

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico de la Resolución 0037-2021/SDC-
INDECOPI

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Diego Alonso Cabrejos Ortiz

ASESOR:

Jesús Eloy Espinoza Lozada

Lima, 2025

Informe de Similitud

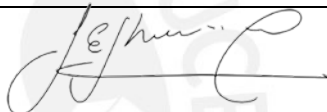
Yo, ESPINOZA LOZADA, JESÚS ELOY, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico de la Resolución 0037-2021/SDC-INDECOPI", del autor(a) CABREJOS ORTIZ, DIEGO ALONSO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 23%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 07/12/2025.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 10 de diciembre del 2025

ESPINOZA LOZADA, JESÚS ELOY	
DNI: 10666505	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7204-2347	

RESUMEN

La Resolución 0037-2021/SDC-INDECOPI versa sobre la apelación por parte de Amauta Impresiones Comerciales S.A.C y la Empresa Editorial El Comercio S.A, quienes objetan el impedimento impuesto sobre ellos de mantener a su Oficial de Cumplimiento en el cargo en cuanto dicha persona ejercía una funcionalidad dual al ser también el Gerente Legal. Aunque los demandados no se percataron, las distintas condiciones que ordena INDECOPI para la designación de su nuevo Oficial de Cumplimiento son susceptibles de observancia y cuestionamiento, partiendo de la idea central que no se ajustan ni con el Compliance como doctrina ni con los principios administrativos a los que INDECOPI se ha de adherir.

Los criterios aplicados por INDECOPI no se limitan a este caso en particular, extendiéndose a resoluciones a lo largo de los años tanto pasadas como actuales. Por ende, y en búsqueda de un adecuado balance, se proponen alternativas para futuras resoluciones, partiendo de la necesidad de contar con una Administración que interiorice el Compliance y lo aplique dentro del marco del Derecho.

Palabras clave

Compliance, Programas de Cumplimiento, Libre Competencia, Proporcionalidad, Prácticas colusorias

ABSTRACT

Resolution 0037-2021/SDC-INDECOPI concerns the appeal filed by Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. and Empresa Editorial El Comercio S.A., who object to the restriction imposed on them regarding allowing their Compliance Officer to continue as such since he held a dual role inside the company as Legal Manager. Although the defendants were unaware of it, the various conditions stipulated by INDECOPI for the appointment of the new Compliance Officer are open to both observation and questioning, based on the central idea that they are not truly aligned with Compliance as a doctrine nor with the administrative principles governing INDECOPI.

The criteria applied by INDECOPI are not limited to this case since the same criteria is applied in various resolutions issued over the years. Therefore, and in search of an appropriate balance, alternatives are proposed for future resolutions, based on the need to have an Administration that internalizes Compliance and applies it within the framework of the Law.

Keywords

Compliance, Compliance Programs, Antitrust, collusive practices, Proportionality

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2 Presentación del caso y del análisis	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	9
2.1 Antecedentes	9
2.2 Hechos relevantes del caso	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
3.1 Problema principal	12
3.2 Problemas secundarios	12
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	12
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	12
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	14
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	15
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	53
ANEXOS	57



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Expediente 012-2018/CLC Resolución 0037-2021/SDC-INDECOPI
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Compliance, Libre Competencia, Derecho Administrativo.
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI State of Texas v. Apple, Inc.
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	De oficio
DEMANDADO/DENUNCIADO	Empresa Editora El Comercio S.A. Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. Pedro Isasi Rivero Mirko Radovic Barreto
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Apelación – Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia
TERCEROS	---
OTROS	---

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La Resolución 0037-2021/SDC-INDECOPI [A-1] emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la “Sala”) desvela gran importancia desde el punto de vista del Compliance y el Derecho de la Libre Competencia. Aquello se debe al ser una de las pocas resoluciones emitidas por parte de INDECOPI, tanto en dicha área como en otras, existiendo una notable escasez de desarrollo jurisprudencial y normativo sobre la materia.

En sí, la mencionada resolución contempla la apelación de Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y la Empresa Editora El Comercio S.A. (en adelante, “Amauta – El Comercio” al tratarse como un solo agente económico) sobre la resolución en primera instancia¹ emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “la Comisión”), y la medida correctiva adyacente, disputando la modificación de su Programa de Cumplimiento (en adelante, “Programa de Cumplimiento” o “Programa”) ya existente.

INDECOPI, como entidad reguladora y sancionadora de la competencia, considera que hoy en día para proteger el principio de Libre Competencia no solo se requiere penalizar las conductas cuando se materialicen, se necesita la adopción de medidas más drásticas. En sacrificio de la autonomía privada del infractor, se busca alcanzar la corrección interna organizacional y así evitar que las condiciones y sistemas que permiten o fueron incapaces de prevenir que se cometan infracciones, perduren y continúen en su estado de inacción o deficiente acción.

INDECOPI, usando como inspiración al gobierno norteamericano, canadiense, chileno y brasileño, identifica que la respuesta se encuentra en los Programas de Cumplimiento. Por tal razón en los últimos diez años, mediante medidas correctivas, INDECOPI ha comenzado a ordenar a las empresas infractoras que adopten Programas de esta naturaleza o que adecuen sus Programas existentes para asegurar el cambio interno cultural que se anhela.

La postura inicial que demuestra la Comisión, y que reafirma la Sala en la presente resolución, refleja una valoración positiva de los Programas de Cumplimiento, identificando su primordial necesidad para el desarrollo adecuado de una organización

¹ Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI [A-2]

infractora, ayudando a su reintegración a la competencia sin posibilidad de reincidir en la infracción.

A pesar de esta apreciación inicial por parte de INDECOPI, en ciertos casos las condiciones establecidas como obligatorias para el Programa no mantienen una coherencia real con la naturaleza ni finalidad del Compliance ni se encuentran en armonía con los principios administrativos, pudiendo así dejar sin efecto la base primordial del Compliance y de los Programas, la autonomía privada. Aunque en materia sancionadora esta es debidamente reducida, su limitación ha de ser conforme al Derecho.

Por ende, la justificación de la elección de la resolución recae en la evaluación de las condiciones obligatorias y el nivel de intervención que presenta la entidad al momento de ordenar un Programa de Cumplimiento en materia de Libre Competencia. Al existir tres componentes esenciales ordenados como obligatorios al nuevo Programa de Amauta – El Comercio, siendo estos las auditorias periódicas, las capacitaciones a sus trabajadores y la designación de un nuevo Oficial de Cumplimiento (en adelante “Oficial de Cumplimiento” o “Oficial”), se opta por delimitar el objeto de investigación a la designación del Oficial de Cumplimiento en cuanto, hoy en día, los mismos criterios aplicados a esta resolución del año 2021 se mantienen en uso.

De tal forma, se permite identificar si los criterios que emplea INDECOPI para la designación del Oficial de Cumplimiento, como los requisitos de carácter y la facultad de control sobre el Oficial, son los adecuados o si en cambio requieren de una mejora continua o una nueva perspectiva, permitiendo apreciar si INDECOPI y su manera de implementar Programas de Cumplimiento es coherente con una rama nueva en nuestro ordenamiento como es el Compliance.

El presente caso parte entonces desde la perspectiva de Compliance al igual que del punto de vista administrativo, de Libre Competencia e incluso constitucional, entendiendo que INDECOPI establece una medida correctiva idónea pero con condiciones para la designación del Oficial de Cumplimiento ampliamente cuestionables.

1.2 Presentación del caso y del análisis

El recurso de apelación interpuesto por Amauta – El Comercio, resuelta mediante Resolución 0037-2021/SDC INDECOPI y correspondiente al Expediente 012-2018/CLC, aborda las prácticas colusorias cometidas por Amauta – El Comercio y Quad Graphics en el mercado de impresiones desde el año 2011. Dichas prácticas fueron investigadas entre los años 2017 y 2018 de oficio por la Secretaría Técnica mediante inspecciones a las empresas involucradas, y a raíz de las inspecciones preliminares realizadas, se encontraron indicios claros de la comisión de una colusión horizontal mediante correos y comunicaciones entre los directivos de las empresas.

Eventualmente se inicia un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) contra las empresas y personas naturales implicadas. Aquello culmina en la emisión por parte de la Comisión de la Resolución 014-202/CLC-INDECOPI en fecha 20 de mayo de 2020, adhiriendo responsabilidad a Amauta – El Comercio, al Sr. Mirko Radovic y al Sr. Pedro Isasi por la realización de conductas anticompetitivas al generarse un reparto de clientes, adicionando a la imposición de sanciones una medida correctiva en donde se ordena modificar al Programa de Cumplimiento y la designación de un nuevo Oficial de Cumplimiento.

Sobre este último punto, el cual es objeto de estudio del presente Informe Jurídico, se establecen las condiciones para la designación del Oficial de Cumplimiento de Amauta – El Comercio, siendo aquellas resumidas de la siguiente forma:

- Conocimiento mínimo en materia de Compliance y Libre Competencia
- No tenga conexión de consanguinidad hasta el 4to grado
- No ha ejercido como asesor legal, abogado o representante en los últimos 5 años
- Requiere aprobación de la Secretaría Técnica
- Si se objeta tres veces, la Secretaría Técnica designará al Oficial de Cumplimiento
- La Secretaría Técnica supervisará el desempeño del Oficial y solicitará su cambio

Tal y como se aprecia, las primeras tres condiciones enlistadas *supra* representan un grupo de requisitos mínimos de carácter que ha de ostentar el Oficial; y, por otro lado, las siguientes tres versan sobre las facultades que tendría la Secretaría Técnica sobre la designación del Oficial de Cumplimiento en materia de control, siendo estas claras limitaciones al ejercicio de la autonomía privada de Amauta-El Comercio.

Ordenar la designación de un nuevo Oficial de Cumplimiento dentro de una organización infractora recae bajo la lógica garantista de prevenir nuevas infracciones y es a su vez compatible con el marco legal. El Oficial es quien debe velar y asegurar el desarrollo adecuado y éxito del Programa de Cumplimiento, lo cual claramente no ocurrió. Sin embargo, la mencionada compatibilidad no se puede afirmar con certeza respecto de las condiciones para la designación, siendo necesario evaluar dicho extremo.

En principio, ordenar que el Oficial de Cumplimiento tenga conocimiento previo en la materia y que a su vez no presente algún conflicto de interés, aunque condiciones debatibles, resultan esenciales para garantizar que la persona natural que asumirá dicho rol sea el adecuado, permitiendo que opere debidamente y vele por el Cumplimiento del Programa. Mismo criterio se aplica en lo respecto a la facultad de aprobación en cuanto es una medida de control para comprobar que el Oficial presentado cumple con dichos requisitos.

Sin embargo, que la Secretaría Técnica pueda designar al Oficial en caso Amauta – El Comercio presente propuestas insatisfactorias no recae en una facultad legal. Ya existe una sanción legal tipificada en la normativa en caso se desacate una medida correctiva, por lo cual pretender que la Secretaría puede designar al Oficial como sanción al incumplimiento de la medida correctiva es ampliamente contrario con la naturaleza de autorregulación que rige el Compliance y con las propias facultades de INDECOPI.

Sobre la supervisión del desempeño del Oficial de Cumplimiento, en principio hay una lógica de tener acceso a los resultados de la medida correctiva por lo que la supervisión en dicho extremo tiene lógica. Sin embargo, se presenta una clara contradicción en cuanto INDECOPI pretende asimilar el rol de “juez”, al ser quien sanciona, y al mismo tiempo ser “tercero imparcial”, al ser quien debe ver de forma objetiva a la empresa infractora, por lo que se requiere un análisis más profundo del tema.

