la supuesta conducta anticompetitiva, habría cesado el 7 de julio de 2008, fecha en la que se aprobó la nueva política de marketing y comercialización (Red Progre-Sol).

Sin embargo, en los medios probatorios analizados en la presente sección, se aprecia que las conductas investigadas se habrían producido de manera continuada en el tiempo desde mediados de 2007 hasta noviembre de 2008. En efecto, existe evidencia que acredita la

aplicación de la política en los meses de julio, agosto y noviembre de 2008.

163. **Por otro lado, en sus descargos Unacem cuestionó la validez de las declaraciones juradas de cinco (5) ferreteros presentadas por Cemex, en las que afirmaban haber sido víctimas de la negativa de venta de cemento "Sol" por haber comercializado cemento "Quisqueya".** Al respecto, cabe señalar que las referidas declaraciones juradas no han sido utilizadas por esta Comisión para realizar el análisis contenido en la presente Resolución, por lo que carece de objeto discutir su validez.

VI.1.3. Ejecución de la política

164. El Anexo 2 de la presente Resolución contiene el análisis de la aplicación de la política identificada, por parte de Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, sobre una muestra de cuarenta y ocho (48) ferreterías, a las que se hace referencia como sujetos de aplicación de la política en los documentos electrónicos entregados en las visitas inspectivas. De acuerdo a este análisis, a través del cual se evidencia que la ejecución de la política consistió en la imposición de amenazas y castigos contra aquellas ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya"¹¹⁶.
165. En efecto, como se puede apreciar en los documentos electrónicos citados en el Anexo 2 de la presente Resolución, para el caso de las ferreterías 1 a 7, 14 a 19 y 27 a 29, así como en las comunicaciones electrónicas citadas en los considerandos 115, 116, 117 y 119 de la Resolución Admisoria y en los numerales 12, 14 y 17 del Anexo de la referida resolución, Unacem y sus distribuidores, conjunta y coordinadamente, cumplían labores de difusión de la política, consistentes en realizar amenazas de negativa de venta de los productos de Unacem y/o retiro de ciertos beneficios comúnmente otorgados a aquellas ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya".

¹¹⁶ Para un mayor detalle, ver las Secciones VI.1.2.4, VI.1.2.5 del Informe Técnico.

166. De otro lado, como se puede apreciar en los documentos electrónicos citados en el Anexo 2 de la presente Resolución, para el caso de las ferreterías 8 a 13, 20 a 26 y 30 a 44, así como en las comunicaciones electrónicas citadas en los considerandos 112, 113, 125 y 126 de la Resolución Admisoria y en los numerales 2, 5, 20, 23, 30, 31 y 32 del Anexo de la referida resolución, Unacem y sus distribuidores, conjunta y coordinadamente, aplicaron la política acordada, a través de castigos consistentes en negativa de venta y retiro de beneficios, contra aquellas ferreterías a las que, luego de una constante labor de supervisión y fiscalización, se detectó comercializando cemento "Quisqueya".
167. En virtud de lo expuesto, se evidencia la actuación verticalmente coordinada entre Unacem y sus principales distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, para difundir la política, a través de la realización conjunta de visitas a las ferreterías por parte de gerentes y/o representantes de Unacem y del respectivo distribuidor de la zona, para poner en su conocimiento las implicancias de comercializar cemento "Quisqueya". Asimismo, se ha acreditado la aplicación de castigos consistentes en la negativa de venta de cemento y/o el retiro de ciertos beneficios comúnmente otorgados, contra aquellas ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya".

VI.1.4. Conclusión sobre la existencia de las conductas

168. Del análisis de los medios probatorios que obran en el expediente, se ha comprobado que, entre los meses de agosto de 2007 y noviembre de 2008, existió un acuerdo entre Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, para implementar y ejecutar una política de castigo consistente en la negativa de venta de los productos de Unacem y/o el retiro de ciertos beneficios comúnmente otorgados a aquellos clientes que comercializaran cemento "Quisqueya". En particular, se ha acreditado lo siguiente:
- i) A partir de mediados de 2007, se implementó una política para enfrentar el ingreso de Cemex al mercado, consistente en la imposición de sanciones contra las ferreterías que comercializaran

cemento "Quisqueya", lo que generó una limitación de su crecimiento y el posicionamiento de su marca. Asimismo, los reportes realizados por los funcionarios de Unacem sobre las zonas de distribución, norte, sur y este, a través de los informes sectoriales analizados, acreditan la existencia de dicha política.

- ii) El 6 de agosto de 2007, Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, se reunieron y acordaron dejar de atender a las ferreterías que se encontraran comercializando cemento "Quisqueya". Asimismo, se ha acreditado la realización de coordinaciones y la emisión de directivas para sancionar con la negativa de venta de cemento y, además, el retiro de beneficios a las ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya".
- iii) La actuación verticalmente coordinada entre Unacem, y sus principales distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, para difundir la política, a través de la realización conjunta de visitas a las ferreterías, para poner en su conocimiento las implicancias de comercializar cemento "Quisqueya". Asimismo, se ha acreditado la aplicación de castigos consistentes en la negativa de venta de cemento y/o el retiro de ciertos beneficios comúnmente otorgados.

169. Como se desprende del análisis conjunto de los medios probatorios identificados, la política implementada por las empresas investigadas se logró materializar debido a la participación activa de cada una de ellas. En efecto, La Viga, A. Berio y Macisa no se limitaron a cumplir órdenes impuestas por Unacem sino que, en coordinación con esta empresa, participaron en la implementación y el mantenimiento de la política, mediante reuniones de coordinación, la emisión y el seguimiento de directivas, la realización de visitas o llamadas telefónicas a las ferreterías, así como el intercambio constante de información.

VI.2. Existencia de posición de dominio

170. Como se ha señalado, para determinar la existencia de posición de dominio, resulta necesario definir previamente el mercado relevante en el cual el agente investigado ostentaría dicha posición.

171. De acuerdo al análisis realizado en relación a la definición de mercado relevante para la presente investigación (Ver Anexo 1):

Considerando los productos comercializados por las empresas investigadas y Cemex; las características y usos de los diversos tipos de cemento; y sus niveles de precios, el mercado de producto relevante está constituido por los cementos Portland gris Tipo I, IP, IPM, MS y ICo.

Considerando los ratios de importación-venta y exportación-venta poco significativos, los costos de transporte por importación de cemento, la ubicación de las plantas cementeras, las ventas locales de cemento de las empresas cementeras, los costos de transporte, la evaluación de las empresas clasificadoras de riesgo y las propias Unacem y Cemento Andino sobre el sector; el mercado geográfico relevante está constituido por las Regiones de Lima, Ica, Ayacucho, Ancash, Huancavelica, Huánuco, Pasco y Junín.

172. De acuerdo al análisis realizado en relación a la determinación de la existencia de posición de dominio (Ver Anexo 1), considerando las altas cuotas de mercado de Unacem (antes, Cemenos Lima S.A.A. y Cemento Andino); que ciertas características de Unacem pueden ser consideradas como barreras de entrada al mercado (operaciones verticalmente integradas, altos niveles de capacidad instalada, ubicación estratégica de su planta de producción, importante desarrollo de su red de distribución, altos niveles de inversión); y la existencia de barreras de tipo legal; Unacem tuvo posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo investigado.

VI.3. Existencia de efectos anticompetitivos de las conductas investigadas

173. Las conductas investigadas en el presente procedimiento constituyen prohibiciones relativas, es decir, se requiere la verificación de efectos anticompetitivos para su declaración de ilegalidad. Al respecto, el artículo 9 del

Decreto Legislativo 1034, establece que, "[e]n los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores".

174. Cabe destacar que, habiendo quedado demostrada la existencia de la conducta, la identificación de efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores consiste en determinar si la conducta tiene o podría tener efectos anticompetitivos reales o potenciales.
175. Sobre el particular, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 establece que, con el "efecto de la conducta" no se está haciendo referencia necesariamente a efectos concretos, puesto que se evaluará también la capacidad de la conducta para generar un daño.
176. En relación a la verificación de efectos potenciales, se deberá analizar si la conducta investigada resultaba idónea para afectar la competencia, es decir, no será necesario que se acredite que la conducta ha generado efectos negativos sino que éstos eran una consecuencia potencial de la conducta¹¹⁷.
177. En esa línea, conviene traer a colación lo señalado por Carrier:

*"[Los] denunciantes pueden demostrar un efecto anticompetitivo de dos maneras. En primer lugar, pueden mostrar un efecto adverso efectivo, tal como un aumento en el precio, reducción de la producción, o deterioro de la calidad. En segundo lugar, pueden mostrar un efecto adverso potencial, como podría ser a través del poder de mercado"*¹¹⁸.

178. Como se puede apreciar, la configuración de una conducta

¹¹⁷ Al respecto, ver: BELLO MARTÍN CRESPO, María Pilar. *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*. Editorial Aranzadi. Navarra. 2009. Página 129.

¹¹⁸ Carrier, Michael A. *The Rule of Reason. An Empirical Update for the 21st Century*. En: George Mason Law Review, Vol. 16, No. 827, 2009. Página 830. Traducción libre del siguiente texto: "Plaintiffs can demonstrate an anticompetitive effect in one of two ways. First, they can show an actual adverse effect, such as an increase in price, reduction in output, or deterioration in quality. Second, they can show a potential adverse effect, as revealed by market power."

anticompetitiva también comprende el análisis de su capacidad para generar daños sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, es decir, deberá verificarse la amenaza cierta e inminente de un resultado anticompetitivo.

179. En el presente caso, en relación con la aplicación de la política investigada a través de amenazas o castigos mediante negativas de venta de cemento, se debe destacar que el producto sobre el que se aplicaba dicha negativa en perjuicio de las ferreterías, era el producto de un agente dominante y el de mayor preferencia en el mercado relevante. Ciertamente, el cemento "Sol" es el producto más comercializado en el mercado relevante y goza de una alta preferencia por parte de los consumidores, al representar una marca arraigada en los mercados de cementos y materiales de construcción en las regiones que conforman el mercado relevante.
180. La exposición de las ferreterías interesadas en comercializar cemento "Quisqueya" a la posibilidad de ser desabastecidas de un producto principal en su cartera de productos, que además funcionaba como un producto "gancho" en la atracción de consumidores que, paralelamente, podrían haber adquirido otros materiales de construcción (por ejemplo, fierros), podía generar en aquellas los incentivos suficientes para restringir su interés por incluir en su cartera de productos al cemento "Quisqueya", un producto de una marca desconocida en el mercado relevante, cuyas ventas esperadas no podían reemplazar la gran demanda que los consumidores tenían respecto del cemento "Sol".
181. Considerando la importancia del producto respecto del cual se ejecutaría la negativa de venta contra las ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya", es posible afirmar que la conducta investigada tuvo la capacidad de disuadir a los ferreteros de establecer relaciones comerciales con Cemex o algún distribuidor de cemento "Quisqueya", puesto que dicha situación podía poner en riesgo la rentabilidad de sus negocios al provocar la imposibilidad de contar con un producto de la importancia del cemento "Sol".

182. Con el objeto de evaluar la aplicación de las conductas investigadas y determinar su capacidad para afectar la competencia, esta Comisión analizó el contenido de los documentos electrónicos entregados por Unacem y La Viga durante las visitas inspectivas realizadas el 7 de enero de 2009, que mencionan a determinadas ferreterías como sujetos de aplicación de la política investigada; y los registros de ventas y otorgamiento de beneficios de los distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa.
183. En los documentos electrónicos (archivos y correos electrónicos) entregados durante las visitas inspectivas, se aprecian instrucciones y coordinaciones relacionadas con la aplicación de la política investigada, entre funcionarios de Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, respecto de un total de 48 ferreterías¹¹⁹.
184. Dicho grupo de ferreterías representa una muestra de agentes dedicados a la comercialización de cementos sobre la cual se puede evaluar la generación de efectos anticompetitivos como resultado de la aplicación de la política investigada, ya sea a través de amenazas o castigos.
185. En el siguiente cuadro se presentan los resultados obtenidos del análisis de la aplicación, por parte de Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, de la política investigada sobre la muestra de 48 ferreterías. El detalle del análisis correspondiente a cada uno de los 48 casos, a través del cual se llega a las conclusiones que se presentan a continuación, se encuentra en el Anexo 2 de la presente Resolución.

¹¹⁹ En los documentos electrónicos entregados durante las visitas inspectivas a los que se hace referencia en la Resolución Admisoria se menciona, adicionalmente, a once (11) ferreterías, a saber, Corporación SKM S.A.C., Huilca Pillco Gabriel F., Neyra Materiales de Construcción y Servicios S.A.C., Comercial Ancash S.A.C., Comercial Año Nuevo & Cía S.R.L., Susaka E.I.R.L., Ferretería Comercial La Libertad S.R.L., Chávez Center S.A.C., Casas Quispe Pedro Jesús, J y M Distribuidora de Materiales de Construcción E.I.R.L. y Fierro Cemento Nacional S.A. – FICENSA (CODEMAC). Sin embargo, considerando que no se hace referencia a la aplicación de amenazas o castigos en la ejecución de la política investigada, estas once (11) ferreterías no se han incluido en la muestra. Asimismo, se han excluido de la muestra los casos de Corporación Transmer E.I.R.L. y Materiales D’Casa S.A.C. porque, a pesar de que podría tratarse de casos de castigos contra ferreterías que comercializaban “Quisqueya”, se produjeron antes de la implementación de la conducta verticalmente coordinada entre las empresas investigadas, por lo que no formarían parte de ella sino que podrían ser considerados como antecedentes.