El presente informe emplea el debido sustento nacional como internacional basado primordialmente en jurisprudencia de INDECOPI, la doctrina en materia de Compliance proveniente de académicos al igual que del *Soft Law* y la normativa nacional como el TULO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas **[A – 3]**, el Decreto Legislativo 1033, Ley de regula la organización y funciones de INDECOPI **[A – 4]** y el TULO de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. **[A – 5]**

Sobre el desarrollo, se parte inicialmente sobre la discusión en torno a si INDECOPI puede ordenar condiciones y un determinado contenido a un Programa de Cumplimiento -y en caso pueda - en qué medida este habilitado de hacerlo. Aclarando dicha cuestión, se procede con el análisis concreto de los tres requisitos de carácter que se exige al

nuevo Oficial y las tres facultades que en principio cuenta la Secretaría Técnica, para finalmente evaluar, en base a una apreciación de distintas resoluciones, si existe posibilidad de mejora alguna por realizar en base a las condiciones impartidas.

Es así como se podrá analizar el raciocinio, aproximación y entendimiento por parte de INDECOPI, permitiendo alegar si dicha institución ha internalizado la naturaleza y finalidad de los Programas de Compliance y si su imposición es conforme a los principios administrativos. Eso a su vez permite identificar si una de las entidades más importantes del Perú se ha adaptado correctamente al Compliance o si existen aspectos por mejorar.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

Dentro del contexto en el cual se desarrolla el caso, en los años 2020 y 2021 surgen dos documentos no vinculantes sumamente importantes para el mundo del Compliance dentro del marco del Derecho de la Libre Competencia, siendo estos la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia (en adelante, la “Guía” o “Guía de Cumplimiento”) perteneciente a Indecopi **[A-6]**, y el informe titulado “Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia”, perteneciente a la OCDE **[A - 7]**.

Ambos documentos surgen dentro de un contexto nacional particular descrito por la misma OCDE en el Informe “Tendencias sobre Competencia en Latinoamérica y el Caribe 2022” **[A – 8]**, como un periodo en el cual poco a poco las organizaciones y las entidades comienzan a ser más conscientes de la necesidad de contar e implementar políticas y reformas a favor de las economías de un mercado abierto en base a la Libre Competencia, destacando y favoreciendo la tendencia por parte de INDECOPI de su iniciativa de dictar Programas de Cumplimiento mediante medidas correctivas.

Aunque ambos documentos no son de naturaleza legal, reflejan en sí una recopilación de lineamientos por parte de INDECOPI y de la OCDE en donde aconsejan a las empresas y promueven en ellas la planificación y aplicación de Programas de Cumplimiento. De tal manera se evidencia una coincidencia que enriquece el presente trabajo, en cuanto el presente expediente se desarrolla justo en el momento en el cual INDECOPI comienza a organizar sus ideales respecto a cómo debe darse y planificarse un Programa de Cumplimiento.

2.2 Hechos relevantes del caso

Entre octubre de 2017 y mayo de 2018, la Secretaría Técnica comienza a realizar visitas de inspección a las instalaciones de Quad Graphics y Amauta – El Comercio. Después de realizadas estas inspecciones, en donde fue posible reunir elementos de juicio de conductas anticompetitivas, el 31 de diciembre de 2018 mediante Resolución 049-2018/ST-CLC-INDECOPI **[A – 9]** se da inicio al procedimiento administrativo sancionador (en adelante, “PAS”) por la práctica colusoria horizontal de repartición de clientes en el mercado de servicios de impresiones, siendo esto evidenciado principalmente mediante correos en donde se indica la coordinación entre los imputados.

El procedimiento PAS contra las empresas y 9 personas naturales, después de la presentación de descargos desde el 5 de marzo al 27 de marzo de 2019, concluye el 22 de noviembre de 2019 mediante el Informe Técnico 078-2019/ST-CLC-INDECOPI (en adelante, el “Informe Técnico”) **[A – 10]** en donde la Secretaría Técnica indica que se debe declarar a Amauta – El Comercio como infractor de la realización de prácticas colusorias entre enero 2011 y diciembre 2016 al igual que la imposición de una sanción equivalente a 17,881.13 UIT junto con las respectivas medidas correctivas, incluyendo la modificación de su Programa de Cumplimiento basado en capacitaciones al personal, la designación de un nuevo Oficial de Cumplimiento y la realización de auditorías.

Entre el 10 y 13 de enero de 2020, los imputados presentan sus alegatos respecto a las conclusiones del Informe Técnico, entregando Amauta – El Comercio en fecha 5 de febrero toda la información respecto de su Programa de Cumplimiento y las cualidades, objetivos y funciones de este, indicando que cuentan con el Sr. Antonio Román como Oficial de Cumplimiento desde el 27 de septiembre de 2018.

En el caso particular de Quad Graphics, ellos en fecha 28 de marzo, 18 de julio y 26 de agosto de 2019, en uso de su derecho, presentan una propuesta de compromiso de cese², la cual la Comisión da por aprobada mediante Resolución 032-2019/CLC-INDECOPI **[A – 11]** dando por concluido el procedimiento sancionador en su contra y razón por la cual no continúan dentro del proceso.

² Artículo 25 del TUO de la LRCA: “Los investigados podrán ofrecer, de manera individual o conjunta, un compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora.”

Dando una evaluación al Informe Técnico y la recomendación de la Secretaría Técnica, la Comisión eventualmente en fecha 20 de mayo de 2020 emite la Resolución 014-202/CLC-INDECOPI, indicando la responsabilidad de El Comercio por el periodo entre enero 2011 a diciembre 2016 y a Amauta por el periodo entre febrero 2014 a diciembre 2016, detallando que después de absorber el área de impresiones de El Comercio, Amauta no puso fin a tal practica y continuó con la operación infractora, siendo la sanción a ambas empresas equivalente a una multa de 14,404.06 UIT.

Sobre el Oficial de Cumplimiento, se indica que tal funcionario debe ostentar un rango en la empresa correspondiente a los gerentes de línea, no podrá tener relación hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tanto con gerentes como directivos y no debe de haber ejercido en los últimos 5 años como abogado, asesor o representante legal de las empresas Amauta – El Comercio y Quad Graphics.

Asimismo, establece dos funciones a la Secretaría Técnica, (i) que en caso la propuesta de Oficial de Cumplimiento no cumpla con tales requisitos de forma reiterada la Secretaría Técnica se encargará de designar al Oficial de Cumplimiento y (ii) que el desempeño del Oficial de Cumplimiento será evaluado por la Secretaría Técnica y que la misma podrá solicitar su reemplazo si no cumple con sus estándares de evaluación.

A raíz de esta resolución, en fecha 8 de julio de 2020, Amauta - El Comercio interpone recurso de apelación, alegando entre muchos puntos la falta de idoneidad en el cálculo del beneficio obtenido, las características concretas del mercado sobre la probabilidad de detección de las conductas, y más, incluyendo el rechazo a los requisitos que ha de cumplir el Oficial de Cumplimiento ya que el Oficial de Cumplimiento en aquel momento, el Sr. Román, también cumplía el rol de Gerente Legal y se vería impedido de continuar con tal labor.

No se hace mención alguna sobre la potestad que adquiere la Secretaría frente al Oficial de Cumplimiento en torno al procedimiento de designación como de supervisión.

Finalmente, en fecha 4 de marzo de 2021, la Sala emite la Resolución 0037-2021/SDC-INDECOPI, en donde reafirma la postura inicial emitida por la Comisión, aunque con una notoria disminución del monto de las sanciones de manera considerada a las personas naturales sancionadas. Sobre el Oficial de Cumplimiento, la Sala responde a la argumentación de Amauta – El Comercio reiterando la necesidad de reducir los posibles conflictos de interés que puedan surgir, siendo necesario separar ambos roles de Gerente Legal de Oficial de Cumplimiento.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

En base a las condiciones que INDECOPI ordena para la designación del Oficial de Cumplimiento, ¿Qué ajustes podrían introducirse para futuras resoluciones?

3.2 Problemas secundarios

¿Cuenta INDECOPI con la facultad de dictar el contenido que ha de ostentar obligatoriamente un Programa de Cumplimiento? En caso cuente con dicha facultad, ¿En qué medida y hasta qué punto puede hacerlo?

¿Debe una misma persona natural ejercer al mismo tiempo el puesto de Gerente Legal y Oficial de Cumplimiento? ¿Existen supuestos en donde se admite el ejercicio paralelo?

¿Cuenta la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia con las facultades de aprobar, designar y supervisar al Oficial de Cumplimiento?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Problema principal: Para el análisis de las condiciones, se tiene que analizar dos perspectivas, (i) si estas condiciones son conforme a la naturaleza y finalidad de Compliance y (ii) si estas se enmarcan en los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración.

En primer lugar, INDECOPI parte de un entendimiento adecuado de la finalidad y rol del Programa de Cumplimiento, identificando por encima de todo la necesidad de asegurar la instauración de un Programa de Cumplimiento verdadero lo cual a su vez implica asegurar que el nuevo Oficial de Cumplimiento sea idóneo para el cargo.

En base a esa finalidad, INDECOPI se adjudica un grado de control que en ciertos extremos refleja un exceso al omitir el factor esencial de autonomía privada, uno de los núcleos primordiales del Compliance. Aunque en materia sancionadora la autonomía

privada se ha de limitar, se ha de mantener un grado de discrecionalidad apropiado al tratarse de un derecho fundamental.

Respecto a los requisitos de carácter que se exige al Oficial de Cumplimiento y la facultad de la Secretaría Técnica de aprobarlo, establecer que solo se aceptará al nuevo Oficial de Amauta-El Comercio si (i) es distinto del Gerente Legal o de cualquier otro trabajador de los últimos 5 años, (ii) no tiene una relación de consanguinidad con los directivos y gerentes, y (iii) tiene un adecuado nivel de conocimiento y experiencia previa en Compliance y materia de Libre Competencia, son condiciones que cumplen plenamente con el estándar de proporcionalidad, idoneidad y razonabilidad, siendo debatible el extremo sobre la exclusión a aquellos con experiencia laboral previa en base a la presunción de su inocencia.

Lo mismo no se puede afirmar de las facultades de control sobre la designación y supervisión de desempeño. Por una falta de experiencia en materia de Compliance, INDECOPI omite por completo otras modalidades y alternativas más idóneas que pudieron establecer en conformidad a sus facultades y los principios doctrinarios que rigen al Compliance.

Primer problema secundario: La Comisión, y por extensión INDECOPI, ha de poder establecer el contenido, pero solo el mínimo que ha de ostentar un Programa de Cumplimiento para guiarlo al éxito. Se ha de reconocer la naturaleza autorregulatoria de los Programas al igual que la finalidad de protección que INDECOPI tiene sobre la Libre Competencia, entendiéndose como punto medio que la Administración ordene lo mínimo que garantice la protección del mencionado bien jurídico.

El mismo criterio se aplica al Oficial de Cumplimiento, quien cuenta con la función principal de asegurar que el Programa de Cumplimiento sea exitoso, siendo esta la razón por lo cual INDECOPI ha de establecer requisitos y condiciones mínimas garantistas.

Por ello, se requiere identificar si INDECOPI se dedica a ordenar las condiciones mínimas que aseguran el éxito de la medida correctiva o si en cambio ordena condiciones que - aunque sean garantes de éxito - pueden resultar arbitrarias, desproporcionales o excesivamente gravosas a los derechos de Amauta – El Comercio.

Segundo problema secundario: La doctrina mayoritaria considera que ambos puestos ejercen funciones distintas pero conectadas y complementarias, siendo ideal que se designe una persona como Gerente Legal y a otra como Oficial de Cumplimiento. Solo en determinados supuestos se ha de admitir unificar ambas funciones en una sola persona, siendo los factores principales la falta de recursos y el tamaño de la empresa.

Aunque la empresa tiene la libertad de organizarse como desee, para asegurar el ejercicio adecuado del rol de Oficial de Cumplimiento, las empresas modernas que cuenten con los recursos y el debido tamaño deben, por eficiencia y eficacia, de distinguir ambos puestos.

Sobre la argumentación de Amauta – El Comercio en el ejercicio del recurso de apelación de mantener unidos los roles de Gerente Legal y Oficial, resulta incongruente alegar tal postura por el claro factor de conflicto de interés presente.