Cuadro 1

Aplicación de la política investigada (muestra de ferreterías de documentos entregados en las visitas inspectivas)

Nº	Ferretería	Distrito	Distribuidor	Aplicación	Modalidad
1	DISTRIBUIDORA VICKY EVA S.A.C.	Puente Piedra	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
2	ROCHA QUISPE, AUGUSTO	Bellavista	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
3	FERRETERA C & C ANDINA S.A.C.	Lince	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
4	COM.FERRETERA SANTA CATALINA E.I.R.L.	Puente Piedra	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
5	REPRESENTACIONES LICENCIADOS S.A.C.	Ventanilla	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
6	CURO HUAYHUA, EDELMIRA	Los Olivos	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
7	DISTRIBUIDORA JORGE RAMOS S.A.C.	Ica	Macisa	Amenaza	Negativa de venta

8	LAKASSA S.R.L.	San Juan de Lurigancho	La Viga	Castigo	Negativa de venta
9	REPRESENTACIONES DIMZA S.R.L.	San Juan de Lurigancho	La Viga	Castigo	Negativa de venta
10	DEPOSITO ALEJOS E.I.R.L.	San Martin de Porres	La Viga	Castigo	Negativa de venta
11	RAMOS CORTEZ, JORGE ALBERTO	Parcona	Macisa	Castigo	Negativa de venta
12	FERNALEX S.R.L.	Lurigancho	Macisa	Castigo	Negativa de venta
13	DEPOSITO Y FERRETERIA NICHAR S.A.C.	Villa María del Triunfo	A. Berio	Castigo	Negativa de venta
14	INVERSIONES RAPID SERVICE S.A.C.	Los Olivos	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
15	PAKASSA S.R.L.	San Juan de Lurigancho	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
16	FERRETERÍA MILAGRITOS - VICENTE DE CHUQUIPUMA, HUBER	Imperial	La Viga	Amenaza	Negativa de venta

17	ROMERO CHURANO, MAGNOLIO PASION	Marcará	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
18	COMERCIALIZADORA Y NEGOCIAC.DEL SUR S.A.C.	Ica	Macisa	Amenaza	Negativa de venta
19	TRANSPORTES FORTALEZA S.R.L.	Pisco	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
20	A Y G S.R.L.	Pisco	La Viga	Castigo	Negativa de venta
21	A Y G REPRESENTACIONES E.I.R.L.	Ica	La Viga	Castigo	Negativa de venta
22	CORPORACION MISAEL S.A.C.	Comas	La Viga	Castigo	Retiro de beneficios
23	NAJARRO AMAO, SOLEDAD	Callao	La Viga	Castigo	Retiro de beneficios
24	INVERSIONES HYPOLITA S.A.C.	La Molina	Macisa	Castigo	Negativa de venta
25	ABARCA CAYCHO, FELIPE	Lurin	A. Berio	Castigo	Negativa de venta

26	DISTRIBUIDORA DE MAT. DE CONST. PEREZ S.R.L.	Villa el Salvador	A. Berio	Castigo	Negativa de venta
27	FILLERIA HUAMANI, ARTURO GREGORIO	Los Olivos	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
28	INVERSIONES R.B.C S.A.C.	Los Olivos	La Viga	Amenaza	Negativa de venta
29	DISTRIBUIDORA SANTA PATRICIA S.R.L.	Santiago de Surco	A. Berio	Amenaza	Negativa de venta
30	MATERIALES DE CONSTRUCCION EL MILENIUM E.I.R.L.	Puente Piedra	La Viga	Castigo	Negativa de venta
31	MALVA S.A.	Callao	La Viga	Castigo	Negativa de venta
32	GG & PP S.A.C	Puente Piedra	La Viga	Castigo	Negativa de venta
33	DISTRIBUIDORA DE MATERIALES DE CONSTRUCCION L & M S.R	San Juan de Lurigancho	La Viga	Castigo	Negativa de venta
34	NAJARRO ORTEGA, ALEJANDRO	San Miguel	La Viga	Castigo	Negativa de venta

35	FERRETERIA SAN HILARION E.I.R.L	Ate Vitarte	Macisa	Castigo	Negativa de venta
36	VILCA SIVIRICHI, LIBIA ANTONIA	Villa el Salvador	A. Berio	Castigo	Negativa de venta
37	VENTAS Y SERVICIOS JUAN JOSE E.I.R.L.	Ica	A. Berio	Castigo	Negativa de venta
38	CODIMAX S.R.L.	San Juan de Lurigancho	La Viga	Castigo	Negativa de venta
39	DISTRIBUIDORA FERRETERA DIEGO S.R.L.	San Juan de Lurigancho	La Viga	Castigo	Negativa de venta
40	PRHOKASSA HOME S.A.C.	San Juan de Lurigancho	La Viga	Castigo	Negativa de venta
41	COMERCIAL S.V.CHAVIN E.I.R.L.	Comas	La Viga	Castigo	Retiro de beneficios
42	INVERSIONES Y REPRESENTACIONES MIGUELITO S.A.C.	Carabayllo	La Viga	Castigo	Retiro de beneficios
43	GUEVARA MONTEAGUDO, ENRIQUE FRANKLIN	Bellavista	La Viga	Castigo	Retiro de beneficios

44	DISTRIBUIDORA DEMAJA E.I.R.L	Comas	La Viga	Castigo	Retiro de beneficios
45	FERRETERIA HANAN SOCIEDAD ANONIMA	Magdalena del Mar	La Viga	Indeterminado	Retiro de beneficios
46	FERREPUEBLO S.R.L.	San Miguel	La Viga	Indeterminado	Retiro de beneficios
47	MORALES MENDEZ, JULIO JORGE	San Martin de Porres	La Viga	Indeterminado	Retiro de beneficios
48	ALEJOS VALENCIA, MARCO ANTONIO	San Martin de Porres	La Viga	Indeterminado	Retiro de beneficios

Fuente: Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa.

Elaboración: Secretaría Técnica

186. Como se puede apreciar, los resultados obtenidos del análisis de la muestra, a través de la contrastación de los documentos electrónicos entregados durante las visitas inspectivas y la información de ventas y otorgamiento de beneficios de las empresas investigadas, permite concluir que la política investigada se aplicó a un porcentaje de 91,7%, medido en número de clientes. El porcentaje restante, es decir, 8,3%, corresponde a casos en los que la aplicación no ha podido ser demostrada.

187. Asimismo, se observa que, del total de casos de aplicación de la política, el 86,4% corresponde a casos de aplicación de la política investigada a través de negativas de venta, mientras que el 13,6% corresponde a casos de aplicación de la política investigada a través de

retiro de beneficios (en particular, del beneficio de bono por cumplimiento de metas).

188. Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar que la evidencia de la aplicación de la política investigada sobre determinadas ferreterías, dentro de la muestra sobre la que se entregó información durante las visitas inspectivas, no restringe el universo de ferreterías sobre las que se aplicó la política sino que permite presumir una aplicación y generación de efectos exclusorios más amplia, fuera de la mencionada muestra.
189. En efecto, la muestra de ferreterías analizada proviene de la información que, a la fecha de realización de las visitas inspectivas, esto es, el 7 de enero de 2009, se encontraba almacenada en las computadoras de los funcionarios seleccionados por la Secretaría Técnica durante dicha diligencia, en las oficinas de Unacem y La Viga. Sin embargo, es posible afirmar que información adicional sobre la aplicación de la política investigada en casos referidos a otras ferreterías podría haber sido eliminada como parte del desempeño diario de labores de los funcionarios en mención o simplemente podría no haber sido registrada en documentos similares.
190. Por otro lado, cabe destacar que, además de los efectos derivados de la aplicación de la política investigada dentro y fuera de la muestra analizada, es posible identificar un “efecto multiplicador” de dicha política. En efecto, su aplicación sobre determinadas ferreterías, a través de amenazas o castigos por comercializar cemento “Quisqueya”, podría haber disciplinado el comportamiento no solo de estas ferreterías sino también el de otras que, al tomar conocimiento de la aplicación de esta política, podrían haberse visto disuadidas de comprar el producto del nuevo competidor.
191. Este “efecto multiplicador” consiste en la aplicación de la política sobre algunas ferreterías como una señal para el resto que, incluso sin haber sido amenazadas o castigadas o sin siquiera haber iniciado relaciones comerciales con Cemex o algún distribuidor de cemento “Quisqueya”, podrían haber alineado su comportamiento, absteniéndose de

comercializar dicho producto para evitar los perjuicios económicos derivados de la imposibilidad de contar con los productos de Unacem, el agente dominante. De esta manera, la política cumpliría también el rol de disuadir a las ferreterías de comercializar cemento "Quisqueya".

192. Por lo tanto, considerando la importancia del producto sobre el cual se aplicaban las amenazas o castigos a través de negativas de venta; la evidencia de la aplicación de dicha conducta sobre la muestra de ferreterías analizada; la posible existencia de casos de aplicación de la política anticompetitiva fuera de la muestra analizada; y la existencia de un "efecto multiplicador", es posible concluir que la aplicación de la política investigada a través de negativas de venta tuvo la capacidad de disuadir a las ferreterías de adquirir y comercializar cemento "Quisqueya".
193. Por otro lado, considerando que la aplicación de la política a través del retiro de beneficios no representaba un efecto tan nocivo para las ferreterías como la negativa de venta de un producto principal como el cemento "Sol"; así como su menor incidencia, de acuerdo a la evidencia de aplicación de la política investigada proveniente de la muestra analizada, no es posible concluir que la aplicación de la política investigada a través del retiro de beneficios tuvo la capacidad de disuadir a las ferreterías de adquirir y comercializar cemento "Quisqueya".
194. Al respecto, Cemex ha señalado en sus Alegaciones que tanto la negativa de trato como el retiro de beneficios son dos caras de una misma moneda y forman parte de una sola política de castigo con un único objetivo: perjudicar las relaciones contractuales, actuales o potenciales, entre Cemex y las ferreterías.
195. Si bien ambos aspectos, la negativa de venta y el retiro de beneficios, son dos componentes de la misma política, esta Comisión considera que no se ha demostrado la idoneidad del retiro de beneficios para afectar a la competencia.
196. Cabe resaltar que la política de retiro de beneficios no implicaba que las ferreterías no pudieran adquirir cementos de Unacem, sino que, en

caso quisieran adquirir y comercializar cemento "Quisqueya", podían hacerlo pero sin los beneficios de descuentos, flete, crédito o bono por cumplimiento de meta de venta. De esta manera, con la aplicación del retiro de beneficios, aún privadas de tales beneficios, las ferreterías podían adquirir y comercializar los productos de Unacem y Cemex; mientras que, con la aplicación de la negativa de venta, las ferreterías adquirirían y comercializaban el producto de una sola empresa.

197. Por lo tanto, la política de retiro de beneficios no necesariamente provocaba el mismo efecto que la política de negativa de venta, debido a que, en el primer escenario, las ferreterías todavía podían adquirir y comercializar, simultáneamente, los productos de Unacem y Cemex.
198. En efecto, el costo del retiro de beneficios por parte de Unacem y sus tres distribuidores podía ser compensado con las ganancias de la comercialización de cemento "Quisqueya". Así, la aplicación de la política de retiro de beneficios contra las ferreterías que quisieran comercializar cemento "Quisqueya" no lograría el efecto disuasivo deseado.
199. Adicionalmente, si bien existía la política de otorgamiento de beneficios de descuentos, fletes, crédito y otorgamiento de bono por cumplimiento de metas de Unacem y sus tres distribuidores, cabe recordar que dichos beneficios no se otorgaban efectivamente a todas las ferreterías, sino a aquellas que cumplían con los requisitos correspondientes.
200. Por ejemplo, el beneficio de descuento solo era otorgado a ciertas ferreterías, debido a que este beneficio se ofrecía por las ventas de cemento en una fecha específica y solo se podía atender hasta cierto número de ferreterías. Asimismo, el beneficio de flete era otorgado a las ferreterías que recogían en planta o depósito, es decir, solo a las ferreterías que contaban con medios de transporte. Igualmente, el beneficio de bono por cumplimiento de meta de venta era otorgado a ciertas ferreterías, aquellas a las que se les había establecido una meta y la cumplían.
201. Por lo tanto, no es posible concluir que la aplicación de la política investigada a través del retiro de beneficios tuvo la capacidad de

disuadir a las ferreterías de adquirir y comercializar cemento "Quisqueya".

202. Adicionalmente, un aspecto que resulta útil para evaluar la capacidad de la política investigada para afectar la competencia es que la red de distribución del mercado relevante está constituida por ferreterías que trabajan tradicionalmente con los productos de Unacem y, en particular, con cemento "Sol"¹²⁰. Ello supone que cualquier nuevo entrante en el mercado relevante necesitaría comercializar sus productos a través de parte de la red de ferreterías que trabaja con los productos de Unacem. En tal sentido, la implementación de negativas de venta contra las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya", por parte de Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, constituía un mecanismo con capacidad de tener efectos sobre Cemex, puesto que los potenciales clientes de ésta eran a la vez clientes de Unacem y, en consecuencia, habrían estado influenciados por las amenazas o castigos realizados por las investigadas.

203. En tal sentido, considerando que la política investigada fue implementada por el agente dominante en el mercado relevante, la red de distribución de cementos en dicho mercado estaba constituida precisamente por las ferreterías que comercializaban sus cementos, con lo cual, las empresas investigadas tenían el control necesario para, a

¹²⁰ Unacem ha señalado lo siguiente:

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

Unacem. Documento de Información Anual 2010, pág. 11. Ver:

<http://www.bvl.com.pe/hhii/B30121/20110310123401/MEMORIA32ANUAL322010.PDF>

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

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

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

través de sus amenazas y castigos, influir en el comportamiento de las ferreterías que Cemex podría haber utilizado para comercializar cemento "Quisqueya".

204. Asimismo, determinados documentos electrónicos entregados durante la visita inspectiva realizada en el local de Unacem, demuestran que la aplicación de la política investigada era sobre todo el mercado relevante. Así, por ejemplo, los reportes preparados por los supervisores de ventas de Unacem, personal encargado de la coordinación de las zonas de distribución de La Viga, A. Berio y Macisa, dan cuenta de una aplicación generalizada de la política dirigida a todas aquellas ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya" en el mercado relevante.
205. En efecto, el documento denominado "Informe de la Zona Norte Setiembre 2007"¹²¹ señala lo siguiente: "Nuestros clientes reclaman poder comercializar libremente todas las marcas de cemento y que sea el mercado el que decida la preferencia". Asimismo, el documento denominado "Informe de la Zona Norte Enero 2008"¹²² señala lo siguiente: "La medida de suspender totalmente la venta de nuestros productos a las ferreterías que comercializan quisqueya ha causado gran malestar en los clientes ya que manifiestan que el mercado es libre y ellos pueden vender en sus locales lo que ellos crean conveniente (...)". En similar sentido, el documento denominado "Informe de la Zona Este Febrero 2008"¹²³ señala lo siguiente: "La tendencia del mercado actualmente es la de querer comercializar libremente diferente marcas de Cemento (Sol Andino y Quisqueya). De la misma forma los comerciantes demuestran su malestar sobre las sanciones y suspensiones a los que no comercializan exclusivamente nuestro cemento".
206. Como se puede apreciar, las referencias realizadas en los informes de supervisión de la aplicación de la política investigada indican que ésta

¹²¹ Documento citado en el numeral 14 del Anexo de la Resolución Admisoria.

¹²² Documento citado en el considerando 108 de la Resolución Admisoria.

¹²³ Documento citado en el considerando 125 de la Resolución Admisoria.

tuvo un alcance generalizado sobre todos aquellos clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”.

207. En similar sentido, como se puede apreciar en el análisis de los casos de las ferreterías mencionadas como sujetos de aplicación de la política investigada en los documentos electrónicos entregados por Unacem y La Viga durante las visitas inspectivas (ver Cuadro 1), las referidas ferreterías se ubican en diversos distritos de las Regiones de Lima, Callao, Ica y Ancash, circunstancia que confirma el alcance generalizado de la política en el mercado relevante.
208. Evaluando el principal ámbito geográfico de comercialización de cemento en el mercado relevante, constituido por Lima y Callao, donde La Viga, A. Berio y Macisa realizan el 78,6% de sus ventas al canal ferretero, se puede apreciar que el 91,3% de esas ventas se concentran en veintidós (22) distritos. Al respecto, en la muestra de ferreterías analizada se tiene, por lo menos, un caso de aplicación de la política en dieciséis (16) de esos veintidós (22) distritos de Lima y Callao (72,7%).
209. En el mapa a continuación se resaltan los distritos de Lima y Callao en los que, a partir de la muestra de ferreterías analizada, se aprecian casos de aplicación de la política investigada.

Gráfico 2

Mapa de Lima y Callao



■ Distrito donde se identificó la aplicación de la política de Cementos Lima, La Viga, A. Berio y Macisa.

Fuente: La Viga, A. Berio y Macisa.

Elaboración: Secretaría Técnica.

210. Por otro lado, Cemex señaló que, desde el inicio de sus operaciones, ha atendido despachos de cemento principalmente en Lima Metropolitana, es decir, en las provincias de Lima y Callao; así como también en las localidades cercanas como Cañete, Chincha e Ica¹²⁴. De acuerdo a la evidencia analizada anteriormente, dicho ámbito geográfico estuvo incluido en el ámbito de aplicación de la política investigada.

211. Por lo tanto, teniendo en cuenta la influencia de las investigadas sobre la red de distribución de cementos en el mercado relevante; y que se trató de una política potencialmente aplicable a cualquier ferretería que estableciese relaciones comerciales con Cemex o un distribuidor de cemento "Quisqueya", esta Comisión considera que la política investigada, a través de amenazas o castigos mediante negativas de venta, tuvo efectos exclusorios reales y potenciales y, en consecuencia, afectó la capacidad de competir de Cemex.

212. Finalmente, cabe destacar que la "Propuesta de Marketing" entregada durante la visita inspectiva a Unacem, señala textualmente la existencia de efectos sobre la capacidad de competir de Cemex:

"Durante mediados del año 2007 la compañía decidió implementar

¹²⁴ Escrito de Cemex del 25 de noviembre (respuesta a la pregunta 1) y 9 de diciembre de 2011 (respuesta a las preguntas 4 y 5).

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

Muchos clientes fueron sancionados, a unos se les dejó de atender y se generó mucho resentimiento en ellos. (...).

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

213. Como se puede apreciar, la propia Unacem reconoció la generación de efectos exclusorios sobre Cemex, que limitaron el crecimiento de las ventas de cemento “Quisqueya” y afectaron su presencia y visibilidad para los consumidores.
214. Al respecto, cabe resaltar que la generación de efectos exclusorios respecto de Cemex tuvo un impacto también en los consumidores puesto que esta empresa representaba un competidor de Unacem con menores precios y un producto alternativo a los que tradicionalmente se comercializaban en el mercado relevante.
215. Por último, si bien es posible identificar la generación de efectos exclusorios como resultado de la aplicación de la política verticalmente coordinada entre Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, de acuerdo a la evidencia identificada, esta Comisión considera que dichos efectos son atribuibles a la aplicación de la política a través de la negativa de venta y no a través del retiro de beneficios.
216. En sus Alegaciones, las empresas y las personas naturales investigadas señalaron que la generación de incentivos suficientes, a través de las negativas de venta, para disuadir a las ferreterías de comercializar el cemento “Quisqueya”; así como la identificación de un “efecto multiplicador”, son suposiciones o presunciones y no hechos probados. En ese sentido, alegaron que no debía sancionarse simplemente en

base a algunos correos electrónicos y la suscripción de la "Propuesta de Marketing" en julio de 2008, debiendo analizarse lo que efectivamente ocurrió en el mercado.

Al respecto, esta Comisión ha señalado que, considerando la importancia del producto sobre el cual se ejecutaron las amenazas y castigos, a través de negativas de venta, es posible deducir que la conducta tuvo la capacidad de disuadir la compra de cemento "Quisqueya" por parte de las ferreterías.

En efecto, como ha sido reconocido por la propia Unacem, el cemento "Sol" es el producto de mayor demanda en el mercado¹²⁵. Considerando su importancia relativa en los volúmenes de cemento producidos por Unacem y la cuota de mercado de ésta, para el periodo 2007 – 2008, se tiene que el cemento "Sol" representó el 54,1% de las ventas de cemento en el mercado relevante.

Asimismo, el cemento "Sol" es el principal producto del agente dominante en el mercado relevante, siendo que el grupo económico al cual pertenece Unacem (Grupo Rizo-Patrón) representó una cuota de mercado de 92,3% para el periodo 2007 – 2008.

El reconocimiento¹²⁶ de la marca "Sol" y las preferencias de los consumidores por este producto¹²⁷ lo hacen un producto de alta

¹²⁵ Al respecto, Unacem ha señalado lo siguiente:

"El cemento Tipo I se comercializa bajo la marca "Cemento Sol"; es el que mayor demanda tiene en el mercado, y que representa el 92% de la producción de cemento de la Empresa".

¹²⁶ Reporte de Sostenibilidad de 2007 de Unacem, pág. 15. Unacem ha señalado lo siguiente:

"En el caso del cemento embolsado, el portafolio de marcas de la empresa es: Cemento Sol (Cemento Portland Tipo I), que es la marca más reconocida por el mercado (7 de cada 10 maestros de obra de Lima lo utilizan según estudio realizado por Ipsos Apoyo Opinión Y Mercado)".

Reporte de Sostenibilidad de 2011 de Unacem, pág. 8.

¹²⁷ El Banco Scotiabank ha señalado lo siguiente:

"Gustos y preferencias de empresas y familias. Aunque el uso de otros materiales de construcción se hace paulatinamente extensivo en el mercado peruano, el cemento aún

importancia para las ferreterías que buscan comercializar productos atractivos y demandados por los consumidores.

Contar con un producto de estas características permite a las ferreterías comercializar otros productos (materiales de construcción) que son demandados conjuntamente por los consumidores¹²⁸. Este aspecto representa un incentivo adicional para que las ferreterías del mercado relevante estén interesadas en contar con el cemento "Sol" en la cartera de productos que ofrecen a sus clientes. En este caso, el cemento "Sol" funciona como un "gancho" para atraer el consumo de

predomina en la mayoría de proyectos de infraestructura".

Banco Scotiabank . Reporte sectorial de La industria de cemento en el Perú. Febrero, 2005. Pág. 7. Ver:

http://www.scotiabank.com.pe/i_financiera/pdf/sectorial/20050217_sec_es_cemento.pdf

El Centro de Negocios (CENTRUM) de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) ha señalado lo siguiente:

"Por su parte, la costumbre del mercado local de utilizar predominantemente el cemento en las edificaciones permite consolidar el posicionamiento de las cementeras".

CENTRUM . Reporte Financieros Bunkenroad Latinoamérica (Perú). Sector Cementero del Perú. Mayo, 2010. Pág.25.Ver:

[http://www.latinburkenroad.com/docs/BRLA%20Peruvian%20Cement%20Industry%20\(201002%20Spanish\).pdf](http://www.latinburkenroad.com/docs/BRLA%20Peruvian%20Cement%20Industry%20(201002%20Spanish).pdf)

128

En una investigación anterior sobre el mercado de cementos, respecto de determinada conducta de Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (en adelante, DINO), distribuidora mayorista de cementos y otros materiales de construcción en las regiones del norte del Perú, esta Comisión señaló lo siguiente:

"La exigencia para los afiliados de proveerse conjuntamente de DINO S.R.L. de otros materiales de construcción además del cemento, guarda directa relación con el objeto del contrato de afiliación referido a la comercialización de materiales de construcción que son demandados por los consumidores finales también de manera conjunta (cementos, concreto, adoquín, ladrillo, fierro corrugado, alambre, alambón, clavos, tuberías, alambres eléctricos y calaminas entre los más importantes)".

Resolución 6-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003. Pág. 31

En la misma investigación el gerente general de DINO afirmó lo siguiente:

" (...) nosotros estimamos más o menos dada la importancia del cemento, su rotación, su valor, respecto de otras líneas y su participación en la obra, que más o menos deberíamos hablar de un 25%, un poquito más, 30%, de lo que puede significar la venta de otras líneas respecto del total de ventas, un depósito típico por decir (...)"

Informe 006-2003-INDECOPI/CLC del 7 de mayo de 2003. Págs. 66-67.

otros materiales de construcción.

En tal sentido, considerando la importancia, para las ferreterías, del producto (cemento "Sol") sobre el cual se aplicaron las amenazas o castigos mediante negativas de venta, esta Comisión considera que Unacem y sus distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, lograron generar los incentivos suficientes para que las ferreterías se abstuvieran de comercializar el cemento "Quisqueya".

Adicionalmente, para identificar la existencia de incentivos suficientes para no comercializar cemento "Quisqueya", también es importante recordar que este producto era de un nuevo competidor que, al enfrentar la política identificada, se encontraba en sus primeros meses de operación en el país y que hizo su ingreso a este mercado con una marca desconocida para los consumidores locales¹²⁹. Así, las ferreterías puestas a elegir entre mantener la comercialización del producto de mayor preferencia y reconocimiento en el mercado (cemento "Sol") y el producto del nuevo competidor (cemento "Quisqueya"), optarían, en su mayoría, por mantener sus vínculos comerciales con los distribuidores de Unacem.

Por otro lado, en relación al "efecto multiplicador", esta Comisión considera que es posible deducir su existencia del análisis de la evidencia de la aplicación de la política identificada mediante negativas de venta, puesto que dicha aplicación ponía en el mercado información acerca de la ejecución de la política investigada y, por ende, de las consecuencias que traería para cualquier ferretería que comercializara cemento "Quisqueya".

Un ejemplo de la transmisión de dicha información a las ferreterías del mercado relevante es el caso de la señora Mirtha Atencio Herrera,

129

En el correo remitido por el Supervisor de Trade Marketing de Unacem al Ejecutivo de Ventas y, en copia, al Supervisor de Ventas 2 de Unacem, el 28 de febrero de 2008, se señala lo siguiente:

*"Está consciente que el vender quisqueya, perdería todos los beneficios al comercializar nuestro producto, y que al trabajar con la competencia estaría en la misma situación de ser un agente vendedor, pero **con la desventaja de tener un producto nuevo, poco conocido**". [Énfasis agregado]*

quien remitió una carta notarial a Macisa¹³⁰ en la que señala lo siguiente:

"Señores Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. – MACISA Por la presente quiero manifestarles mi enorme molestia porque recientemente han tomado decisiones incomprensibles contra mi persona que afectan directamente a mi negocio.

Su empresa me abastecía con cemento Sol de Cemento Lima. Luego que empecé a ofrecer también cemento Quisqueya a mis clientes, su empresa me ha impedido la entrada de mis camiones en su local para recoger cemento Sol. Es más, ningún otro negocio quiere venderme cemento Sol, porque todos me informan que su empresa se los ha prohibido.