Tercer problema secundario: Se ha de cuestionar si las facultades de control de la Secretaría de aprobar y supervisar al Oficial de Cumplimiento se encuentran en concordancia con el principio de legalidad. Se entiende que se pretende que la Administración pueda comprobar la efectividad de la medida correctiva y su correcta implementación, pero incluso aquello sea ese el caso, no se puede obviar la posibilidad que INDECOPI se encuentra operando fuera de sus facultades ya que se sustenta en una interpretación extensiva de la norma, postura no compartida por todos los sectores.

Específicamente sobre la designación, considero que es bastante claro que alegar que INDECOPI cuenta con facultad alguna de participar directamente en materia organizacional de tal calibre es errónea. Cuando una Entidad cuenta con la facultad de participar en materia organizacional, ha de existir una habilitación legal expresa debido a la severidad de la medida.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

No cabe duda alguna que se cometió la infracción y que amerita la imposición de las debidas sanciones como las debidas medidas correctivas en búsqueda de retornar a las condiciones de competencia al igual que evitar la reincidencia de la infracción. Aunque la lógica es concisa y adecuada, existen dudas alrededor de las condiciones que obliga a cumplir la medida correctiva. Soy partidario de existir alternativas menos lesivas que INDECOPI pudo haber empleado y que son a su vez conformes al Compliance. En base a aquello, considero que las decisiones tomadas por INDECOPI responden a una falta

de experiencia en los temas de Compliance más que por una supuesta mala fe, pudiendo haber obtenido el mismo resultado mediante medidas menos lesivas.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

PROBLEMA SECUNDARIO 1

Sobre los Programas de Cumplimiento

Partiendo de una definición concreta desde la doctrina, Oswaldo Artaza (2014) **[A- 12]** define los Programas de Cumplimiento en el marco de Compliance y la cultura organizacional como un sistema de calidad en el cual se forma el conjunto de medidas y compromisos adoptados a voluntad de las personas jurídicas en respuesta a la naturaleza de su organización y las actividades particulares que desarrollan en el mercado, buscando identificar, evaluar, prevenir y mitigar los riesgos que puedan existir tanto en materia normativa como ética mediante una serie de procedimientos, protocolos y herramientas.

A ojos de INDECOPI, la definición es similar. Según la Guía de Programas de Cumplimiento, los Programas de Cumplimiento constituyen mecanismos de autorregulación en base a las necesidades, características y circunstancias de la organización que pretenden garantizar que las organizaciones cumplan de manera sostenible con todas las obligaciones y compromisos a raíz de la adopción de una cultura sostenida en los pilares de integridad y cumplimiento eficaz, siendo aplicable a distintas materias como el medio ambiente, laboral, Libre Competencia y más de manera simultánea.

En concordancia con las definiciones brindadas, John Moot (2008) **[A – 13]** añade que los Programas de Cumplimiento tienen una función y finalidad preventiva ya que modifican la cultura organizacional dentro de la empresa para que se implementen políticas internas a favor del cumplimiento normativo y ético. Por ende, se entiende que los Programas de Cumplimiento se encuentren en el primer frente para garantizar que las organizaciones puedan operar en conformidad con el ordenamiento nacional e internacional.

Respecto a los componentes que forman un Programa de Cumplimiento, en principio por el uso de la voluntad y autorregulación un Programa puede conformarse por todo elemento que se considere necesario. Pero si hablamos del estándar que exige la

doctrina contemporánea, INDECOPI ha identificado que las grandes instituciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Mundial³, el World Economic Forum⁴ y más consideran que los elementos esenciales en la práctica efectiva, a raíz de muchos estudios y análisis de casuística, han de ser los siguientes:

- Un Oficial o Comité de Cumplimiento
- Compromiso de la Alta Dirección (tone at the top)
- Identificación y gestión de riesgos
- Protocolos internos
- Capacitaciones a empleados
- Actualización del Programa
- Auditorias
- Canal de consultas y denuncias

Aunque ciertas instituciones internacionales consideran y abarcan otros elementos que INDECOPI no ha recogido⁵, la incorporación de estos elementos responde a la intención de contrarrestar la existencia de Programas de Cumplimiento de fachada o mejor conocidos por la doctrina como “fake-compliance”. Este término se conceptualiza por Nieto Martin (2013) **[A – 16]** como aquellos programas que determinadas empresas incorporan en sus organizaciones para aparentar – mediante cosmética – un Programa de Cumplimiento cuya finalidad solo sirve de defensa ante eventuales imputaciones y no responde al real cambio operacional ni cultural de la organización.

Las instituciones internacionales citadas reconocen la existencia de estos “fake compliance”, razón por la cual, en forma combativa para erradicarlos, dedican sus esfuerzos a delimitar cuales son los elementos esenciales que han identificado en Programas exitosos. Es decir, si se pretende afirmar que un Programa es efectivo y que realmente cumple con su finalidad, el indicio primordial resulta en identificar si ostenta de estos elementos esenciales o no.

Definido el concepto de Programa de Cumplimiento, debemos abarcar a detalle el extremo sobre la voluntariedad y no obligatoriedad de la incorporación de Programas de

³ World Bank Group. (2011) *“Integrity Compliance Guidelines”*. **[A – 14]**

⁴ World Economic Forum - WEF, *“Partnering Against Corruption – Principles for Countering Bribery”*, 2016. **[A – 15]**

⁵ OCDE reconoce elementos como la incorporación de incentivos en materia de compliance para sus trabajadores al igual que la incorporación de políticas de compliance frente a terceros.

Cumplimiento reconocido tanto por la doctrina como INDECOPI. Tal y como se definió, los Programas responden a la potestad de cada organización, siendo ellas quienes, conforme a su parecer, decisión y/o necesidad, optan por el desarrollo de un Programa de Cumplimiento al igual que el contenido, enfoque, alcance y especialización de este.

Contribuyendo a esa discusión en materia nacional, José Arturo Aguirre (2024) [A - 17] - mediante una serie de entrevistas - recopila el sentimiento general que tienen los distintos agentes económicos privados sobre la naturaleza autorregulatoria de los Programas de Cumplimiento en materia de Libre Competencia, siendo partidarios notablemente a favor de preservar dicha naturaleza en cuanto el 86% de los entrevistados consideran que los Programas de Cumplimiento en Libre Competencia responden a la voluntad y no a una obligación o deber.

Aunque pueda existir un sentimiento general de voluntariedad alrededor de los Programas, es necesario abordar este punto desde una perspectiva más crítica que ofrece el Compliance. Sobre la materia, Sánchez Málaga (2018) [A- 18] argumenta que en el ámbito nacional en realidad no se trata de una autonomía total en cuanto, aunque recae en la potestad de cada organización, existen factores que “*fuerzan*” a que las organizaciones adopten Programas de Cumplimiento, ya sea por beneficios de atenuación de sanciones⁶ o eximentes de penas⁷ o la mejora reputacional dentro del mercado y a ojos del público⁸, siendo entonces los Programas una modalidad de autorregulación coaccionada.

Por ende, cada organización es libre de decidir si implementará un Programa de Cumplimiento o no al igual que, en caso decida implementarlo, la libertad de determinar el alcance, contenido, y procedimientos que consideren adecuados y/o necesarios en base a su realidad como organización, tomando en cuenta el tamaño de la empresa, los recursos que tiene y más elementos.

Sin embargo, profundizando en la naturaleza de los Programas de Cumplimiento, encontramos que esta potestad de autorregularse no se ejerce en todos los casos ya que, en materia de Libre Competencia, esta se vuelve obligatoria cuando a raíz de una

⁶ Anexo D de la Guía de Programas de Cumplimiento

⁷ Artículo 17 de la Ley 30424: “*La persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión*”

⁸ United Nations Office on Drugs and Crime. (2013). *An Anti-corruption ethics and compliance programme for business: A practical guide.* [A – 19]

infracción se ordena implementar un Programa de Cumplimiento – o modificar uno ya existente - como medida correctiva.

Sobre la imposición de Programas de Cumplimiento mediante medidas correctivas

Dentro de la relación “Administración Pública – Administrado” y el *ius puniendi* del Estado, la imposición de sanciones se presenta como consecuencia directa por parte de la Administración en ejercicio de su potestad represiva ante la infracción realizada por el administrado en cuanto ha afectado tanto el balance presente en el orden social o económico como el bien jurídico de interés público.

En base a esta ruptura del *status quo*, determinados derechos - como la libertad - del administrado infractor se ven debidamente limitados en cuanto la Administración ha de asegurar la protección presente y futura del bien público materia de resguardo, siendo en este caso el principio de Libre Competencia constituido en la Constitución⁹ [A – 20]. Para tal fin, INDECOPI ostenta la facultad de aplicar tanto las debidas sanciones, como las debidas medidas correctivas que – como alude su nombre – buscan corregir las conductas.

Tratándose de medidas correctivas, el artículo 49.1¹⁰ del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA) del Decreto Legislativo 1034 otorga a la Comisión la facultad de dictar medidas correctivas para reestablecer el proceso competitivo y revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos que se hayan producido.

Son medidas con una finalidad dual, buscan o reestablecer las condiciones de competencia a cómo eran antes de que se cometa el acto o acercarse a las condiciones de competencia que la Administración anhela, y al mismo tiempo, buscan prevenir la reincidencia de la infracción y así evitar que la Libre Competencia se vea nuevamente afectada. (Paz, 2024) [A – 21]

Por ende, las medidas correctivas operan como imposiciones que la empresa infractora ha de cumplir dentro del marco de la infracción que han cometido a costo de la competencia, siendo así entonces instrumentos administrativos de carácter preventivo

⁹ Artículo 61 de la Constitución: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”

¹⁰ Artículo 49 del TUO de la LRCA: “Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas.”

y restaurador o de mejora que obligan a las empresas a modificar y alinear su conducta (Morón, 2010) [A – 22].

Sin embargo, estas medidas no han de ser arbitrarias ni ha criterio de la Entidad que las establece, entendiendo que las medidas se encuentran sujetas a los principios del derecho administrativo sancionador, principalmente el principio de legalidad¹¹ y el principio de razonabilidad¹², al igual que la existencia de la debida motivación.

Específicamente sobre la legalidad en materia de sanciones, según Gallardo Castillo (2008), [A – 23] este principio se conceptualiza a partir de la exigencia formal, basada en la existencia de una norma, y de la exigencia material, indicando la predeterminación normativa de la conducta como de la sanción. Aunque la medida correctiva no es en sentido estricto una sanción, de una interpretación teleológica resulta claro que la predeterminación también ha de abarcar la medida correctiva. Dicha definición guarda concordancia con lo que establece el inciso 1 del artículo 248 del TUO de la Ley LPAG.

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. **Legalidad.-** Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

Sobre la posibilidad de ordenar como medida correctiva un Programa de Cumplimiento - o la modificación de uno ya existente - el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contempla expresamente dicha facultad mediante el artículo 49.1.e, en cuanto los Programas de Cumplimiento se contemplan dentro del desarrollo de programas de capacitación y eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre Libre Competencia, no existiendo vulneración al principio de legalidad.

¹¹ Artículo IV numeral 1.1 de la LPAG: “Las autoridades administrativas deben de actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron contenidas”.

¹² Artículo IV numeral 1.4 de la LPAG: “Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.”

Artículo 49.- Medidas correctivas

49.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

Por ende, ordenar un Programa Cumplimiento se enmarca apropiadamente en el principio de legalidad, siendo una medida correctiva ejercida legalmente por INDECOPI en reiteradas ocasiones. Sin embargo, resulta adentrar la discusión respecto de si INDECOPI puede ordenar de manera paralela los componentes y condiciones que ha de ostentar el Programa.