*Por si fuera poco, además de no venderme Cemento Sol, **están acudiendo a los depósitos pequeños y a las obras poniéndome como ejemplo y diciendo que lo mismo que me está pasando a mí les pasará a todos los que compren y ofrezcan cemento Quisqueya. (...).**" [Énfasis agregado]*

Como se puede apreciar, el conocimiento de la aplicación de la política podía llegar a cualquier ferretería que comercializara o estuviese interesada en comercializar cemento "Quisqueya" en el mercado relevante.

217. Por otro lado, las investigadas señalaron en sus descargos y Alegaciones que no existió exclusión de Cemex, puesto que ésta mantuvo importaciones de cemento, entre julio de 2007 y julio de 2008, que superaron sus proyecciones de importación y ventas; e incrementó su cuota de mercado¹³¹. Adicionalmente, alegaron que no habían obtenido beneficios anticompetitivos.

Al respecto, cabe indicar que el efecto restrictivo de una conducta no

¹³⁰

Documento citado en el considerando 118 de la Resolución Admisoria.

¹³¹

De acuerdo a las empresas investigadas, la cuota de Cemex en el mercado nacional ha sido 1,4%, 3,2%, 4,3% y 3,9% en los años 2009, 2010, 2011 y 2012 (no concluido), respectivamente.

sólo consiste en impedir el ingreso de un competidor o excluirlo del mercado, sino que también puede consistir en restringir la posibilidad del competidor de incrementar su participación en el mercado al nivel que hubiera tenido si no se hubiera ejecutado la conducta anticompetitiva en su contra.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que, si bien Cemex realizó importaciones de cemento durante el periodo indicado, esta Comisión ha confirmado que el nivel de dichas importaciones sí fue inferior al que dicha empresa había proyectado¹³². En ese sentido, las conductas investigadas sí limitaron el crecimiento de las ventas de cemento "Quisqueya", afectando su entrada y la disponibilidad de sus productos para los consumidores.

Asimismo, dichas conductas sí generaron beneficios anticompetitivos para Unacem y sus distribuidores. Ello, considerando que, mediante la negativa de venta a las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya", se limitó el incremento de la participación de Cemex en el mercado; evitándose de este modo la reducción de la participación de mercado de Unacem y, por ende, la de sus distribuidores.

218. Por otro lado, las empresas y personas naturales investigadas señalaron en sus Alegaciones que la política investigada no produjo efectos negativos apreciables sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o la calidad de los bienes o servicios.

Sobre el particular, en el documento electrónico denominado "Informe de la Zona Norte Setiembre 2007", elaborado por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem¹³³, se señala lo siguiente:

"Los precios de venta de nuestros productos en el mercado continúan disminuyendo debido a la presencia de la competencia [Quisqueya]".

Del mismo modo, en el documento electrónico denominado "Informe

¹³² Al respecto, ver los escritos presentados por Cemex el 26 de octubre de 2010, el 15 de noviembre de 2011 y el 9 de diciembre de 2011.

¹³³ Documento citado en el numeral 14 del Anexo de la Resolución Admisoria.

de Zona Este Febrero 2008”, que se encontraba adjunto a un correo remitido por el Supervisor de Ventas 2 de Unacem¹³⁴, se señala lo siguiente:

"La Competencia (Quisqueya) ha efectuado un sensible descenso en su precio de venta en la Zona Este".

En el escrito de Unacem del 28 de agosto de 2007, presentado ante la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Indecopi, se señala lo siguiente¹³⁵:

"Las importaciones de cemento dominicano a precios dumping afectarán los precios de venta de cemento en el Perú

(...)

*Efectivamente, mientras que el cemento producido por **nuestra empresa se vende a un precio ex – fábrica de S/. 16.124 la bolsa de 42,5 kg, el producto elaborado por Cemex Dominicana con la marca Quisqueya, (...) se vende a un precio S/. 15.60 por bolsa de 42.5 kg.***

Si Cementos Lima S.A. tuviera que bajar su precio ex – fábrica a S/. 15.60 por bolsa de 42.5 kg, tendría un menor ingreso anual de S/. 21 `845,000 a cifras del 2006 (...)". [Énfasis agregado]

Por lo tanto, en el presente caso, la aplicación de la política de negativa de venta sí generó efectos anticompetitivos que eliminaron la posibilidad de que, para determinados clientes o zonas geográficas, estuvieran disponibles productos alternativos a menores precios.

En efecto, esta Comisión ha verificado que la política de negativa de venta generó un efecto exclusorio sobre Cemex, traducido en una limitación del crecimiento de las ventas de cemento "Quisqueya" y una afectación de la presencia de dicha marca en el mercado y su disponibilidad para los consumidores.

¹³⁴ Documento citado en el considerando 125 de la Resolución Admisoria.

¹³⁵ Ver foja 116.

219. Adicionalmente, las empresas investigadas señalaron en sus descargos y Alegaciones que la presunta negativa de venta no afectó a los consumidores finales, debido a que, desde julio de 2007 hasta julio de 2008, el consumo de cemento no se redujo, habiéndose incluso incrementado sin que ello haya generado un aumento de los precios para los consumidores; y, que si una ferretería no tenía cemento “Sol” por haber sido castigada por adquirir cemento “Quisqueya”, los consumidores finales podían comprarlo en otra ferretería en el mismo distrito.

Sobre el particular, en el presente caso, la generación de efectos exclusorios respecto de Cemex también tuvo un impacto nocivo para los consumidores, quienes se vieron privados de encontrar en determinados establecimientos un producto alternativo a los de Unacem, ofrecido incluso a un menor precio, afectándose así sus posibilidades de elección¹³⁶.

De otro lado, si bien estas conductas no generaron que los consumidores no pudieran adquirir cemento “Sol”, sí limitaron la posibilidad de que adquirieran cemento “Quisqueya” y, en consecuencia, obstaculizaron el ingreso de Cemex al mercado, afectando el posicionamiento de su marca.

220. Asimismo, las empresas investigadas han señalado en sus descargos y Alegaciones que el porcentaje de ferreterías afectadas con la negativa

¹³⁶ Por ejemplo, en el correo electrónico remitido por el Supervisor de Ventas 1 de Unacem al Gerente Administrativo de Unacem; y, en copia, al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem; al Ejecutivo de Ventas de Unacem; y, a los Supervisores de Ventas 2 y 3 de Unacem, del 28 de agosto de 2007, se señala lo siguiente:

"Se ha coordinado con Lalo Mercado quien ha conversado con Rubén Zavaleta de Dimza y le ha manifestado que va a seguir con nosotros, no vender Quisqueya". [Énfasis agregado]

En el correo electrónico remitido por la señora Mirtha Atencio Herrera al Supervisor de Ventas 2 de Unacem, del 25 de octubre de 2007, se señala lo siguiente:

*"Le escribo tal como me indicó por teléfono la semana pasada para que Cementos Lima reconsidere levantar el castigo de ya no venderme cemento Sol que me ha puesto por vender cemento Quisqueya. Como le dije, **estoy dispuesta a vender solamente cemento Sol**. Por favor tenga en cuenta que soy una mujer trabajadora y sigo perdiendo mucho dinero por el castigo que me han puesto injustamente."* [Énfasis agregado]

de venta fue mínimo en relación con el número de ferreterías que operaban en el mercado relevante, y que la mayoría de ellas contaron con abastecimiento de cemento "Sol" o "Atlas" a través de alguno de los distribuidores de Unacem o, de manera indirecta, a través de otras ferreterías.

Al respecto, se ha acreditado que la política investigada, en relación a las negativas de venta, tuvo la capacidad para producir efectos contra las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya", no solo a través de castigos sino también de amenazas. En efecto, de la muestra evaluada se ha verificado que dicha conducta se aplicaba en el mercado y tenía la capacidad de generar un efecto exclusorio contra Cemex.

Además de los efectos derivados de la negativa sobre aquellas ferreterías a las que se aplicó efectivamente dicha negativa, cabe recordar que, en virtud a su "efecto multiplicador", la imposición de amenazas o castigos a determinadas ferreterías por comercializar cemento "Quisqueya", pudo haber disciplinado el comportamiento de otras que, aun sin haber sido castigadas o amenazadas o sin siquiera haber adquirido cemento "Quisqueya", pudieron haber alineado su comportamiento para evitar que Unacem o sus distribuidores les negaran la venta de sus productos.

De otro lado, en relación con el argumento de que las conductas investigadas no habrían generado una grave afectación a las ferreterías debido a que la mayoría de ellas pudo abastecerse indirectamente a través de otras ferreterías, cabe señalar que, sin perjuicio de que esa alternativa pudo resultar más onerosa para las ferreterías en términos de precios y acceso a beneficios, la finalidad de las normas de libre competencia es proteger el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y, en ese sentido, corresponde analizar los efectos reales o potenciales que la conducta de las empresas investigadas tuvo sobre sus competidores, en el presente caso, sobre Cemex.

221. Por otro lado, cabe señalar que el Informe denominado "Análisis del Probable Daño de las Presuntas Prácticas Anticompetitivas de la Resolución 004-2010/ST-CLC-INDECOPI", elaborado por Apoyo

Consultoría S.A.C.,¹³⁷ concluyó que el daño causado por las empresas investigadas habría sido poco significativo, principalmente por tres (3) razones: i) Cemex importó volúmenes bastante reducidos de cemento respecto del mercado relevante, ii) Cemex pudo fácilmente comercializar su producto en segmentos complementarios al sub-canal tradicional ferretero (por ejemplo, concreteras), y iii) la conducta no pudo aplicarse de manera sistemática con todas las ferreterías con las que se relacionaba cada distribuidora, dado el elevado número de estas ferreterías.

Al respecto, si bien los volúmenes importados por Cemex fueron reducidos respecto del mercado relevante, estos representaban una fuente de competencia para Unacem, en la medida en que se trataba del ingreso al mercado de un nuevo competidor con un producto con menores precios. En lo que se refiere al canal tradicional ferretero a través del cual Cemex intentó ingresar al mercado, como lo menciona el referido informe, se trata del canal más importante a través del cual se comercializa el cemento. Finalmente, respecto a la dificultad de monitoreo de la conducta, cabe señalar que, si bien existe un elevado número de ferreterías en el mercado, era suficiente que existiera un grupo de ferreterías afectadas con la aplicación de la conducta, para que las demás ferreterías la conocieran y se vieran disuadidas de comercializar cemento "Quisqueya". Asimismo, de los documentos electrónicos entregados durante las visitas inspectivas se desprende que las supervisiones de la conducta por parte de Unacem, La Viga, A.Berio y Macisa se realizaban por zonas. En ese sentido, las empresas investigadas sí podían conocer cuál era la incidencia de la conducta en el mercado.

Asimismo, el referido informe señaló que los efectos sobre el bienestar de los consumidores habrían sido menores. Para ello, consideró la variación en el excedente del consumidor como una aproximación de la pérdida de bienestar de los demandantes de cemento producto de un mayor precio y una menor cantidad ofrecida. En tal sentido, considerando una mínima variación en el precio, el modelo presentado en el referido informe señaló que "los efectos sobre el bienestar de los

¹³⁷ El referido informe fue presentado por Unacem en su escrito del 2 de diciembre de 2011.

consumidores habrían sido pequeños”.

Sobre el particular, cabe resaltar que Unacem ya contaba con una alta participación en el mercado, por lo que es posible afirmar que lo que buscaba la conducta investigada no era incrementar los precios de sus productos sino conservar su alta participación en el mercado, afectando la capacidad de competir de un nuevo competidor, en este caso Cemex, que ofrecía un nuevo producto a menores precios.

De esta manera, si bien en algunos casos la afectación a los consumidores podría verificarse a través de un incremento de los precios, también es posible que se desarrollen conductas anticompetitivas cuyos efectos consistan en mantener los precios prevalecientes en el mercado o eliminar la posibilidad de que, para determinados clientes o zonas geográficas, estén disponibles productos alternativos a menores precios.

En efecto, en el presente caso, como se ha señalado, la generación de efectos exclusorios respecto de Cemex también tuvo un impacto nocivo para los consumidores, quienes se vieron privados de encontrar en determinados establecimientos un producto alternativo a los de Unacem, ofrecido incluso a un menor precio, afectándose así sus posibilidades de elección.

222. De similar forma, el Informe PWC determinó dos ratios para la medición de la posible afectación por una presunta negativa de venta: “Ratio de afectación a las ferreterías involucradas en el proceso por distribuidor” (en adelante, R1) y “Ratio de bolsas que posiblemente dejaron de ser comercializadas” (en adelante, R2).

El R1 se obtuvo de la división entre el “número de ferreterías que no está determinada la razón de desabastecimiento en los tres distribuidores” y el “número promedio mensual de ferreterías atendidas por los tres distribuidores”, y el R2 se obtuvo de la división entre la “cantidad de bolsas que dejaron de ser comercializadas por razones a determinar, a las ferreterías clientes que aparecen en la resolución” y la “cantidad de bolsas comercializadas por ferreterías clientes”.

Los ratios estimados en el Informe de PWC fueron 1,37% (R1) y 0,48 % (R2). Por lo tanto, Unacem indicó, en su escrito del 4 de junio de 2010, que la política investigada, a través de las negativas de venta, no había generado ninguna afectación a la competencia, ni al mercado ferretero en su conjunto, así como tampoco había generado beneficios anticompetitivos a favor de Unacem ni de sus distribuidores.

Acerca de los resultados del Informe PWC, esta Comisión considera que la aplicación de la política investigada no se puede medir únicamente por los casos de castigos aplicados a determinadas ferreterías, sino que deben considerar también los casos de amenazas de realización de tales castigos, pues estos últimos también podían lograr el efecto de disuadir la compra de cemento "Quisqueya". Así, el análisis de la muestra de ferreterías identificada en la presente Resolución demuestra una aplicación de un total de 44 casos (91,7% de la muestra), correspondiendo a negativas de venta el 86,4% de los casos de aplicación de la política.

Además, como se ha señalado en la presente sección, ha quedado acreditado que dichas conductas generaron un efecto exclusorio sobre Cemex, traducido en una limitación del crecimiento de las ventas de cemento "Quisqueya" y una afectación de la presencia de la marca en el mercado y de su disponibilidad para los consumidores.

223. Finalmente, como se ha señalado, dichas conductas sí generaron beneficios anticompetitivos para Unacem y sus distribuidores. Ello, considerando que, mediante la negativa de venta a las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya", se limitó el incremento de la participación de Cemex en el mercado; evitándose de este modo la reducción de la participación de mercado de Unacem y, por ende, la de sus distribuidores.

VI.4. Participación de las personas naturales investigadas

VI.4.1. Análisis de la responsabilidad de las personas naturales

224. Cabe recordar que toda persona jurídica implica una ficción, pues no tiene existencia propia en la realidad y, en ese sentido, las decisiones y

actos que se adoptan y llevan a cabo al interior de una persona jurídica son realizados, en la práctica, por las personas naturales que integran sus órganos de dirección y gerencia.

225. En tal sentido, la sanción de las personas naturales que participan en los órganos de dirección, gerencia o gestión, que toman la decisión de llevar a cabo una conducta calificada como anticompetitiva, permite desincentivar eficazmente la adopción de estas conductas, toda vez que fueron tales personas las que las hicieron posibles¹³⁸.
226. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 2.1 y 43.3 del Decreto Legislativo 1034, quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes infractores podrán ser sancionados hasta con 100 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa¹³⁹.

¹³⁸ Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

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

¹³⁹ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Artículo 2.- Ambito de aplicación subjetivo.**

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

227. De acuerdo a lo anterior, corresponde determinar (i) si los funcionarios de las empresas investigadas, que figuran como remitentes de los correos electrónicos contenidos en la Resolución Admisoria, ejercían algún cargo de dirección, gestión o representación en Unacem, La Viga, A. Berio o Macisa; y, (ii) si participaron en el planeamiento, ejecución o realización de las conductas investigadas.
228. En lo que se refiere a las funciones de los órganos de dirección y gerencia, Enrique Elías Laroza señala que: *"la administración de la sociedad anónima está confiada al directorio y a la gerencia. Mientras el primero se ocupa de delinear las políticas generales de la administración, la gerencia realiza los actos de ejecución y gestión cotidiana de la sociedad. Así, mientras la labor del directorio se relaciona con la adopción de las decisiones políticas y administrativas más importantes, el trabajo de la gerencia se circunscribe a la ejecución de los actos que exige la correcta conducción de los negocios"*¹⁴⁰.
229. Asimismo, los artículos 172 y 188 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, señalan que los directores y gerentes de una sociedad anónima tienen facultades de representación y de gestión ordinaria de la sociedad dentro de su objeto social¹⁴¹.

Artículo 43.- El monto de las multas.

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

¹⁴⁰ ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. Editora Normas Legales S.A.. Trujillo-Perú. 2000, p 386.

¹⁴¹ **Ley 26887, Ley General de Sociedades. Artículo 172.- Gestión y representación.**

El directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general.

Artículo 188.- Atribuciones del gerente.

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior. Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

230. Por otro lado, cabe señalar que el artículo 2.2 del Decreto Legislativo 1034 establece que las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de los agentes económicos contemplados en el artículo 2.1 de dicha norma, generan responsabilidad en estos, sin que sea exigible para tal efecto las condiciones de representación civil¹⁴².
231. En virtud de lo anterior y considerando la información presentada por las investigadas en el presente procedimiento, se advierte que:
- Los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Julio Ramírez Bardalez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiane, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Diego Miguel de la Piedra Minetti, Carlos Ernesto Marsano Soto, Luis Eduardo Huancahuari Laguna y José Antonio Nicolás Rey Recavarren ocupaban cargos directivos y gerenciales en sus respectivas empresas y, en tal sentido, ejercían la dirección y gerencia, representando así a las empresas investigadas.
 - Los señores Raúl Alberto Pinto Ruiz, Eduardo Mercado Céspedes, Rosmary Martha Rondón Barriga y Rosa Elizabeth Salcedo López cumplían funciones que implicaban actuar en nombre y por encargo de sus respectivas empresas, ejerciendo por tanto su representación. Adicionalmente, estas personas se encargaban de la gestión de determinadas jefaturas o sucursales directamente

-
1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;
 2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal
 3. Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje
 4. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones del directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada.
 5. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario.
 6. Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,
 7. Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio.

142

Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.

(...)

2.2. Las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, con sus actos generan responsabilidad en éstas, sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.

vinculadas con la venta de productos.

- Los señores Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Rolando Javier Nikaido Hokama y Julio César Rodríguez Palacín podían realizar coordinaciones directamente con los distribuidores de Unacem y, por tanto, actuar en nombre y por encargo de esta empresa, ejerciendo su representación¹⁴³.
- El señor Jorge Pedro Vera Nuñez cumplía funciones que implicaban actuar en nombre y por encargo de La Viga, ocupándose de la gestión del depósito de La Viga en Huaraz y de la supervisión de la logística.

232. En consecuencia, habiéndose acreditado que las referidas personas ejercieron algún cargo de dirección, gestión o representación en las empresas investigadas, corresponde determinar si participaron en el planeamiento, realización o ejecución de las conductas investigadas.

233. Al respecto, cabe recordar que el artículo 2.1 del Decreto Legislativo 1034 es una norma que establece una prohibición y, en consecuencia, debe ser interpretada de manera estricta¹⁴⁴, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 139 numeral 9 de la Constitución Política del Perú¹⁴⁵.

¹⁴³ En particular, los señores Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña y Fernando Erik Godoy Castañeda, cumplían, entre otras funciones, las de difundir las medidas adoptadas frente a las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya"; negociar con las ferreterías el agotamiento del *stock* de cemento "Quisqueya"; y, ordenar la aplicación de sanciones contra las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya"; circunstancias que permiten confirmar que actuaban en nombre y por encargo de Unacem.

¹⁴⁴ Al respecto, en su obra *"Estudios de la Constitución Política del Perú"*, Marcial Rubio Correa interpreta los alcances del artículo 139 numeral 9 de la Constitución y señala que "(...) cuando los derechos se restringen el agente aplicador del Derecho tiene que hacer compatibles la restricción establecida por el legislador con el principio antes indicado. La mejor manera de lograrlo es precisamente haciendo interpretación estricta de la restricción. Por ello creemos que no sólo debe prohibirse la analogía sino también la interpretación extensiva". [Énfasis agregado]

¹⁴⁵ **Constitución Política del Perú.**

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

234. En ese sentido, esta Comisión considera que corresponde determinar si estas personas tuvieron una participaron activa en el planeamiento, realización o ejecución de las conductas investigadas. En otras palabras, corresponde identificar la realización de una acción concreta, por parte de cada una de estas personas, conducente a la configuración de las infracciones investigadas. Así, por ejemplo, la remisión de correos electrónicos, la suscripción de documentos o la realización de visitas podrán ser consideradas acciones concretas que reflejen una participación activa en las conductas investigadas. Por el contrario, la sola recepción de correos electrónicos no podrá ser considerada como la realización de una acción concreta.
235. De conformidad con el análisis del contenido de los documentos electrónicos evaluados en la Resolución de Ampliación y considerando las funciones que desempeñaban las personas naturales en las empresas investigadas, se ha acreditado que:
- (i) Los señores **Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo y Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani** conocieron la política de castigo contra las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya" y, participaron activamente en su planeamiento, realización o ejecución. Dichos funcionarios suscribieron la "Propuesta de Marketing" donde se reconocía que, a mediados de 2007, Unacem implementó una política de defensa ante el ingreso del cemento "Quisqueya" al mercado peruano, a través de la penalización a las ferreterías que comercializaban dicho producto.

Las investigadas indicaron que la "Propuesta de Marketing" tuvo como único propósito la creación de la Red Progre-Sol, por lo que sus firmas únicamente representaban su conformidad respecto de la implementación de un mecanismo de distribución eficiente, más no su aceptación respecto de los hechos mencionados en los antecedentes del documento. Agregaron que dicha propuesta no

(...)

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

(...)

evidenciaba, en sí misma, que hubieran participado en los hechos descritos en los antecedentes del documento.

Al respecto, si bien la finalidad de la "Propuesta de Marketing" era implementar un nuevo modelo de distribución de los productos de Unacem, a través de la creación de la Red Progre-Sol, no puede negarse que en dicho documento también se reconoció expresamente que, de manera previa, se "decidió implementar una política de defensa ante el ingreso del competidor Cemex con varias acciones entre ellas, penalizar a los clientes Mayoristas y Sub-Distribuidores que decidieron vender la marca Quisqueya en sus locales".

Asimismo, las firmas allí consignadas evidencian la conformidad de los suscriptores con todo el contenido del documento, referido tanto a la implementación de la Red Progre-Sol como a la existencia previa de una política de castigo contra las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya".

De otro lado, si bien la suscripción de la "Propuesta de Marketing" no acredita necesariamente que los referidos funcionarios hayan participado en el planeamiento, realización o ejecución de la política de castigo, sí constituye un indicio que, analizado conjuntamente con los demás medios probatorios que obran en el expediente, permite acreditar su responsabilidad en las conductas investigadas.

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

Sobre el particular, el artículo 188 de la Ley 26887 establece, como atribuciones del gerente de una sociedad, la celebración y ejecución de los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; así como la representación de la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje, entre otras. En

consecuencia, se evidencia que, por la naturaleza del cargo del señor **Carlos Alfonso Ugás Delgado** y las implicancias de la política de castigo, ésta no pudo haber sido implementada sin su conocimiento y participación.

El señor **Jorge Enrique Trelles Sánchez** también realizó visitas a las ferreterías que compraban cemento "Quisqueya", con el objeto de advertirles sobre las consecuencias de dicha comercialización; remitió y reenvió correos electrónicos donde se aprobó la adopción de medidas de castigo contra dichas ferreterías; expresó su malestar al informársele que las medidas impuestas por Unacem y sus distribuidoras no se estaban cumpliendo pese a lo acordado; e incluso impartió la orden de aplicar con firmeza la política de negativa contra las ferreterías que comercializaban el referido producto.

En sus Alegaciones, el señor **Jorge Enrique Trelles Sánchez** indicó que aplicar con "firmeza" la política investigada¹⁴⁶ significaba actuar más activamente en el mercado, hacer visitas más frecuentes a los clientes, proponer que la fuerza de ventas esté constituida por vendedores y no por tomadores de pedidos, incrementar la fuerza de ventas y capacitarlos para retener a los clientes.

Al respecto, de una revisión de los documentos electrónicos remitidos por el señor **Jorge Enrique Trelles Sánchez**, se evidencia que la palabra "firmeza" fue empleada para hacer referencia al modo de aplicación de la política de castigo.

Por su parte, el señor **Álvaro Antonio Morales Puppo** también realizó visitas a algunas ferreterías con el objeto de verificar si comercializaban cemento "Quisqueya"; advertirles sobre las consecuencias de dicha comercialización; así como brindar una solución a aquellos clientes que no se encontraban conformes con las políticas comerciales de Unacem, para persuadirlos de que no

¹⁴⁶ Afirmación contenida en el documento citado en el numeral 5 del Anexo de la Resolución Admisoria.

comercializaran el cemento de la competencia.

Asimismo, el señor **Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani** también realizó coordinaciones respecto a la supervisión realizada a un cliente que comercializaba cemento "Quisqueya", proponiendo que el Jefe de Operaciones de La Vega se apersonara a su local para verificar si aun tenía el cemento de la competencia.

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

En particular, el señor **Raúl Alberto Pinto Ruiz** ordenó bloquear el ingreso de ciertos vehículos a la planta, por tratarse de camiones de clientes que comercializaban cemento "Quisqueya"; realizó las coordinaciones necesarias para la implementación del registro de los clientes sancionados; encargó que se le informe sobre la cantidad, tipo y precio del cemento que comercializaban algunos ferreterías; y, reenvió al Gerente de Marketing información sobre el reportaje emitido por el canal de línea abierta de Ica en relación a la venta de cemento, donde se comunicaba la prohibición de Unacem de vender cemento a aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya".

El señor **Rolando Javier Nikaido Hokama** acordó, conjuntamente con representantes de los distribuidores de Unacem, la forma en la que se realizarían las labores de supervisión a los comerciantes de cemento "Quisqueya"; así como la información que debía proporcionarse sobre dichos clientes. Además, comunicó la relación de ferreterías que serían pintadas, en la que no debía incluirse, por ejemplo, a la empresa Fernalex, pues se encontraba suspendida por comercializar cemento "Quisqueya".

El señor **Jaime Fernando Bendayán Miguel** remitió correos

electrónicos en los cuales ordenó aplicar la negativa de venta e informó sobre el alcance de la política de negativa de venta, sobre la suspensión de la atención a determinados clientes por comercializar cemento "Quisqueya" y sobre clientes que, a pesar de haberse comprometido a no vender cemento "Quisqueya", continuaron con la venta de este producto.