Como ejemplificación de la discusión, es muy distinto una medida correctiva que ordene formar un Programa de Cumplimiento a criterio propio del administrado infractor a una medida correctiva que ordene formar un Programa de Cumplimiento que contenga obligatoriamente cierto contenido, alcance y requisitos y se ejecute bajo ciertas condiciones, siendo este último un supuesto en donde se reduce drásticamente la capacidad de autonomía privada de la empresa infractora, por lo que se debe formular la siguiente pregunta ¿Hasta que limite puede INDECOPI ordenar el contenido de una Programa de Cumplimiento?

Sobre el contenido ordenado a los Programas de Cumplimiento

Siendo un documento referencial y no obligatorio, INDECOPI mediante la Guía de Programas de Cumplimiento afirma que consideran que todo Programa de Cumplimiento ha de ser “serio, completo (conforme sus particularidades) y efectivo”.

Aunque lamentablemente la Guía no dota de una definición concreta a estos términos, de manera interpretativa se puede alegar dos afirmaciones, (i) lo que se espera es la implementación de un Programa que incorpore los elementos esenciales reconocidos mediante el *Soft Law* y la doctrina del Compliance, y (ii) que no se trate de un fake Compliance o Programa de Cumplimiento de fachada.

Tal y como se definió, en principio los Programas de Cumplimiento han de instaurarse en búsqueda de un cambio organizacional interno que asegure que la organización no incurra en infracciones. Sobre los elementos esenciales reconocidos por INDECOPI y las entidades internacionales, mediante un estudio cuantitativo y cualitativo Dristankita Deb (2014) **[A - 24]** corrobora que - en efecto - hay evidencia sustancial para afirmar que dichos elementos, como auditorias, capacitaciones y más, permiten que un Programa sea exitoso, existiendo una razón clara de porque INDECOPI ordena que se incluyan.

Sobre la posibilidad que la empresa infractora instaure una fachada de Programa de Cumplimiento, al tratarse de una empresa cuyas decisiones iniciales llevaron a que se dé y materialice la infracción en primer lugar, permitir que la misma organización sin cambio real alguno interno aun determine el contenido de su Programa de Cumplimiento no garantiza bajo concepto alguno el éxito de la medida correctiva. Permitir que las mismas estructuras que dieron paso a la infracción se mantengan implica dejar la puerta abierta a la reincidencia, contraviniendo la misión de INDECOPI de proteger la Libre Competencia.

Aclarando la razón por la cual INDECOPI, al ordenar un Programa de Cumplimiento, ordena a la par el contenido de esta, debemos determinar si aquello recae en sus facultades. Al respecto, mediante la resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI **[A - 25]** la cual versa sobre el caso de Gas Licuado, mediante apelación se realiza un cuestionamiento directo por parte de una de las empresas imputadas sobre las facultades de ordenar contenido al Programa, alegando que INDECOPI al establecer un contenido, una condición, una facultad a alguno de sus órganos o un requisito, vulnera el principio de legalidad.

Al respecto, la Sala - mediante una interpretación extensiva del principio y presentando como debida motivación la protección de la Libre Competencia - argumenta que INDECOPI, al ordenar una medida correctiva, cuenta también con la facultad de establecer el alcance, forma y modalidad de cumplimiento de la medida. En base a aquello, si ordena un Programa de Cumplimiento, tiene por extensión también la facultad de determinar cómo debe de desarrollarse dicho Programa como una forma de control adicional.

Bajo tal mentalidad, INDECOPI no solo se limita a establecer la instauración de un Programa de Cumplimiento o de cambiar el existente. Para asegurar que el nuevo Programa sea realmente eficiente y cumpla con su finalidad de cambio organizacional, INDECOPI, mediante una evaluación de la situación concreta de la organización,

determina los elementos esenciales, el contenido, las condiciones y los requisitos que han de incorporarse, para así asegurar evitar que la empresa infractora implemente un “fake-compliance” y contravenga la finalidad de la medida correctiva.

De lo contrario, resultaría en una medida ineficiente, inoperante y carente de contenido en donde las condiciones que llevaron a la comisión de la infracción perduran. Esta argumentación teleológica es reconocida por la misma INDECOPI y específicamente la Comisión, quien reconoce en el párrafo 316 de la primera instancia que se requiere de un cambio real de la cultura dentro de la organización:

“... los controles para evitar que la empresa vuelva a incurrir en conductas como las sancionadas deben ser reforzados a fin de asegurar un cambio real en la cultura organizacional de la compañía, en resguardo del interés público.”

Que INDECOPI ordene un contenido al Programa se enmarca en la lógica de protección a la Libre Competencia y asegurar el cambio real en la cultura organizacional, pero, aunque dicha finalidad es deseable, se requiere de un límite claro y certero.

Esto se debe a que la posición de la Sala no es del todo coherente con la postura asumida por determinados sectores de la doctrina. A consideración de Guzmán Napuri (2009) **[A- 26]** en materia sancionadora, las potestades de la administración deben encontrarse necesariamente en la Ley al tratarse de limitantes y restricciones a los derechos fundamentales de los administrados.

Aunque se reduce drásticamente el ejercicio de la potestad autorregulatoria inherente al Compliance, se ha de tomar en cuenta que la autonomía privada de las empresas infractores no se nulifica y que aquella aún persiste - pero en menor capacidad. Por ende, aún debe de ser respetada y resguardada de tal forma que no contravenga la finalidad de proteger la Libre Competencia.

Para evitar una innecesaria tensión adicional entre “Administración – Administrado”, considero que los elementos, el contenido, los requisitos y el alcance ordenado como obligatorio ha de ser el mínimo necesario comprobado como efectivo por la doctrina del Compliance como idóneo para garantizar y guiar a que el Programa de Cumplimiento sea exitoso. De tal manera, se respeta tanto la autonomía privada de la organización, quien en ejercicio de su potestad se dedica a completar el resto del contenido y alcance

de su Programa, y a la vez se logra la finalidad de INDECOPI de proteger y resguardar la Libre Competencia.

Conclusión

Dando respuesta a la primera pregunta secundaria, para que la medida correctiva realmente tenga algún efecto, se requiere ordenar que el Programa de Cumplimiento se componga de aquello mínimo suficiente que permita por un lado el respeto a la naturaleza potestativa y autorregulatoria que ofrece el Compliance y por otro que se encuentre en plena concordancia con la finalidad de eliminación de riesgos de incumplimiento de normativa sobre Libre Competencia. Por ende, cada caso en particular requiere de un análisis exhaustivo para determinar con certeza que contenido, elemento, requisito y más ha de incorporarse.

Sobre esto último, existen casos como el presente en donde se encuentran ciertos excesos, ya sea un contenido o requisitos contrarios a naturaleza de los Programas de Cumplimiento o en falta de armonía con los principios del derecho administrativo, siendo relevante realizar un análisis concreto del tema. Para efectos del Informe y tomando en consideración el volumen de discusión, se opta por delimitar el análisis a la designación del nuevo Oficial de Cumplimiento de Amauta – El Comercio.

En base a lo desarrollado, y en vista del contenido obligatorio establecido para la designación del Oficial de Cumplimiento, se procederá con el respectivo análisis en donde se evaluará (i) los requisitos de carácter que ha de ostentar el Oficial de Cumplimiento, y (ii) el nivel de intervención de la Secretaría Técnica al contar en principio con las facultades de aprobar, designar en determinado supuesto y supervisar al nuevo Oficial de Cumplimiento.

PROBLEMA SECUNDARIO 2

Sobre el Oficial de Cumplimiento

Adentrando el análisis al Oficial de Cumplimiento y los requisitos que exige INDECOPI, ante la necesidad de establecer una base para el desarrollo debemos de brindar una definición clara del mismo y determinar cuál es su función dentro de las organizaciones

En materia de Libre Competencia, la Guía de Programas de Cumplimiento de INDECOPI establece que el Oficial de Cumplimiento es aquella persona a quien la alta

jerarquía delega asumir la responsabilidad del Programa de Cumplimiento, recayendo en él todas las funciones relacionadas a su implementación, desarrollo y éxito.

Partiendo de una definición más completa ofrecida por la doctrina, se define esta posición como aquel agente dentro de la organización que forma parte íntegra y central de los Programas de Cumplimiento, teniendo una independencia funcional y posicional jerarquía dentro de la organización la cual le permite diseñar, implementar y supervisar los procesos organizacionales destinados a detectar y prevenir conductas riesgosas contrarias tanto a la ley como a la ética, mitigando y remediando los mismos en casos amerite. **[A – 27]**

Los tres requisitos de carácter que la Comisión ordena sobre el Oficial de Cumplimiento son los siguientes:

- Que cuente previamente con experiencia en temas de Compliance y de normativa referida a la Libre Competencia
- Que no tenga relación con los gerentes generales o directivos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
- Que no haya sido abogado, asesor o representante legal de las empresas en los últimos cinco (5) años

De una postura analítica, en realidad estos tres requisitos enlistados responden a dos criterios que INDECOPI considera garantizan que el nuevo Oficial de Cumplimiento ejerza adecuadamente su posición. Estos factores son (i) garantizar que el Oficial tenga conocimiento tanto en Compliance como en materia de Libre Cumplimiento y, (ii) garantizar que el Oficial sea imparcial, objetivo, ecuánime y neutral de tal forma que no se deje influenciar negativamente por algún agente.

Frente a aquello, en uso de su derecho, Amauta – El Comercio opta por apelar y objeta tal extremo al verse impedido de continuar empleando al Sr. Antonio Román, quien ejercía la función de Oficial de Cumplimiento a la par de la función de Gerente Legal, persona que ya incorporaba la organización y que reportaba directamente a los directivos de la organización, viéndose imposibilitado de ser Oficial de Cumplimiento en cumplimiento de los nuevos requerimientos.

Particularmente sobre el factor de conocimiento previo que se exige al Oficial de Cumplimiento, la doctrina mayoritaria reconoce que la formación especializada es un factor crítico para la viabilidad y éxito de un Programa¹³

En base a aquello, la exigencia de INDECOPI de ordenar a Amauta – El Comercio de contratar a un nuevo Oficial que conozca de Compliance y Libre Competencia es plenamente conforme para garantizar que el Programa tenga el liderazgo adecuado para afrontar distintos problemas, razón por la cual no es materia de la apelación. Sin embargo, sobre el tema de conflicto de interés, la respuesta no es tan clara.

Sobre la postura de INDECOPI

Esta situación resulta sumamente interesante ya que INDECOPI, de manera indirecta producto de la situación particular del doble cargo del Sr. Antonio Román, asume una clara postura sobre el conflicto de interés que puede materializarse en la designación del nuevo Oficial de Cumplimiento, tema que no ha sido discutido en muchas otras resoluciones.

Específicamente, en el supuesto en el cual una organización decida que la posición de Oficial de Cumplimiento y de Gerente Legal recaiga en una sola persona natural, INDECOPI se presenta como partidaria de la independencia de ambas – promoviendo su separación de forma similar al gobierno federal de los Estados Unidos¹⁴ – partiendo de un balance de distintos argumentos y puntos de vista que no se limitan solo al conflicto de interés, considerando a su vez los distintos puntos de vista existentes en la materia.

Conforme la resolución de primera instancia, la Comisión al evaluar el caso de Amauta – El Comercio identifica principalmente a favor de la unificación de roles los argumentos de (i) costo y eficiencia, tratándose de empresas sin los necesarios recursos, (ii) especialización y (iii) rechazo del Oficial de Cumplimiento, permitiendo la existencia del conflicto de interés a favor de evitar el aislamiento y rechazo del Oficial por parte de los trabajadores y directivos.

¹³ U.S. Department of Justice, Criminal Division. (2024) *Evaluation of Corporate Compliance Programs* [A-28]

¹⁴ Nili, Y. (2014) Compliance or Legal? The Board's Duty to assure clarity. Harvard Law School Forum on corporate governance. En: <https://corpgov.law.harvard.edu/2014/08/12/compliance-or-legal-the-boards-duty-to-assure-clarity/> [A – 29]

Respecto a la postura en contra de la unificación, reconoce primordialmente el argumento de independencia funcional, indicando que a su consideración el Oficial de Cumplimiento y el Gerente Legal, desde la perspectiva organizacional, tienen distintas funciones que no son totalmente compatibles y que incluso pueden chocar, en ciertos casos, una con la otra.