El señor **Alberto Ballesteros Peña** comunicó al Gerente Administrativo, al Gerente de Marketing y al Jefe del Departamento de Ventas de Unacem el malestar de las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya" por las sanciones impuestas por negarse a vender de manera exclusiva el cemento fabricado por Unacem. Además, envió correos electrónicos sobre la supervisión a los clientes que comercializaban cemento "Quisqueya"; sobre las restricciones que se aplicaron contra ellos por continuar comercializando este producto; y, sobre la situación de la cliente Mirtha Atencio Herrera, informando al Jefe del Departamento de Ventas que se mantenía la suspensión de venta de cemento contra ella, tal como se había conversado con el Gerente Administrativo.

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

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

(iii) Los señores **Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel de**

la Piedra Minetti, Luis Eduardo Huancahuari Laguna, José Antonio Nicolás Rey Recavarren¹⁴⁷ y **Rosmary Martha Rondón Barriga** conocieron la política de castigo contra las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya” y participaron activamente en su planeamiento, realización o ejecución, al acordar la forma en la que se realizarían las labores de supervisión a los ferreteros que comercializaban cemento “Quisqueya”; la información que debía proporcionarse sobre dichos clientes; así como la instrucción de dejar de vender los productos de Unacem a las ferreterías que mantuvieran stock de cemento “Quisqueya”¹⁴⁸.

Adicionalmente, el señor **Diego Miguel de la Piedra Minetti** sugirió conversar con un distribuidor de Unacem para evitar que comercializara cemento “Quisqueya” y, conversó con un cliente comprometiéndose a que intercedería por él con la finalidad de que le levantaran la sanción, siempre que comercializara únicamente los productos de Unacem.

Por su parte, el señor **Luis Eduardo Huancahuari Laguna** aprobó la adopción de medidas de castigo contra las ferreterías que comercializaban cemento “Quisqueya” y remitió información sobre la labor de supervisión a los clientes que continuaban vendiendo dicho producto.

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

En particular, el señor **Julio César Rodríguez Palacín** remitió información sobre los clientes que continuaban vendiendo cemento “Quisqueya”, con la finalidad de que los distribuidores adoptaran las

¹⁴⁷ En el caso del señor José Antonio Nicolás Rey Recavarren, no existe evidencia que demuestre que conoció la política de castigo, pero sí que participó activamente en su planeamiento, realización o ejecución.

¹⁴⁸ Ver el correo electrónico citado en considerando 112 de la Resolución Admisoria, en que se hace referencia a la reunión del 6 de agosto de 2007 llevada a cabo por los referidos funcionarios.

medidas de suspensión de venta.

La señora **Rosa Elizabeth Salcedo López** informó la identificación de los clientes que comercializaban cemento "Quisqueya"; las advertencias realizadas en caso continuaran comercializando dicho producto; y la posible comercialización de cemento "Quisqueya" en ciertos distritos.

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

- (v) El señor **Julio Ramírez Bardalez** conoció la política de castigo contra las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya". Sin embargo, a diferencia de lo señalado en el Informe Técnico, esta Comisión considera que no existe evidencia de que haya participado activamente en su planeamiento, realización o ejecución.

Si bien el señor **Julio Ramírez Bardalez** suscribió la "Propuesta de Marketing", no se ha demostrado la realización de alguna acción concreta conducente a la configuración de la infracción investigada. Asimismo, debido a la naturaleza de sus funciones como Gerente Legal de Unacem, tampoco resulta presumible que haya participado en la política de castigo, por lo que, en este caso particular, la suscripción de la "Propuesta de Marketing", no constituye un indicio suficiente para acreditar su responsabilidad.

VI.4.2. Análisis de los argumentos de las personas naturales

236. En sus descargos y Alegaciones, las personas naturales investigadas sostuvieron que, durante el ejercicio de sus labores, ni el Directorio ni la Gerencia General ni ninguna otra gerencia de las empresas involucradas, instruyeron a su personal sobre la supuesta política implementada contra los clientes que comercializaban cemento "Quisqueya". Asimismo, indicaron que el haber sido destinatarias de algunos correos electrónicos no implicaba que hayan tomado

conocimiento o manifestado su conformidad respecto de su contenido.

No obstante lo señalado, del contenido de diversos documentos electrónicos analizados en la sección VI.1. de la presente Resolución, se ha verificado que Unacem y sus distribuidores acordaron implementar una política a través de negativas de venta de cemento y retiro de beneficios contra las ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya". Dicho acuerdo, en efecto, fue puesto en conocimiento de los Supervisores de Ventas 1, 2 y 3 de Unacem, encargados de la supervisión de los distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, con el fin de garantizar la transmisión, aplicación y cumplimiento de la política.

En ese sentido, las comunicaciones electrónicas cursadas entre los funcionarios de Unacem y sus distribuidores, aun cuando no hayan merecido respuesta por parte de sus destinatarios, demuestran la existencia de coordinaciones y directivas que giraban en torno a un objetivo común para todas las empresas involucradas: excluir a Cemex del mercado.

237. Asimismo, en sus descargos las personas naturales investigadas señalaron que, durante el periodo investigado, los asuntos relacionados con la comercialización y venta de cemento por parte de Unacem, estuvieron a cargo de la Gerencia de Administración y los supervisores de ventas de dicha empresa, siendo que cada distribuidor tenía autonomía para gestionar sus labores, dentro de su zona de distribución, por lo que las instrucciones expuestas en los correos electrónicos no necesariamente eran acatadas por los distribuidores.

Sobre el particular, el hecho que los asuntos relacionados con la comercialización y venta de los productos de Unacem hayan estado a cargo de la Gerencia de Administración no impide en absoluto que los demás funcionarios hayan conocido la política pues, precisamente, el éxito de dicha medida se debió a que los distintos funcionarios de Unacem y sus distribuidores, independientemente del área o gerencia en la que se encontraban, trabajaron coordinadamente para aplicarla y lograr que, tal como se reconoció en la "Propuesta de Marketing", se limitara el crecimiento de Cemex.

En ese sentido, resulta razonable que todos los funcionarios que contaban con cierto poder de decisión sobre las políticas comerciales de distribución de cemento, no solo hayan seguido las instrucciones que la política requería para su adecuada aplicación, sino que hayan adoptado, de acuerdo al caso en concreto, las medidas necesarias y compatibles con la lógica de sanción contra las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya". A modo de ejemplo, podemos mencionar el impedimento de ingreso del camión de una ferretería al local de Macisa, por haber comercializado cemento "Quisqueya"¹⁴⁹.

238. En sus descargos y Alegaciones las personas naturales investigadas indicaron que no debían considerarse como política las ideas individuales y aisladas de determinados funcionarios que no llegaron a ejecutarse, ya que los clientes siempre pudieron acceder a los productos de Unacem, y no existía evidencia que demostrará que un cliente dejó de comprar cemento "Quisqueya" por las presuntas amenazas de los funcionarios de Unacem y sus distribuidores. Sin perjuicio de ello, reconocieron que, si bien en algunos casos se advirtieron acciones aisladas de negativas de venta, éstas se ejecutaron por iniciativa propia de determinados funcionarios.

Al respecto, conforme se ha concluido en la sección VI.1. de la presente Resolución, la conducta investigada estuvo relacionada con el despliegue de una política de castigo y no, como han señalado las investigadas, de meras ideas individuales de determinados funcionarios.

Por lo tanto, del análisis de la evidencia entregada durante las visitas inspectivas realizadas por la Secretaría Técnica, ha quedado acreditado que la política investigada se ejecutó a través de amenazas y castigos de negativas de venta que tuvieron un efecto real y potencialmente exclusorio contra Cemex.

239. Adicionalmente, las personas naturales investigadas señalaron que la negativa de venta, de ingreso de un transportista a la planta o de la contratación de flete contra una ferretería que comercializaba

¹⁴⁹ Ver la carta notarial suscrita por la señora Mirtha Atencio Herrera dirigida a Macisa, que se encuentra adjunta al correo electrónico remitido por el Gerente General de La Viga, al señor Marcelo Rizo Patrón de la Piedra, Director de Unacem, del 22 de octubre de 2007.

productos distintos a los distribuidos por Unacem se encontraban amparadas por el derecho a la libertad contratación, por lo que constituían conductas legítimas.

Al respecto, cabe señalar que, si bien los agentes económicos tienen libertad para decidir con quién, cuándo, cómo y en qué términos contratar, esta libertad no es irrestricta, sino que está sujeta a ciertos límites. Precisamente, el ordenamiento jurídico de defensa de la libre competencia constituye un límite que los agentes económicos deben observar al entablar relaciones comerciales. Por lo tanto, la realización de una conducta anticompetitiva, lejos de encontrar una justificación en el derecho a la libre contratación, se encuentra prohibida y, por tanto, debe ser sancionada por la autoridad de competencia.

240. En sus descargos, las personas naturales investigadas sostuvieron que resultaban aplicables al presente procedimiento los siguientes principios: (i) principio de presunción de inocencia; (ii) principio de causalidad, y (iii) principio de licitud, por lo que únicamente debían ser sancionadas en caso de existir prueba de su supuesta participación en las conductas anticompetitivas investigadas.

Sobre el particular, debe señalarse que, efectivamente, los referidos principios rigen todo procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, la autoridad de competencia se encuentra obligada a respetarlos. En ese sentido, únicamente corresponderá asignar responsabilidad a las personas naturales sobre los hechos investigados, siempre que se acredite la existencia de su participación activa en la política investigada, a través de una acción concreta.

241. En sus Alegaciones, las personas naturales sostuvieron que, el hecho de haber tenido la condición de accionista, representante, gerente, trabajador, directivo o propietario de una empresa, no permitía afirmar que, si esta empresa cometía una conducta anticompetitiva, dichas personas naturales también resultaban responsables por tal conducta.

Cabe precisar que, en efecto, la sola condición de accionista, gerente, trabajador o directivo de las empresas investigadas no hacen a las personas naturales responsables por las conductas investigadas. No

obstante, en el presente caso, existe evidencia que acredita fehacientemente su participación activa en el planeamiento, realización y ejecución de las conductas investigadas.

242. Por otro lado, en sus Alegaciones, los señores Álvaro Morales Puppo, Julio Rodríguez Palacín y Luis Huancahuari Laguna indicaron que, por las funciones que desempeñaban, desconocían las labores de campo que se realizaban, la conformación de su cartera de clientes y los medios que se implementaban para fidelizarlos. Por su parte, los señores Eduardo Mercado Céspedes, Jorge Vera Núñez, Rosa Elizabeth Salcedo Lopez y Rosemay Rondón Barriga alegaron que no era su función decidir sobre las nuevas líneas de comercialización de bienes y servicios de Unacem, dado que esto le correspondía a la Gerencia Administrativa de dicha empresa.

No obstante de acuerdo a los documentos electrónicos analizados, se advierte que dichos funcionarios no solo conocieron la política investigada, sino que participaron de manera activa en su implementación, mantenimiento y ejecución.

243. Por tanto, de conformidad con los medios probatorios analizados por la Secretaría Técnica, ha quedado acreditado que las personas naturales investigadas, a excepción del señor Julio Ramírez Bardalez, en ejercicio de la dirección, gerencia o gestión de Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa, tuvieron una participación activa en el planeamiento, realización o ejecución de la conducta investigada. En consecuencia, corresponde imponerles una sanción por la comisión de una infracción administrativa.

VI.5. Análisis de las justificaciones

244. A continuación, corresponde determinar si las conductas analizadas se encontraron justificadas por razones de una mayor eficiencia económica.

245. Al respecto, como se ha señalado, las empresas investigadas indicaron que la negativa de venta aplicada a las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya" constituía una respuesta frente a la política de

aplicación de precios dumping por parte de Cemex y a la reducción de la tasa de los derechos arancelarios para la importación de cemento.

246. Cabe indicar que la medida idónea frente a las prácticas de dumping es la presentación de una solicitud de aplicación de derechos antidumping ante la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Indecopi; mientras que la medida idónea para cuestionar la reducción de la tasa de derechos arancelarios era interponer alguna de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 200 de la Constitución, solicitando la inaplicación o derogación de la norma correspondiente.
247. Por lo tanto, teniendo en cuenta que las justificaciones señaladas por las empresas no se encuentran relacionadas con razones técnicas o económicas, es decir, con razones de una mayor eficiencia económica, esta Comisión considera que no constituyen justificaciones comerciales válidas.
248. Asimismo, las empresas investigadas sostuvieron en sus descargos que, la negativa de venta de cemento "Sol" a las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya", se produjo debido a incumplimientos en el pago o a la decisión voluntaria de dichas ferreterías de convertirse en comercializadores exclusivos de cemento "Quisqueya".

Al respecto, de acuerdo a los diversos documentos electrónicos analizados en la sección VI.1. de la presente Resolución, se ha comprobado que la negativa de venta de cemento fue impuesta por Unacem y sus distribuidoras a través de castigos y amenazas contra las ferreterías que comercializaban cemento "Quisqueya".

A mayor abundamiento, ha quedado acreditado que, en algunos casos, las ferreterías manifestaron sus quejas respecto de la política de Unacem y sus distribuidores de negarse a venderles cemento por haber comercializado cemento "Quisqueya". Ello pone en evidencia que la suspensión del suministro de cemento no se produjo por voluntad de las ferreterías, sino que les fue impuesta por las empresas investigadas como consecuencia de la aplicación de la política investigada.