En base a estos argumentos, eventualmente la Comisión se pronuncia en uso del argumento de independencia funcional de la siguiente manera:

“Esta Comisión considera que la separación (...) es una práctica saludable y deseable debido a los distintos objetivos que cumplen ambos cargos”

Por otro lado, la Sala ante la apelación de Amauta - El Comercio, dando respuesta específicamente al extremo de conflicto de interés, se pronuncia de la siguiente manera:

“(...) la cercanía o afinidad entre la empresa sancionada y el eventual Oficial de Cumplimiento, así como el hecho de que este último haya prestado recientemente ciertos servicios profesionales o de asesoría legal al respectivo agente económico, podría incidir en el adecuado ejercicio de su labor”

“(...) la relevancia de garantizar que el Oficial de Cumplimiento sea una persona ajena a las decisiones empresariales y comerciales de los agentes económicos involucrados”

El balance realizado por la Comisión al igual que las posturas tomadas por la Comisión y la Sala requieren de análisis en cuanto permite identificar si INDECOPI realiza una apreciación del caso en conformidad con la doctrina del Compliance o si omite algún elemento que podría incorporar en futuras resoluciones.

Asimismo, el análisis adquiere mayor importancia si se toma en cuenta que el supuesto de unificación de las funciones es una medida atractiva que muchas organizaciones pretenden aplicar contra todo pronóstico. Esto se debe a que muchos de los criterios presentados y apreciados por INDECOPI se aplican de forma general a todas las organizaciones, sin distinguir si son infractoras o no.

Finalmente, resulta pertinente resaltar que los argumentos evaluados por INDECOPI no son todos los argumentos existentes en la doctrina contemporánea, razón por la cual se procederá a agrupar los argumentos que ha reconocido INDECOPI al igual que aquellos omitidos, permitiendo evaluar cuál postura ostenta mayor solidez y si la decisión de INDECOPI ha sido la adecuada.

Sobre el ahorro de costos y eficiencia económica

La argumentación sobre costo y eficiencia se basa en términos de ingeniería empresarial. **[A – 30]** Producto del tamaño de empresa o falta de recursos económicos, se opta por unificar los roles en búsqueda de un ahorro de costos en cuanto se ha de reconocer que contar con un empleado exclusivamente para el rol de Oficial de Cumplimiento es una inversión ya que no se limita a su contratación, implica a su vez herramientas y recursos para la debida gestión¹⁵.

Según el estándar de la normativa peruana brindada por el Ministerio de Producción en el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE **[A – 32]**, la calificación de empresas micro, pequeñas, medianas y grandes se mide principalmente por el volumen de ventas anuales (medido en UIT) de la siguiente manera:

TIPO	VENTAS ANUALES (UIT)
Micro	Hasta 150 UIT
Pequeña	De 150 UIT hasta 1700 UIT
Mediana	De 1700 UIT hasta 2300 UIT
Grande	De 2300 UIT a más

Sobre el caso concreto de Amauta - El Comercio, la Comisión no se dedica a distinguir ni ofrecer medios probatorios que demuestren si se trata de una empresa pequeña, mediana o grande, entendiéndose que asume que no se trata de una empresa pequeña por su relación comercial con El Comercio.

Pasando a la opinión general de INDECOPI, la Entidad considera que las empresas pequeñas se ven limitadas de contar con un Oficial de Cumplimiento por una carencia de recursos. Debido a esto, INDECOPI admite que la posición de Oficial de Cumplimiento en pequeñas empresas puede ser asumida por un alto funcionario de la empresa, como el Gerente Legal.

¹⁵ European Banking Authority. (2022). *Guidelines on policies and procedures in relation to compliance management and the role and responsibilities of the AML/CFT Compliance Officer (EBA/GL/2022/05)*. **[A – 31]**

Ante esta postura de INDECOPI de “empresa pequeña unifica, empresa grande separa”, encontramos un vacío al tratar de las empresas medianas. Al respecto, no existe un criterio global que satisfaga dicha incógnita. Por ende, se ha de realizar un análisis particular de cada caso en concreto para evaluar si los recursos de una empresa mediana son suficientes para la separación de las funciones o si en cambio, debido al mercado o estado en el que se encuentra la organización, es preferible unirlos.

Queda claro que, ante una empresa pequeña, el argumento de eficiencia económica es uno de los argumentos más sólidos a favor de la unificación de las funciones, pudiendo aplicarse incluso en casos de empresas medianas. Por ende, se ha de tomar una postura solidaria ante las empresas pequeñas, y en determinados casos las empresas medianas, quienes claramente no se encuentran en las mismas condiciones que las grandes.

Sin embargo, como contraargumento y en uso de la misma lógica de eficiencia económica, nos encontramos con la perspectiva del Estudio Echecopar **[A – 33]**. Mediante la comunicación “Comentarios a Guía de Programa de Cumplimiento” dirigido a INDECOPI, el Estudio Echecopar ofrece una argumentación tanto económica como de especialización sin comprometer la independencia del Oficial de Cumplimiento.

Aunque el comentario no iba dirigido específicamente a la discusión en mención, la postura presentada se alinea como alternativa viable en cuanto deja de lado el debate de si el Oficial de Cumplimiento ha de ser o no también Gerente Legal para argumentar que, por una lógica económica, el Oficial ni ha de formar parte de la Organización al ser un tercero especializado.

Se argumenta que, incluso tratándose de una empresa mediana o grande, el Oficial de Cumplimiento no requiere necesariamente formar parte de la estructura jerárquica de una organización, siendo posible que aquel sea un tercero que ofrezca sus servicios de manera periódica pero que deba (i) contar con independencia y (ii) tener acceso a una comunicación directa con el órgano máximo de administración o los directivos.

Se propone entonces la incorporación formal de la nueva figura de Oficial de Cumplimiento “parcial”, siendo un Oficial de Cumplimiento que no se integra totalmente dentro la organización al no ser un trabajador a tiempo completo. En resoluciones previas, como lo indicado en el párrafo 1840 de la resolución 099-2017/CLC-INDECOPI, la Comisión ya había considerado para las empresas pequeñas la contratación de este Oficial de Cumplimiento parcial:

“la Resolución Final: (i) contempla que el Oficial de Cumplimiento no necesariamente sea contratado como un trabajador a tiempo completo, pues puede ser un consultor externo”

De tal forma se garantiza tanto la eficiencia económica que arduamente se defiende sin sacrificar la independencia de funciones del Oficial de Cumplimiento, omitiendo el debate y presentando una alternativa tentadora. De esta forma se establece que, incluso en casos donde a primera vista se requiera de unificar las funciones del Oficial de Cumplimiento dentro de la posición del Gerente Legal debido a las condiciones económicas de la organización, aún existe una alternativa que permite garantizar la independencia del Oficial de Cumplimiento.

La crítica pertinente respecto al concepto de Oficial de Cumplimiento parcial recae en 3 aspectos: (i) que las empresas grandes también puedan optar por esa opción, considerando de que por su volumen de ventas anuales en principio cuentan con los suficientes recursos para contar con un Oficial de Cumplimiento propio, (ii) se distorsiona el concepto doctrinario de Oficial de Cumplimiento al alejarlo de la jerarquía organizacional y, (iii) su practicidad y aplicación en el mercado peruano en cuanto se ha de requerir de una oferta real de agentes realmente capacitados que puedan ofrecer un adecuado servicio como Oficial de Cumplimiento parcial.

Esto último se evidencia de la situación inicial de Amauta – El Comercio, quienes según el párrafo 297 de la primera instancia, contrataron a un consultor externo para colaborar en su Programa de Cumplimiento, quienes brindaron un servicio insuficiente a los estándares de INDECOPI.

Sobre la especialización e independencia funcional

Pasando a un punto mencionado *supra* brevemente sobre la especialización, aquel adquiere gran relevancia cuando se evalúa en conjunto con la argumentación referida a la independencia funcional de los roles, siendo esta la línea argumentativa que asume la Comisión para la resolución de primera instancia.

Debido a que el término Compliance ha surgido en los últimos años y ha sido adoptado dentro del léxico empresarial sin un adecuado entendimiento¹⁶, muchas personas desconocen la complejidad íntegra del término. Por ende, se presume erróneamente

¹⁶ Kollnig, K. (2023). We are not there yet: The Implications of insufficient Knowledge Management for Organizational Compliance. [A – 34]

que el conocimiento de componentes legales basta, omitiendo que el Oficial cumple funciones distintas al del Gerente Legal y cuyo enredo impide objetivamente un ejercicio adecuado del puesto, realidad que INDECOPI adecuadamente reconoce.

En sí, el Gerente Legal es, según Muent (2015) **[A – 35]**, el encargado de supervisar y dirigir el marco de acción como abogado de la empresa y a la vez ejerce el rol de ejecutivo, por lo cual opera alineado a los objetivos comerciales externos de la organización, es decir, primordialmente puertas afuera.

A comparación, el Oficial de Cumplimiento se ha de entender cómo operante - primordialmente pero no exclusivamente - en los asuntos internos de la organización, los cuales pueden incidir puertas afuera pero cuyo objeto de trabajo recae en las herramientas, procedimientos y cultura interna.

Es así como el rol del Gerente Legal puede “chocar” con el de Compliance en cuanto su espacio de funcionamiento es distinto y ciertas actividades pueden verse obstaculizadas mutuamente en distintas materias como los procesos de contratación.

Lamentablemente, el auge del Compliance ha generado una perspectiva crítica del Gerente Legal. Como identifica Donna Boehme (2013) **[A – 36]**, para diferenciar ambos roles se ha desarrollado una perspectiva en donde el Gerente Legal se encarga de ver que *puede* hacer la organización bajo el margen de la ley, mientras que el Oficial de Cumplimiento se encarga de ver que *debe* hacer bajo el margen de la ley ya que el Oficial toma en cuenta no solo el dimensionamiento legal, sino también el social, reputacional y cultural. Dicho pensamiento desvirtúa la labor legal, reduciéndolo a un mecanismo operacional sin conciencia ética ni moral.

Evaluando otro punto de vista, INDECOPI trae a colación la posición de Michele Destefano (2016) **[A – 37]** quien argumenta que las grandes empresas requieren contar con personal cada vez más especializado debido a sus necesidades en el mercado, razón por la cual plantea que, aunque sea plenamente viable la cooperación y colaboración entre el Oficial de Cumplimiento y el Gerente Legal, se ha de cerrar dicha brecha innecesaria y contar con un Gerente Legal especializado en materia de Compliance.

Es decir, resulta contraproducente que el Gerente Legal se dedique a interpretar y conocer la ley y que al mismo tiempo el Oficial se dedique a gestionar los riesgos y procedimientos producto de dicha ley.

INDECOPI no toma en consideración dicha postura, pero resulta necesario indicar que tal posición no guarda coherencia con el Compliance contemporáneo. Hoy en día se

espera que los Oficiales de Cumplimiento tengan una sólida base legal ya que, aunque no es necesario que sean abogados, las buenas prácticas exigen de un nivel de conocimiento legal apropiado y óptimo¹⁷.

En caso una determinada organización opte por designar un Oficial de Cumplimiento sin experiencia legal, aquello no implica que la solución sea unificar el rol con el del Gerente Legal, la solución es contratar a un Oficial de Cumplimiento que realmente sepa cómo ejercer el rol efectivamente.

Finalmente, se ha de indicar en materia de la argumentación de especialización, que INDECOPI considera que esta pertenece dentro del grupo de argumentos a favor de la unificación del Oficial con el Gerente Legal. Al respecto, considero que INDECOPI ha de cambiar de criterio.

El Compliance abarca un marco de especialización complejo, existiendo de forma pertinente Programas de Cumplimiento ligados y enfocados a materias en concreto como materia ambiental, penal, tributaria, laboral, Libre Competencia y más

Por ende, es necesario que cada organización, en base al mercado en el que se encuentre, los riesgos que ha identificado, sus necesidades, obligaciones, objetivos y aspiraciones, opte por un Oficial de Cumplimiento que cuente con la especialización deseada. De tal forma, se ha de reconocer que la especialización - como argumento - corresponde a la necesidad de distinguir al Oficial de Cumplimiento del Gerente Legal y no a unir ambos.

Sobre el conflicto de interés

Frente al elemento de conflicto de interés, esta es la línea argumentativa que presenta la Sala en respuesta a la apelación de Amauta - El Comercio. En principio, nos encontramos con una realidad particular en cuanto la primera instancia no solo prohíbe al Gerente Legal de ser el Oficial de Cumplimiento, también prohíbe a todos sus trabajadores, abogados y representantes de los últimos 5 años al igual que los familiares de los directivos.

En sí, las buenas prácticas establecen que, ante la presencia de algún posible atributo de conflicto de interés o impedimento de razonamiento objetivo o independiente, aquello ha de ser informado y comunicado al gobierno corporativo al igual que la entidad

¹⁷ Basel Committee on Banking Supervision. (2005). *Compliance and the compliance function in banks* (BCBS 113). Bank for International Settlements. **[A – 38]**

reguladora, de ser aplicable. Por ende, no es una práctica prohibida, pero a su vez no es deseable, siendo entonces una práctica admisible y viable pero solo si se realiza con la mayor transparencia posible¹⁸.

Se reconoce entonces que el conflicto de interés se materializa de manera usual en las organizaciones y desvían el juicio del individuo en desempeño de sus funciones, específicamente cuando se trata del Oficial de Cumplimiento. Tomando en cuenta aquello, las instituciones internacionales recomiendan la incorporación de políticas, mecanismos y más para mitigar y gestionar la existencia del conflicto de interés.¹⁹

En vista de garantizar el éxito de la medida correctiva, prohibir que el Gerente Legal continúe como Oficial de Cumplimiento, quien no cumplió con su deber en primer lugar, es una decisión adecuada por parte de INDECOPI. Se debe de modificar las estructuras y factores que dieron paso a la infracción en primer lugar.

No existe base de confianza sólida ni objetiva de permitir que el mismo Oficial que permitió o inobservó la comisión de la infracción continúe en su puesto si se pretende realmente instaurar un Programa de Cumplimiento efectivo. Aunque sea capaz de ahora rectificar su conducta, aquello ha de producirse mediante capacitaciones y una debida preparación, no mediante la mera restitución que Amauta - El Comercio pretende realizar.

Sin embargo, aún queda pendiente que ocurra con las demás personas naturales prohibidas de asumir el puesto de Oficial de Cumplimiento. ¿Por qué un trabajador o abogado, del cual no se sabe con certeza si siquiera participó en la comisión de la infracción, ha de verse prohibido de asumir el rol de Oficial de Cumplimiento? ¿No es esto un abandono a la presunción de inocencia?

Un punto de vista interesante lo presenta INDECOPI al presentar la postura de Michele Destefano (2016), quien en base a un estudio sustentado en entrevistas con agentes que ejercen el rol de Oficial de Cumplimiento, identifica la necesidad de contar con un Oficial de Cumplimiento que tenga algún vínculo existente dentro de la organización.

Identifica que se presenta un sentimiento pertinente de exclusión al tratar a los Oficiales de Cumplimiento como “policías dentro de la organización” y no como compañeros. Ciertamente se presenta una situación real, en donde diferentes estudios y opiniones

¹⁸ The Institute of Internal Auditors. (2022). *Clarity and collaboration for stronger governance: The Three Lines Model and compliance*. Global Perspectives and Insights. [A – 39]

¹⁹ OECD, UNODC, & World Bank. (2013). *Anti-corruption ethics and compliance handbook for business*. [A – 40]

acreditadas describen la creciente tensión entre Oficiales de Cumplimiento y los integrantes de la organización a la que pertenecen.²⁰

Bajo este hilo de pensamiento, se debe de tomar en cuenta que la intermediación y la proximidad entre el Oficial de Cumplimiento y los demás trabajadores es esencial para el éxito del Programa de Cumplimiento. Al final de cuentas, las labores del Oficial de supervisar, gestionar los canales de denuncia y otros implican mantener un contacto directo y constante con otros trabajadores, por lo que debe primar en base la confianza entre ambas partes.

Desde la perspectiva de Murtin (2022), toda empresa busca que sus integrantes se encuentren conformes con las condiciones de trabajo y las relaciones que emanan de dicho espacio en cuanto tienen una incidencia directa en el rendimiento de sus labores, razón por la cual el Oficial no debe de ser aislado **[A-41]**.

Otro punto de argumentación a favor de ignorar el posible conflicto de interés recae en el conocimiento del giro de negocio, los procedimientos internos, las dinámicas sociales, los problemas existentes y más propios de la organización. Un Oficial quien inicia sus labores ya conociendo cómo funciona la organización permite - en principio - identificar los problemas, los vacíos y los puntos de mejora de una manera más clara y directa, ahorrando tiempo y costos.

Como contraargumentación, se podría alegar que un Oficial de Cumplimiento con la suficiente experiencia ha de contar con las debidas habilidades y herramientas técnicas y sociales para poder adentrarse rápidamente dentro de una organización, adecuarse, generar los requeridos vínculos y así poder cumplir su labor de forma óptima. Mientras se cuente con dichas destrezas, incluso puede cumplir su labor de una mejor forma al partir de un punto de vista imparcial y objetivo. Sin embargo, el gran obstáculo de esta postura recae en si siquiera existe en el Perú personas con dichas capacidades.

Pasando a la posición que asume Sala, tal y como se citó a inicio de este apartado, la misma responde indicando que la cercanía y afinidad del Oficial de Cumplimiento en el contexto de una empresa sancionada puede incidir en su imparcialidad, existiendo una mayor probabilidad de volver a incurrir en infracciones. Por ende, opta por establecer reglas generales que eliminen por completo o casi por completo el factor de conflicto de interés:

²⁰Leadership challenge: Why compliance officers fail. De: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c3c3e246-5cda-4436-8fd7-ded193841b00>

“(…) corresponde establecer reglas generales y claras que – en abstracto – garanticen que las funciones del Oficial de Cumplimiento se efectúen en las mejores condiciones.

Es decir, al no poder saber con exactitud el grado de participación en la infracción de cada uno de los empleados, abogados y asesores de la organización ni el grado de influencia que un directivo pueda tener sobre un familiar, para garantizar la designación de un Oficial que no haya participado en ninguna capacidad en la infracción ni que se pueda ver influenciado, se opta por establecer una descalificación colectiva a este grupo de personas.

Es así como, aun existiendo la probabilidad de rechazo por parte de los demás trabajadores y la injusticia de prohibir a ciertas personas naturales de asumir la posición de Oficial, a ojos de INDECOPI se debe de reducir el factor de conflicto de interés lo más posible aún a costa de estos inconvenientes.

Otros argumentos

Finalmente, se identifican dos argumentos trascendentales que no se adhieren a las tres agrupaciones evaluadas *previamente* en cuanto su materia recae en una mirada constitucional. La más importante y trascendental recae en la postura constitucional de libertad de empresa y de contratación consagrados respectivamente en los artículos 59²¹ y 62²² de la Constitución. En principio, por voluntad de la empresa, se puede unificar los roles de Gerente Legal y Oficial de Cumplimiento tal y como realizó Amauta – El Comercio mediante la sesión del 27 de septiembre de 2018, donde nombran al Sr Antonio Román a la función dual.

Una elección de esa naturaleza responde a una manifestación de la “autodeterminación” de las empresas, recogido de la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente

²¹ Artículo 59 de la Constitución: *“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”*

²² Artículo 62 de la Constitución: *“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.”*

008-2003-AI/TC [A – 42], siendo el derecho de contratación un derecho relacional en donde dos o más partes libremente consienten y forman un vínculo.

Particularmente INDECOPI no desarrolla a detalle la naturaleza autorregulatoria del Compliance que permitiría unificar los roles en cuanto toda organización es libre de estructurarse y designar a la persona que considere apropiada para el puesto que sea ya que el ejercicio de este derecho de libertad se ve debidamente limitado por la búsqueda de restauración y protección del proceso competitivo, en donde se superpone el orden público y el principio de Libre Competencia por encima de los derechos particulares del infractor.

La razón por la cual no se presenta esta discusión dentro del análisis de la Comisión recae en que, al tratarse de materia sancionadora, a ojos de INDECOPI se sobreentiende que el derecho de libertad de empresa y contratación será debidamente reducido. Aquella argumentación es válida sólo para el contexto de una organización no infractora, más no para el presente caso.

Pasando al segundo y último argumento, INDECOPI considera en su análisis el estudio desarrollado en Australia por Lehman Nielsen (2012) [A – 43] en donde se encuesta a trabajadores de distintas empresas, quienes afirman en mayoría que existe de su parte un mayor esfuerzo por cumplir con la normativa referida a Libre Competencia cuando el Gerente Legal asume el liderazgo del Programa de Cumplimiento.

Aquello se debe a que, desde su punto de vista, sienten un mayor temor hacia el Oficial de Cumplimiento y se sienten más vigilados, motivándolos a ser más prudentes en su accionar y evitar las sanciones que podrían recibir.

Esta postura es interesante en dos aspectos: (i) implica que no se está generando en la empresa una cultura de cumplimiento y más bien la única razón por la cual se cumple con la norma es por miedo a represalia y no por un interés real de defender el principio de Libre Competencia y, (ii) las personas en aquella época consideraban que el Oficial de Cumplimiento no cuenta con un estudio adecuado sobre el Derecho y las normas, lo cual hoy en día es distinto.

Conclusión

Es de tal manera que INDECOPI, al margen de la resolución, presenta una postura conforme a la doctrina mayoritaria de Compliance. Por un lado, la Comisión de forma general reconoce que la separación de funciones es una práctica ideal y deseada al

entender que ambas cumplen funciones distintas. Por otro lado, de manera particular al caso, la Sala responde ante la inquietud de Amauta - El Comercio al indicar que la reducción de la posibilidad del conflicto de interés es el móvil ideal garante del éxito de la medida correctiva al no permitir que el mismo agente que permitió o inobservó la comisión de la infracción, continúe en ejercicio como Oficial.

Aunque es plenamente válido realizar ciertas observaciones - como la prohibición a personas naturales inocentes de asumir el rol de Oficial sólo por el hecho de tener una conexión previa con Amauta - El Comercio – en sí INDECOPÍ parte de un entendimiento claro de las buenas prácticas en materia de designación del Oficial de Cumplimiento. Demuestra fehacientemente entonces que el extremo de los requisitos de carácter que ordena sobre el Oficial de Cumplimiento es conforme a la doctrina del Compliance.

TERCERA PREGUNTA SECUNDARIA

Sobre las facultades de la Secretaría Técnica

Conforme al párrafo 318, sin oposición alguna de este extremo en el recurso de apelación presentado por Amauta – El Comercio, la Comisión dicta que la Secretaría Técnica realizará lo siguiente:

- Amauta – El Comercio ha de presentar prospectos de Oficial de Cumplimiento que cumplan con los requisitos mínimos indicados, **recayendo su aprobación en manos de la Secretaría Técnica.**
- La Secretaría Técnica tiene la facultad de objetar la propuesta de Amauta – El Comercio hasta dos veces si considera que el Oficial de Cumplimiento propuesto no cumple con el perfil requerido. Si la Secretaría Técnica no quedara conforme con la tercera propuesta presentada por la empresa, **la Secretaría Técnica designará al Oficial de Cumplimiento** e informará a la Comisión para el inicio de un procedimiento por incumplimiento de medida correctiva
- La Secretaría Técnica podrá solicitar a Amauta - El Comercio la remoción y designación de un nuevo Oficial de Cumplimiento **en caso considere que el designado no está cumpliendo debidamente con sus funciones.**

Se entiende que estas condiciones buscan asegurar que el Oficial de Cumplimiento sea realmente efectivo, estableciendo que en caso Amauta – El Comercio no cumpla con presentar a un Oficial de Cumplimiento en concordancia con los requisitos que impone

INDECOPI o si – ya designado - no demuestre un adecuado desempeño, ha de intervenir la Secretaría Técnica como forma de garantía.