Adicionalmente, la evidencia analizada señala que el motivo por el cual se amenazaba o castigaba a las ferreterías con la negativa de venta era directamente la comercialización de cemento "Quisqueya".

249. En sus Alegaciones, las empresas y las personas naturales investigadas señalaron que debían analizarse las externalidades positivas y eficiencias que se pudieron haber originado en el mercado durante la ejecución de la presunta conducta anticompetitiva.

Sin embargo, las investigadas no han sustentado la existencia de dichos supuestos, efectos pro competitivos ni que éstos sean mayores que los efectos negativos identificados. En efecto, las justificaciones señaladas por las empresas investigadas durante el procedimiento, no se encuentran relacionadas con razones técnicas o económicas, es decir, con razones de una mayor eficiencia económica.

En ese sentido, considerando que en el presente caso no existen justificaciones comerciales válidas para la conducta investigada, esta Comisión considera que el efecto neto de la conducta anticompetitiva identificada es negativo.

VII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

250. Habiendo quedado demostrada la existencia de una infracción al Decreto Legislativo 1034, corresponde determinar una sanción adecuada para los infractores.

VII.1. Reglas para la determinación de la sanción

251. El numeral 3 del artículo 230 de la Ley 27444 consagra el principio de razonabilidad como uno de los principios especiales de la potestad sancionadora administrativa, en los siguientes términos:

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

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

252. Las sanciones de tipo administrativo tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. Ello implica que la magnitud de dichas sanciones debe

ser igual o superior al beneficio esperado de realizar las infracciones. El objetivo es garantizar que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo, no sólo sobre las empresas infractoras sino sobre el resto de agentes económicos del mercado. Sin perjuicio de ello, la autoridad de competencia tiene la posibilidad de graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que resulten aplicables en cada caso concreto.

253. Al respecto, el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034 establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción en los procedimientos sobre conductas anticompetitivas:

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

254. Los dos primeros criterios, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción, responden al principio de razonabilidad. En efecto, dado que la sanción debe cumplir una función disuasiva, debe procurarse que sea mayor que los beneficios que el infractor esperaba obtener como consecuencia de su conducta ilícita.

255. Así, estos dos criterios permitirán determinar un monto base de la multa que, en atención al principio de razonabilidad, garantice el cumplimiento de la función disuasiva de la sanción.
256. No obstante, también deben tenerse en cuenta otras circunstancias vinculadas con la conducta infractora que permitirán apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivarán el incremento o la disminución de la multa base, en virtud del principio de proporcionalidad¹⁵⁰.
257. Así, criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales sobre otros competidores y los consumidores, la participación de mercado del infractor y la duración de la conducta ilícita, son factores que permiten apreciar las repercusiones de la conducta infractora y, de esta manera, ayudan a establecer la gravedad de la infracción.
258. Del mismo modo, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala, criterios como la indebida actuación procesal y la reincidencia pueden ser considerados como agravantes de la sanción y, por lo tanto, pueden incrementar la multa base determinada a partir del principio de razonabilidad¹⁵¹.
259. Al respecto, se ha señalado que “una vez determinado el beneficio esperado y la probabilidad de detección de la infracción, la autoridad administrativa podrá tener en consideración otros factores como los efectos reales o potenciales en los consumidores y en el mercado de la conducta infractora, la conducta procedimental y la reincidencia de la

¹⁵⁰ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas (...)”. Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 21922004AA /TC.

¹⁵¹ Sobre la obligación de las partes de observar una adecuada conducta procesal y la consideración del incumplimiento de este deber como factor agravante, ver Resolución 03522008/TDCINDECOPI del 26 de febrero de 2008. Respecto de la reincidencia como factor agravante para la imposición de una multa, ver Resolución 08392009/TDC-INDECOPI del 29 de abril de 2008.

denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a imponerse¹⁵²".

¹⁵² Resolución 09602008/TDCINDECOPI del 19 de mayo de 2008.

VII.2. Cálculo de la multa base

VII.2.1. Para las empresas

260. De acuerdo a lo anterior, para el cálculo de la multa base, se considera el beneficio ilícito extraordinario y la probabilidad de detección de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. En ese sentido, el cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula¹⁵³:

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

261. En el presente caso, el beneficio ilícito extraordinario está representado por las ganancias que Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa esperaron obtener al afectar la capacidad de competir de Cemex. Es decir, las ganancias asociadas a las ventas de cemento "Quisqueya" que Cemex no podía realizar debido a la conducta anticompetitiva y que sí realizarían las empresas investigadas con productos de Unacem.

¹⁵³ Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

Donde:

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

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

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario

262. En ese sentido, el Beneficio Extraordinario de Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa se deriva de la aplicación de la siguiente fórmula.

Beneficio ilícito extraordinario

$$B_{Ext} = P_t * Q_t * Mg_t$$

Donde:

P_t: Precio promedio ponderado de cemento de Unacem (soles por bolsa) en el periodo "t"¹⁵⁴.

Q_t: Ventas no realizadas por Cemex como resultado de la conducta anticompetitiva en el periodo "t".

Mg_t: Margen de utilidad operativa de la venta de cemento de Unacem en el periodo "t"¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Para Unacem, precio calculado en base a sus ingresos y volúmenes de ventas de cemento en bolsa a La Viga, A. Berio y Macisa para el periodo agosto 2007-diciembre 2008, ajustado según la variación mensual del IPC de Lima del Banco Central de Reserva del Perú. Ver: escrito de Unacem del 17 de noviembre de 2011 (respuesta a la pregunta 5.5).

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

¹⁵⁵ La Viga entregó información de su margen de utilidad operativa mensual por la venta de cemento en bolsas en su escrito del 15 de noviembre de 2011 (respuesta a la pregunta 1.3). Al respecto, el margen de utilidad operativa utilizado es un promedio ponderado de los márgenes de utilidad operativa de los tipos de cemento comercializados por La Viga para el periodo agosto 2007 – diciembre 2008.

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

La información de Unacem fue obtenida de los Estados Financieros que se encuentran

t: Periodo durante el cual Unacem, La Viga, A.Berio y Macisa esperaron obtener ganancias por la aplicación de la conducta anticompetitiva.

263. El beneficio ilícito extraordinario se calcula en base a un horizonte temporal de 17 meses, desde agosto de 2007, mes en el que se inició la política de negativa de venta a las ferreterías que adquirirían cemento “Quisqueya”, hasta diciembre de 2008, mes hasta el que se habrían producido los efectos de la conducta anticompetitiva, si se toma en consideración la evidencia de su aplicación en el segundo semestre de 2008¹⁵⁶.

264. La aproximación de las ventas no realizadas por Cemex (Qt) como resultado de la conducta anticompetitiva ha sido realizada de la siguiente manera:

- Para el periodo agosto – diciembre 2007:

El nivel esperado de ventas de Cemex fue su nivel de importaciones esperadas menos el nivel de ventas del mes de julio de 2007 (mes sin la conducta anticompetitiva).

La brecha existente entre las ventas efectivas y las importaciones esperadas de Cemex fue de 41 967 toneladas (47,00% respecto de las importaciones esperadas). Dicha brecha se explica en un 20,03% por condiciones propias del mercado¹⁵⁷, siendo el restante

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

¹⁵⁶ Al respecto, cabe indicar que, se ha considerado que los efectos que produjo la conducta se prolongaron hasta diciembre de 2008, un mes adicional respecto del fin de periodo de la existencia de la conducta.

¹⁵⁷ El porcentaje de brecha entre las importaciones esperadas y ventas efectivas de Cemex atribuible a condiciones propias del mercado es el promedio de los porcentajes de las brechas de 2009 y 2010, años presumiblemente sin los efectos de la conducta anticompetitiva. Cabe precisar que las importaciones esperadas de 2010 fueron estimadas según la información de Cemex de enero – julio de 2010, asumiendo un valor proporcional para el periodo de agosto – diciembre de 2010.

26,97% atribuible a la conducta anticompetitiva identificada.

- Para el 2008:

El nivel esperado de ventas de Cemex fue su nivel de importaciones esperadas corregidas por un factor de 21,35% que refleja el crecimiento del mercado relevante entre 2007 y 2008¹⁵⁸ y que no habría sido recogido por las importaciones originalmente esperadas por parte de Cemex, lo que se desprende del hecho que éstas fueron simplemente el doble de lo previsto para el segundo semestre de 2007.

La brecha existente entre las ventas efectivas y las importaciones esperadas corregidas de Cemex fue de 53 423 toneladas (24,46% respecto de las importaciones esperadas). Dicha brecha se explica en un 20,03% por condiciones propias del mercado, siendo el restante 4,43% atribuible a la conducta anticompetitiva identificada.

265. El total de ventas de Unacem atribuibles a la conducta anticompetitiva entre agosto de 2007 y diciembre de 2008 se distribuyen, a su vez, entre los tres distribuidores, La Viga, A. Berio y Macisa, según las cuotas de ventas que les correspondieron durante el mismo periodo.

266. El siguiente cuadro muestra el cálculo del beneficio ilícito extraordinario¹⁵⁹ en el presente caso:

Cuadro 2
Beneficio ilícito extraordinario

Empresa	Cantidad (1)	Precio (2)	Ingreso (1*2)	Margen de utilidad operativa	Beneficio extraordinario	Beneficio extraordinario ajustado por inflación
158 Ver Cuadro 4 del Anexo 1.	(Bolsas)	(S/. / BI)	(S/.)	(%)	(S/.)	(S/.)
159 Unacem	44 544	1 911,45	84 244	35,4	29 423	129 766
La Viga	10 000	842,44	8 424	35,4	2 978	93 023
A. Berio	10 000	332,89	3 329	35,4	1 179	36 758
Macisa	10 000	428,33	4 283	35,4	1 517	47 297

Fuente: Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa
Elaboración: Secretaría Técnica

267. En lo que se refiere a la probabilidad de detección, esta Comisión considera que era media-alta y que, en consecuencia, debe tener un valor de 0,75. Ello, considerando que la aplicación de la política investigada era un hecho verificable en el mercado relevante que ocasionó la denuncia de Malva y, posteriormente, el apersonamiento de Cemex al procedimiento.
268. Así, dividiendo el beneficio ilícito extraordinario entre la probabilidad de detección, se obtiene que el beneficio esperado para Unacem, La Viga, A. Berio, y Macisa ascendió a mil cuatrocientos ochenta y ocho y 20/100 (1 488,20) UIT, treinta y tres y 52/100 (33,52) UIT, trece y 25/100 (13,25) UIT, y diez y siete y 04/100 (17,04) UIT, respectivamente, que sería la multa base correspondiente a cada una de ellas¹⁶⁰.
269. Cabe mencionar que, en relación al cálculo de la multa base propuesto en el Informe Técnico, las empresas investigadas señalaron en sus Alegaciones que no se había indicado la manera de obtener los valores de los factores de la multa como, por ejemplo, el factor de las ventas no realizadas por Cemex como resultado de la conducta anticompetitiva (Qt).
- Al respecto, cabe resaltar que el cálculo de la multa base describe detalladamente el procedimiento seguido, con la finalidad de que cada una de las empresas pueda replicarlo de acuerdo a su propia información.
270. Por otro lado, Unacem ha señalado que resulta arbitrario haber aplicado el margen de utilidad operativa bruta en el cálculo de su multa base, y no el margen de utilidad neta después del Impuesto a la Renta.

Sin embargo, esta Comisión considera que, para efectos del cálculo de la multa base, no sería apropiado incluir factores financieros ni tributarios, pues, como se ha señalado, el cálculo de la multa debe realizarse en función al beneficio esperado, de modo que cumpla con

¹⁶⁰ El valor de la UIT es S/.3 700.

su función de disuadir la infracción.

Cabe señalar que, en el presente caso, esta Comisión ha utilizado la variable margen de utilidad operativa de la venta de cemento de Unacem como proxy para medir la ganancia que esperaba obtener por las ventas no realizadas por Cemex como resultado de la conducta anticompetitiva, debido a que refleja la diferencia entre ingresos y costos correspondientes a las ventas de cemento.

Considerar el margen de utilidad neta podría distorsionar el objetivo del cálculo de beneficio esperado, debido a que se estaría tomando en cuenta, por ejemplo, ingresos financieros, como los dividendos de empresas relacionadas, o gastos financieros, como los intereses por el financiamiento de activos de largo plazo¹⁶¹.

271. Por otro lado, las empresas investigadas señalaron en sus Alegaciones que la presunta mayor venta de bolsas de cemento por parte de Cemex respondía a una mera especulación.

Al respecto, cabe precisar que la estimación de las ventas no realizadas por Cemex como resultado de la conducta anticompetitiva responde a una metodología sustentada. Asimismo, se basa en información debidamente acreditada por parte de Cemex¹⁶² e información respecto de las condiciones del mercado verificable por cada una de las empresas. Por lo tanto, esta Comisión considera que la estimación de las ventas no realizadas por Cemex como resultado de la conducta anticompetitiva es adecuada.

VII.2.2. Para las personas naturales

272. La sanción de una persona natural busca que, al realizar determinada conducta, considere las consecuencias que le puede acarrear dicha conducta y no pretenda protegerse en la ficción de la persona jurídica.

¹⁶¹ Class & Asociados. Fundamento de Clasificación de Riesgo. Marzo de 2012. Pág. 8. Ver: <http://www.classrating.com/CemLima.PDF>

¹⁶² Escritos del 26 de octubre de 2010 y 15 de noviembre de 2011.

En otras palabras, se busca que las personas naturales también sean responsables por sus decisiones y actos.