Pero que exista esta finalidad altruista de protección del principio de Libre Competencia, operando como una debida motivación, no significa automáticamente que la Secretaría Técnica ostente todas las facultades que la Comisión afirma, tomando en cuenta la existencia del principio de legalidad y la postura doctrinaria que afirma la necesidad de habilitaciones expresas.

Para efectos de la Secretaría Técnica y su rol fiscalizador, el artículo 15.1 del TUO de la LRCA²³ lo define como el órgano técnico autónomo dedicado a la labor de (i) instrucción de procedimientos de investigación y conductas anticompetitivas, y (ii) emita opiniones sobre la conducta infractora que investigó; adicionando funciones mediante el artículo 15.2²⁴ como la solicitud de medidas cautelares, realizar estudios e informes, propuestas de lineamientos, apoyo la Comisión, capacitaciones y más.

En conformidad con el artículo 239.1 del TUO de la Ley de Procedimiento General Administrativo (en adelante, “LPAG”)²⁵ la actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos de investigación, supervisión y control del cumplimiento de obligaciones, prohibiciones y limitaciones exigibles a los administrados en conformidad a una fuente jurídica, solo pudiendo atribuirse tal función mediante Ley o Decreto Legislativo.

Adentrando la discusión sobre la materia de medidas correctivas, el artículo 36.1²⁶ establece que recae en la Secretaría Técnica emitir el Informe Técnico en donde se

²³ Artículo 15.1 del TUO de la LRCA: *“La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.”*

²⁴ Artículo 15.2 del TUO de la LRCA: “Son atribuciones de la Secretaría Técnica:
d) Solicitar a la Comisión el dictado de una medida cautelar;

²⁵ Artículo 239.1 del TUO de la LPAG: *“La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.
(...)
Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades.”*

²⁶ Artículo 36.1 del TUO de la LRCA: *“En un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles contados desde el vencimiento del período de prueba, la Secretaría Técnica emitirá un Informe Técnico dando cuenta de lo siguiente:
(...)
(v) Propuesta de medidas correctivas pertinentes”*

recomienda las medidas correctivas que considere pertinente luego de evaluado el caso en concreto, quedando en manos de la Comisión dictar e imponer la medida o no si así lo considera.

Pero el rol de la Secretaría Técnica frente a las medidas correctivas, al menos conforme una lectura literal de la normativa aparentemente no abarca más facultades a su nombre. Es decir, no se encuentra en la norma contenido alguno que aluda expresamente que la Secretaría Técnica pueda aceptar u objetar la designación del Oficial de Cumplimiento, realizar la designación ellos mismos o dedicarse a supervisar su desempeño.

Tomando en cuenta aquello - y a pesar de que la LPAG establece que los órganos fiscalizadores deben ejercer el control de cumplimiento de obligaciones -, ¿realmente cuenta la Secretaría Técnica con tales facultades en conformidad con el principio de legalidad?

Sobre la Resolución N° 0225-2019/SDC-INDECOPI

La resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI ya citada versa sobre la objeción - entre varias cosas - de la implementación de un nuevo Programa de Cumplimiento cuando ya contaban con uno, siendo una situación similar a la de Amauta – El Comercio.

En dicha apelación, SOLGAS expresa su desacuerdo respecto a las funciones tanto de la Comisión como de la Secretaría en torno a la aprobación y supervisión del Oficial de cumplimiento. Aunque la apelación no versa sobre la posible designación del Oficial a manos de la Secretaría Técnica, resulta necesario conocer los criterios que presenta la Sala en cuanto indirectamente abarca la facultad de designación.

Ante la apelación en mención, la Sala se pronuncia indicando que el catálogo abierto de medidas correctivas pasibles de ordenar, como la del Programa y Oficial de Cumplimiento, no se limita solo a la atribución de determinar la medida correctiva ya que se requiere a su vez determinar tanto el alcance como la forma y modalidad mediante la cual se ha de cumplir la medida correctiva, siendo dicho razonamiento concordante con su postura respecto a la capacidad de INDECOPI de ordenar el contenido mínimo de un Programa.

Es así como bajo la misma lógica mediante la cual se ordena un contenido al Programa de Cumplimiento, a opinión de la Sala, la Comisión tiene - en teoría – la facultad de

rechazar y supervisar al Oficial de Cumplimiento en cuanto se enmarca en la modalidad de cumplimiento de la medida correctiva.

En torno a como dicha facultad que recae en la Comisión se encuentra eventualmente en manos de la Secretaría Técnica, la Sala se pronuncia mediante párrafo 1807 de la misma resolución *supra*, indicando que “no existe impedimento legal de encomendar a la Secretaría Técnica facilitar o supervisar el cumplimiento de la medida correctiva”.

Asimismo, la Sala indica que las facultades *supra* con coherentes con las atribuciones de la Secretaría Técnica al ser un órgano de apoyo conforme el artículo 15.2 inciso i) del TUO de la LRCA²⁷ y el artículo 44 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones de Indecopi:

<p>Artículo 44.- Funciones de las Secretarías Técnicas.- 44.1 Son funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Competencia: a) Prestar a las Comisiones el apoyo que requieran para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos de línea y de administración interna del INDECOPI; (...) f) Otras que se encuentren previstas en sus respectivas normas legales de creación o que se le encomienden.</p>

Es de tal forma que la Sala establece que las facultades en mención recaen en la Comisión y que la Secretaría Técnica se encarga de apoyar a la Comisión en el cumplimiento de estas, existiendo entonces un respeto del principio de legalidad.

Críticas

No es de sorprender que la postura adoptada por parte de la Sala es susceptible de ser arduamente criticada. En primer lugar, la postura de la Sala solo es admisible si se parte de una interpretación sumamente extensiva del principio de legalidad.

Según Bermúdez Soto (2008) **[A – 44]** el principio de legalidad para la Administración consiste en la presencia de una autorización previa. La Administración solo puede actuar en base a la existencia de una atribución legal que le confiera el ordenamiento al que pertenece, indicando que aquellos ámbitos que se sumergen a la discrecionalidad de la interpretación se han de basar “*en las opciones mismas que el ordenamiento jurídico admite*”.

Sobre la afirmación particular de la Sala de “no existir impedimento legal de encomendar a la Secretaría Técnica” las funciones de aprobación y supervisión, en perspectiva de

²⁷ Artículo 15.2 inciso (i) del TUO de la LRCA: “i) *Canalizar el apoyo administrativo que requiera la Comisión*”.

Guzmán Napuri, texto ya citado, la Administración no puede ejercer la lógica de libertad negativa²⁸ de la misma forma que puede una persona natural. Es decir, la Administración solo puede hacer aquello que está expresamente habilitado de realizar y en base a sus competencias legales, tomando en cuenta que se encuentra en juego los derechos fundamentales de los administrados.

Otra crítica se ha de centrar en el citado artículo 15.2 inciso (i) del TUO de la LRCA, en donde se ha de definir qué significa “*apoyo administrativo*”. A ojos de la Sala, el apoyo administrativo abarca velar por el desarrollo adecuado de las medidas correctivas, pero es posible que en realidad el apoyo administrativo ha de limitarse al soporte interno o logístico de la Comisión, coordinaciones con otras áreas administrativas, convocatorias y más. Es así como existe una ambigüedad sobre que realmente ha de realizar la Secretaría como apoyo administrativo de la Comisión.

Sobre la facultad de designar al Oficial de Cumplimiento

El límite razonable del rol de INDECOPÍ ha de ser el de establecer las pautas mínimas y menos invasivas que garanticen el cumplimiento del Programa de Cumplimiento, más no el de participar de una manera intrusiva que afecte la libertad de empresa y contratación de cada empresa, derechos que aún persisten a pesar de la condición de infractores.

En principio, la autonomía privada de las organizaciones opera como el limitante a la Administración, delimitando hasta qué punto puede interferir directamente. Existen ciertos supuestos en donde la Administración si puede operar en materia organizacional, siendo estos respaldados por una habilitación legal como en el caso del artículo 97.4²⁹ de la Ley 27809 “Ley General del Sistema Concursal” y el artículo 115³⁰ de la Ley 26702 “Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros”.

²⁸ En palabras de Guzmán Napuri, la libertad negativa se entiende bajo la idea que ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande ni impedida de hacer lo que esta no prohíbe, entendiéndose en materia administrativa que la Administración no ostenta una facultad por el simple hecho de que no exista una norma que se lo prohíba.

²⁹ Artículo 97.4 de la Ley 27809: “*En el caso de que dicha Junta no se instale o instalándose no adopte el acuerdo pertinente a la liquidación, la Comisión podrá designar (...) al liquidador responsable*”

³⁰ Artículo 115 de la Ley 26702: “*La selección se hará mediante concurso público. En caso de que la segunda convocatoria a concurso público quedase desierta, la liquidación será judicial y se regirá en lo pertinente por el Título II de la Sección Tercera de la Ley General de Sociedades. La designación del liquidador la realiza la Corte Suprema y el seguimiento del proceso de liquidación correspondiente es competencia exclusiva del Poder Judicial.*”

En ambos supuestos se emplea una lógica incluso más flexible que la de INDECOPI ya que tipifican supuestos en donde la organización no realiza la designación por sus propias manos a diferencia del caso concreto, en donde INDECOPI pretende alegar que el incumplimiento de presentar a un Oficial de Cumplimiento adecuado los habilita a designar ellos mismos al Oficial de Cumplimiento.

La facultad de designación es en realidad una facultad de participación en materia organizacional, excediendo ampliamente la modalidad de cumplimiento de las medidas correctivas. Por ende, no se puede englobar de la misma forma en la que se trata las facultades de aprobación y supervisión, siendo un tema que no pertenece a una discusión sobre legalidad al vulnerarla ampliamente

Conclusión

En casos similares al de Amauta-El Comercio, la Sala ha ofrecido una explicación sustentada en la adopción de una interpretación abierta del principio de legalidad que para muchos puede resultar insuficiente al existir claros inconvenientes. Aunque las facultades en discusión, las de aprobación y supervisión más que de designación, permiten efectivamente defender y asegurar que se proteja el principio de Libre Competencia al ser idóneas para instaurar un Oficial de Cumplimiento óptimo, sería ideal que se encuentren sujetas a una adecuada tipicidad.

Una posición que puede resultar más concreta y coherente parte de determinar que la Comisión es el órgano decisorio y la Secretaría Técnica es el órgano gestor. En base a aquello, los aspectos de la ejecución de las medidas correctivas han de recaer en aristas de gestión, los cuales recaen en la Secretaría. De tal forma se evita que el administrado cuestione las facultades, más aún cuando se trata de una materia relativamente nueva como es el Compliance.

Aunque Amauta-El Comercio no haya objetado tal extremo, resulta necesario reconocer que INDECOPI ha adoptado una postura clara frente a los casos de Compliance y de Programas de Cumplimiento, indicando que cuando ordene la implementación de uno, aquel se encontrará sujeto principalmente a la Secretaría Técnica.

PROBLEMA PRINCIPAL

Los criterios de INDECOPI en la designación del Oficial de Cumplimiento

Aunque no existe extensa jurisprudencia, INDECOPI desde mediados de la década de los 2010s ha iniciado con la implementación de Programas de Cumplimiento a empresas sancionadas. La evaluación particular de estos permitirá identificar si desde un inicio INDCOPI ha hecho uso de los mismos criterios sobre la designación del Oficial de Cumplimiento que se aplicaron para el caso de Amauta – El Comercio, o si en cambio dictaba otros requisitos y condiciones.