273. En cada caso, la sanción a imponer a una persona natural deberá guardar directa relación con su responsabilidad en la toma de decisiones al interior de las empresas o asociaciones que participan en la infracción administrativa. De acuerdo a lo anterior, aquellas personas naturales que ocuparon cargos de mayor jerarquía al interior de sus empresas o asociaciones deberán ser objeto de mayores sanciones pecuniarias, toda vez que (i) cuando una persona ocupa un mayor nivel jerárquico dentro de la persona jurídica tiene un mayor acceso a información dentro de la organización; (ii) puede tener un mejor conocimiento sobre los efectos de sus decisiones; y, (iii) tiene una mayor capacidad de influencia para decidir la adopción de una determinada conducta.
274. En ese sentido, esta Comisión considera que aquellos funcionarios que, habiendo participado en el planeamiento, realización o ejecución de la conducta anticompetitiva, ocupaban un cargo gerencial o de dirección, deben ser sancionados con una multa ascendente a cinco (5) UIT, mientras que aquellos que ocupaban un cargo de gestión, deben ser sancionados con una multa ascendente a dos y 50/100 (2,5) UIT¹⁶³.
275. Al respecto, las personas naturales investigadas señalaron en sus Alegaciones que los criterios de graduación de la sanción eran subjetivos y vulneraban los principios rectores del procedimiento administrativo sancionador. Agregaron que no se habían sustentado las razones que justificaban las sanciones propuestas en su contra y que el hecho que tales niveles fueran similares a los impuestos en otros procedimientos no era una justificación.

Cabe señalar que las sanciones a las personas naturales han sido

¹⁶³ En similar sentido, mediante Resolución 0592011/CLCINDECOPI del 15 de noviembre de 2011, la Comisión sancionó a los señores Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz, con una multa de cinco (5) UIT a cada uno; ello en vista de que habían participado activamente en la ejecución de la conducta anticompetitiva realizada por Sigdelo S.A. y Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y a que habían ejercido cargos de gestión y dirección en dichas empresas durante la realización de las conductas.

determinadas en función a su participación activa en las conductas investigadas y al cargo que ocupaban en sus respectivas empresas. Sobre el particular, se ha considerado que los funcionarios que ocupaban un cargo gerencial o de dirección tenían una mayor injerencia y control sobre las políticas comerciales adoptadas por su empresa y, por tanto, una mayor responsabilidad que aquellos que ocupaban cargos administrativos o de gestión.

Asimismo, cabe señalar que el monto de las multas se ha determinado en base a los criterios establecidos en el Decreto Legislativo 1034 y el caso mencionado en el Informe Técnico sólo tuvo carácter referencial.

276. Finalmente, las investigadas señalaron en sus Alegaciones que la fórmula para calcular el monto de la multa no respondía a un criterio o metodología aprobados por un precedente de observancia obligatoria o disposición legal que haya sido publicada oficial y previamente para conocimiento de los administrados, lo que vulneraba los principios de publicidad de las normas y predictibilidad.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034, establece los criterios para determinar la graduación de la sanción, que son precisamente los que se han aplicado en el presente caso. De acuerdo a lo anterior, considerando que se basa en los criterios expresamente establecidos en la referida norma, no es necesario que la metodología para el cálculo de la multa se encuentre aprobada por un precedente de observancia obligatoria.

VII.3. Gravedad de la infracción y proporcionalidad de la sanción

VII.3.1. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia

277. La conducta anticompetitiva detectada consiste en una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem contra aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya", modalidad descrita en el literal g del artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034 y tipificada como infracción administrativa en los artículos 1 y 12 del mismo cuerpo legal.

278. La conducta anticompetitiva detectada era de aplicación a todas las ferreterías que en el mercado relevante comercializaran cemento "Quisqueya".

VII.3.2. La cuota de mercado de las empresas infractoras

279. Durante el periodo 2007 – 2010, Unacem gozó de una posición de dominio, registrando cuotas de mercado, en promedio, de 63,9% de las ventas en el mercado relevante. Asimismo, cabe precisar que el Grupo Económico RizoPatrón, a través de Unacem y Cemento Andino, realizó, en promedio, el 91,3% (63,9% y 27,4%, respectivamente) de las ventas en el mercado relevante.

VII.3.3. La dimensión del mercado afectado y el efecto sobre los competidores, otras partes y los consumidores

280. El mercado afectado es el de venta de cemento Portland Tipo I, IP, IPM, MS y ICo en la Regiones de Lima, Ica, Ayacucho, Ancash, Huancavelica, Huánuco, Pasco y Junín. El mercado afectado incluye a la Región Lima, la de mayor consumo de cemento a nivel nacional. El agente excluido (Cemex) representaba un competidor con una baja cuota de mercado de un agente dominante (el Grupo RizoPatrón, a través de Unacem y Cemento Andino). La conducta anticompetitiva afectó la capacidad de competir de un nuevo competidor, Cemex, que ofrecía un nuevo producto a menores precios, afectando de esta manera a los consumidores.

281. Cabe resaltar que el Producto Bruto Interno PBI del Sector Construcción es medido principalmente a través del consumo interno de cemento (despachos locales más importaciones)¹⁶⁴, y éste ha mantenido una evolución positiva desde 2002, alcanzado crecimientos de 16,6% y 16,5% para los años 2007 y 2008¹⁶⁵, respectivamente, los cuales se vieron reflejados en la mayor construcción de viviendas, oficinas, locales comerciales e industriales, ejecución de obras de construcción,

¹⁶⁴ BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ (BCRP). Guía Metodológica de la Nota Semanal. Pág. 4. Ver: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Guia-Metodologica/GuiaMetodologica08.pdf>.

¹⁶⁵ BCRP. Memoria 2009. Lima, Perú. Pág. 39. Ver: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/2009/MemoriaBCRP2009.pdf>.

mantenimiento y rehabilitación de carreteras¹⁶⁶ .

282. Por ejemplo, la actividad edificadora de viviendas¹⁶⁷ se incrementó para los años 2007 y 2008, que registraron, respectivamente, 29,3 y 30,3 miles de unidades; las inversiones en 2007 registraron US\$ 800 millones en carreteras, US\$ 219 millones en proyectos de inversión en tiendas por departamento, supermercados y locales especializados en ventas de artículos de ferretería y mantenimiento del hogar, entre otros; y, en 2008 se realizó una inversión de US\$ 263,5 millones en proyectos comerciales (centros comerciales, supermercados, hipermercados) y se inició la construcción de hoteles con fuertes niveles de inversión.

VII.3.4. La duración de la restricción de la competencia

283. La duración de la conducta anticompetitiva fue de, por lo menos, 17 meses, desde agosto de 2007 hasta diciembre de 2008.

284. En consecuencia, evaluando los criterios expuestos de manera conjunta, a criterio de esta Comisión, la infracción cometida debe ser calificada como muy grave.

285. Al respecto, las investigadas señalaron en sus Alegaciones que resultaba arbitrario que se haya calificado de muy grave la infracción investigada sólo porque sus efectos superaban las 1 000 UIT.

Sin embargo, cabe precisar que la calificación de la conducta investigada como muy grave no responde, como sostienen las investigadas, a que sus efectos superen las 1 000 UIT, sino que es resultado del análisis objetivo de las características establecidas por el Decreto Legislativo 1034 para estos efectos, es decir, la modalidad y el alcance de la

¹⁶⁶ Para mayor detalle ver BCRP. Memoria 2007. Lima, Perú. Pág. 30. Ver: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/2007/ReporteEconomico/Reporte-BCRP20071.pdf>; y Memoria 2008. Lima, Perú. Pág. 39 y 40. Ver: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/2008/MemoriaBCRP20081.pdf>.

¹⁶⁷ Conformada por los rubros de oferta de edificaciones, edificaciones vendidas y edificaciones no comercializadas.

restricción de la competencia; la cuota de mercado de las empresas infractoras; la dimensión del mercado afectado y el efecto sobre los competidores, otras partes y los consumidores; y la duración de la restricción de la competencia.

286. Por consiguiente, esta Comisión considera que las multas de mil cuatrocientos ochenta y ocho y 20/100 (1 488,20) UIT para Unacem, treinta y tres y 52/100 (33,52) UIT para La Viga, trece y 25/100 (13,25) UIT para A. Berio, y diez y siete y 04/100 (17,04) UIT para Macisa resultan proporcionales a la gravedad de la infracción detectada.
287. Asimismo, esta Comisión considera que las multas de cinco (5) UIT para los funcionarios que ocupaban un cargo gerencial o de dirección, y dos y 50/100 (2,5) UIT para los funcionarios que ocupaban un cargo de gestión también resultan proporcionales a la gravedad de la infracción detectada.

VIII. SOLICITUD DE INFORME ORAL

288. El 20 de diciembre de 2012, Cemex solicitó el uso de la palabra para sustentar oralmente los fundamentos de sus Alegaciones.
289. Sobre el particular, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, dispone que la Comisión podrá convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte, pudiendo denegar la solicitud correspondiente mediante decisión debidamente motivada¹⁶⁸.

¹⁶⁸ **Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Artículo 16. Audiencia de Informe oral ante las Salas del Tribunal.**

16.1 Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.

16.2 Las audiencias son públicas, salvo que la Sala considere necesario su reserva con el fin de resguardar la confidencialidad que corresponde a un secreto industrial o comercial, o al derecho a la intimidad personal o familiar, de cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento administrativo.

290. Al respecto, cabe recordar que la Sala ha establecido lo siguiente¹⁶⁹:

La denegatoria de la solicitud de informe oral se vincula a los elementos de juicio que tenga la autoridad resolutoria sobre el tema materia de controversia. **Si la autoridad tiene plena convicción de lo que resolverá, a la luz de los medios probatorios que obran en el expediente y los argumentos esgrimidos por las partes, resulta innecesario conceder el uso de la palabra.** En cambio, si el caso resulta sumamente complejo y esta complejidad genera ciertas dudas en la autoridad sobre el fallo que emitirá, resulta pertinente la realización de un informe oral a efectos de dilucidar la cuestión controvertida a través del análisis y confrontación de las exposiciones, réplicas y respuestas a las preguntas y repreguntas que se podrían formular en el informe oral. [Énfasis agregado]

291. En el presente caso, como se puede apreciar del análisis exhaustivo contenido en la presente Resolución, esta Comisión cuenta con elementos de juicio suficientes para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión en discusión. En consecuencia, corresponde denegar la solicitud de uso de la palabra realizada por Cemex.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Denegar la solicitud de uso de la palabra presentada por Cemex Perú S.A., debido a que existen elementos de juicio suficientes para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión en discusión.

SEGUNDO: Declarar fundados la denuncia presentada por Malva S.A. y el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cía S.A.C. y Manufacturas de

6.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de informe oral presentadas ante las Comisiones. [Énfasis agregado]

¹⁶⁹

Ver: Resolución 11782010/SC1INDECOPI del 4 de marzo de 2010, fundamento 58.

Acero Comercial e Industrial S.A. por la comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unión Andina de Cementos S.A.A. contra aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya", de acuerdo a lo previsto en los artículos 1, 11.1, literal g, y 12 del Decreto Legislativo 1034.

TERCERO: Declarar infundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cía S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A., por la comisión de una presunta práctica colusoria vertical en la modalidad de boicot consistente en retirar ciertos beneficios comúnmente otorgados (como, por ejemplo, créditos, reconocimientos de flete o bonos por cumplimiento de metas) a aquellos clientes que comercializaban cemento "Quisqueya", de acuerdo a lo previsto en los artículos 1, 11.1, literal k, y 12 del Decreto Legislativo 1034.

CUARTO: Declarar que los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Raúl Alberto Pinto Ruiz, Rolando Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel de la Piedra Minetti, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez, Luis Eduardo Huancahuari Laguna, José Antonio Nicolás Rey Recavarren y Rosmary Martha Rondón Barriga participaron en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa cometida por Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cía S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A., de acuerdo a lo previsto en los artículos 1, 11.1, literal g, 12 y 43.3 del Decreto Legislativo 1034.

QUINTO: Declarar infundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra el señor Julio Ramírez Bardalez, debido a que no se ha demostrado que participó activamente en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

SEXTO: Sancionar a las empresas Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cía S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A.

con multas individuales de mil cuatrocientos ochenta y ocho y 20/100 (1 488,20) Unidades Impositivas Tributarias, treinta y tres y 52/100 (33,52) Unidades Impositivas Tributarias, trece y 25/100 (13,25) Unidades Impositivas Tributarias, y diez y siete y 04/100 (17,04) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente.

SÉPTIMO: Sancionar a los señores Carlos Alfonso Ugás Delgado, Jorge Enrique Trelles Sánchez, Álvaro Antonio Morales Puppo, Kurt Alfredo Uzátegui Dellepiani, Carlos Ernesto Marsano Soto, Diego Miguel de la Piedra Minetti, Luis Eduardo Huancahuari Laguna y José Antonio Nicolás Rey Recavarren con multas individuales de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias; y a los señores Raúl Alberto Pinto Ruiz, Rolando Javier Nikaido Hokama, Jaime Fernando Bendayán Miguel, Alberto Ballesteros Peña, Fernando Erik Godoy Castañeda, Julio César Rodríguez Palacín, Eduardo Mercado Céspedes, Rosa Elizabeth Salcedo López, Jorge Pedro Vera Nuñez y Rosmary Martha Rondón Barriga con multas individuales de dos y 50/100 (2,5) Unidades Impositivas Tributarias.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Paul Phumpiu Chang, Joselyn Olaechea Flores y Lorena Masías Quiroga.

Paul Phumpiu Chang

Presidente