De una revisión preliminar, encontramos que, en una de las primeras resoluciones, la resolución 078-2016/CLC-INDECOPI [A-45], no se hace mención específica alguna sobre la necesidad de incorporar un Oficial de Cumplimiento dentro del Programa de Cumplimiento que se imparte. La figura de Oficial de Cumplimiento es adoptada por INDECOPI en materia de Libre Competencia a partir de la resolución 099-2017/CLC-INDECOPI [A-46], en la cual se contempla la posibilidad de incorporar al Oficial de tiempo parcial en vez de un rol permanente y jerárquico.

Terminada esta primera etapa, INDECOPI comienza a la aplicación de un estándar inamovible sobre el Oficial de Cumplimiento y su designación, evidenciado por las resoluciones 0190-2018/SDC-INDECOPI [A-47] y 0157-2019/SDC-INDECOPI [A-48], en donde se comienzan a plantear los criterios descritos en el Informe como el conflicto de interés, la facultad de supervisión, de designación y más sin mayor distinción.

Tal y como se indicó a inicios del Informe, la importancia de estos criterios recae en que hoy en día INDECOPI continua en ejercicio de estos mismos criterios. La resolución 213-2025/CLC-INDECOPI [A – 49] resulta – a la fecha – la resolución mas reciente por parte de Indecopi en materia de Libre Competencia en donde ordena un Programa de Cumplimiento, indicando sobre la designación del Oficial de Cumplimiento lo siguiente:

- En primer lugar, la figura de Secretaría Técnica es ahora la Dirección en conformidad con el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI [A – 50]
- El Oficial de Cumplimiento será de **tiempo completo**
- Deberá ser un profesional con experiencia en temas de Compliance y en Libre Competencia
- No puede tener relación con los gerentes generales o directivos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
- No ha sido abogado, asesor o representante legal de la empresa en los últimos cinco años
- La Dirección tiene la facultad de objetar las propuestas que presenten las empresas hasta dos veces y solicitar una nueva propuesta

- Si la Dirección no quedara conforme con la tercera propuesta presentada, la Dirección designará al Oficial de Cumplimiento **a través de concurso público**.
- La Dirección podrá solicitar la remoción y designación de un nuevo Oficial de Cumplimiento en caso considere que el designado no esta cumpliendo debidamente sus funciones. En caso la empresa rechace la remoción, **se le podrá iniciar un procedimiento por incumplimiento de medida correctiva**.

Se evidencia entonces que muchos de los criterios, particularmente los requisitos de carácter siguen siendo empleados sin mayor alteración. Sin embargo, en el extremo de las facultades, se evidencia que ahora el criterio es mas exigente y con mayor rigor. Por algún motivo, ahora la designación del Oficial de Cumplimiento, un tema de materia organizacional en ámbito privado ha de desarrollarse mediante un procedimiento e instrumento de naturaleza publica como es el concurso público. Asimismo, ahora la solicitud de cambio de Oficial de Cumplimiento por no cumplir con el estándar de desempeño es expresamente obligatoria, existiendo entonces una nueva modalidad mediante la cual INDECOPI puede pretender designar al Oficial de Cumplimiento

En base al análisis de este primer apartado, se entiende la existencia de una tendencia por parte de INDECOPI en materia de Libre Competencia al momento de establecer las condiciones y requisitos para la designación del Oficial de Cumplimiento, ofreciendo un estándar sin mayor noción o indicio de retroceso en el futuro, indicando en cambio una mayor exigencia que produce a su vez nuevos cuestionamientos. En razón a aquello, es pertinente evaluar en que aspectos puede INDECOPI mejorar para evitar desnaturalizar el Compliance, su naturaleza, finalidad y sus buenas prácticas.

De forma adicional, resulta pertinente evaluar si los criterios que emplea INDECOPI sobre el Oficial de Cumplimiento en materia de Libre Competencia son similares en los casos de Protección al Consumidor en cuanto se ha desarrollado el Compliance de una forma distinta. Esta distinción se evidencia en cuanto el artículo 116 del Código de Protección del Consumidor, artículo que contempla las medidas correctivas, no prevé expresamente la posibilidad de implementar Programas de Cumplimiento a pesar de la existencia del Decreto Supremo N° 185-2019-PCM, en donde se aprueba el Reglamento que promueve y regula la implementación de Programas de Cumplimiento en materia de protección al consumidor.

Como punto esencial para visualizar esta distinción de criterios, se cuenta con la resolución 3769-2025/SPC-INDECOPI **[A-51]** en donde se confirma la sanción a Interbank y la incorporación de un Programa de Cumplimiento. Sobre este último, se destaca que su énfasis recae en la incorporación de políticas y mecanismos internos,

limitándose a indicar que meramente se requiere designar a un responsable – siendo este el Oficial de Cumplimiento - del Programa sin mayor exigencia adicional.

Es así como en materia de Libre Competencia, INDECOPI aparentemente emplea sobre la designación del Oficial de Cumplimiento un criterio mucho más serio y complejo – y a veces excesivo - mientras que en materia de Protección de Consumidor presenta una postura más flexible. Sobre dicha flexibilidad, no se puede afirmar con seguridad si resultará en Programas más efectivos, razón por la cual la evaluación a realizar no propone adoptar los criterios que se emplean en materia de Protección al Consumidor.

El principio de razonabilidad

Siendo el Compliance una rama relativamente nueva tanto para organizaciones como para la Administración, es posible que se llegue a situaciones no deseadas, inconclusas, contradictorias o lesivas. Aquello no se debe por la existencia de malicia alguna o dolo por parte de la Administración, sino por falta de debida preparación o internalización de lo que realmente implica y busca alcanzar el Compliance.

Aunque las condiciones, requisitos y el contenido que se ordena a los Programas de Cumplimiento pueden ser adecuados e idóneos para prevenir y garantizar que las prácticas anticompetitivas no se materialicen nuevamente, aquello debe realizarse dentro del marco legal y de la doctrina del Compliance. La forma principal para evaluar si existen condiciones que se pueden de mejorar o si aquellos son los adecuados, se cuenta con el principio de razonabilidad como herramienta esencial.

En términos doctrinarios, la razonabilidad recoge las medidas correctivas tomando en consideración la gravedad de la infracción, entendiéndose la razonabilidad como el rechazo a los excesos y el respeto de los debidos márgenes de discreción dentro de los estándares de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, entendiéndose idoneidad como la adecuación de la medida en alcanzar la finalidad que se busca y necesidad como la existencia de medios alternativos plausibles que también alcanzan dicha finalidad (Lucchetti, 2009) **[A – 52]**.

Finalmente, dentro de la potestad sancionadora de las entidades como INDECOPI, el Expediente 00535-2009-PA/TC **[A – 53]** indica lo siguiente:

“Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe

efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional. (...)”.

Por ende, la aplicación de medidas correctivas no debe responder a un procedimiento ya predeterminado, se requiere de una evaluación concreta de la situación y determinar si los fines que busca la medida pueden ser adoptados mediante otras menos lesivas, dando paso a una decisión que es conforme con la norma y la realidad material del caso.

Asimismo, el principio de razonabilidad se recoge en el artículo IV.1.4 y el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, establecido su esencialidad bajo los siguientes términos:

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

***Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora**

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

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.”

Sobre las condiciones particulares que rige el Oficial de Cumplimiento de Amauta - El Comercio, los requisitos de carácter para la designación y la aprobación por parte de la Secretaría Técnica, aunque existan observaciones por realizar, se enmarcan plenamente en el marco de la razonabilidad. No solo existe evidencia empírica del éxito de estas medidas en la doctrina de Compliance, sino que se enmarcan en la finalidad de contar con un Oficial de Cumplimiento que, en principio, va a realizar un gran trabajo.

Sin embargo, sobre las facultades de control de la Secretaría Técnica, hoy en día asumidas por la Dirección, sobre la posibilidad de designar al Oficial de Cumplimiento

ni su rol de supervisor de desempeño cumplen con dicho estándar, requiriendo ambas de un análisis en particular.

Sobre la razonabilidad de designar al Oficial de Cumplimiento

Desde el punto de vista del aspecto de idoneidad, dejar la designación en manos de la Secretaría Técnica cuando la organización reiteradas veces demuestra no poder presentar un prospecto válido para que asuma la toga de Oficial de Cumplimiento, se sustenta en cuanto la Secretaría Técnica, en principio, cuenta con mejores cualidades y capacidades de selección de prospectos al tener un mejor entendimiento del Compliance.

Aquello guarda lógica en cuanto es la Secretaría Técnica la encargada en materia de lineamientos, siendo ellos quienes realizan la Guía de Programas de Cumplimiento de INDECOPI. Sin embargo, sin discutir las amplias capacidades de la materia por parte de la Secretaría Técnica, si partimos en torno al atributo de necesidad de la medida, la facultad de control en cuestión resulta ser claramente excesiva.

Se ha de considerar que bastaba con que la medida correctiva estableciese que ante el incumplimiento de Amauta – El Comercio de presentar candidatos que cumplen con los estándares de conocimiento o de conflicto de interés, se dé inicio con el procedimiento de sanción por incumplimiento de la medida correctiva, correspondiendo entonces la imposición de multas coercitivas en conformidad con el artículo 51.1 y 51.2 del TUO de la LRCA:

51.1. Si el obligado a cumplir una medida correctiva ordenada por la Comisión en su resolución final no lo hiciera, se le impondrá una multa coercitiva equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la multa impuesta por infracción de la conducta anticompetitiva declarada. La multa coercitiva impuesta deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

51.2. En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla la medida correctiva ordenada y hasta el límite de dieciséis (16) veces el monto de la multa coercitiva originalmente impuesta.

Un punto que se puede elevar a discusión como contrargumentación recae en el debate de costo-beneficio o “*expected punishment cost*” de Richard Posner (1985) [A – 54]. El

ilustrado abogado plantea que la persona jurídica, cuando comete una infracción, emplea una motivación racional al calcular el costo-beneficio y lesividad de la consecuencia de su infracción.

Utilizando dicha lógica, si la consecuencia es más lesiva que el beneficio esperado, se espera que no vaya a cometer la infracción. En cambio, si la consecuencia es menos lesiva que el beneficio esperado, entonces la persona jurídica cometerá la infracción y soportará la multa al obtener un beneficio neto.

Pero para el presente caso, considero que resulta claro que la consecuencia (aplicación de multas coercitivas que se multiplican) es mucho más lesiva que el beneficio que recibiría en cuanto, desde mi parecer, no hay organización en el país que esté dispuesta a aguantar multas equivalentes a 16 veces la multa coercitiva inicial solo por un Oficial de Cumplimiento.

Por ende, se deslumbra que la Comisión comete excesos al momento de contemplar la posible facultad de la Secretaría Técnica de designar al Oficial de Cumplimiento, desconociendo la naturaleza autorregulatoria y de autonomía privada que emana al Compliance, incluso llegando a que hoy en día la designación se puede dar por concurso público. Ya existe un supuesto para el incumplimiento de la medida correctiva, y pretender aplicar una que afecta directamente los derechos fundamentales de la organización de forma excesiva no cumple con el principio de razonabilidad.

Sobre la razonabilidad de supervisar al Oficial de Cumplimiento

Dando paso a la facultad de supervisión y solicitud de reemplazo por parte de la Secretaría Técnica, ambas son funciones que inciden directamente en garantizar el desempeño del Oficial de Cumplimiento y proteger el principio de Libre Competencia.

En conformidad con la Sala, la Secretaría Técnica cuenta plenamente con las facultades de supervisión y verificación de cumplimiento de la medida correctiva. Sin embargo, se ha de notar 4 aspectos en torno a excesos por parte de INDECOP: el estándar de evaluación, la obligatoriedad de acatar la solicitud de reemplazo del Oficial de Cumplimiento, la falta de temporalidad de la supervisión y el debate “juez y tercero imparcial”.

Sobre el primero, no se establece un estándar de que significa “buen desempeño” del Oficial de Cumplimiento. Al no contar con una matriz adecuada, el Oficial de Cumplimiento se vería sujeto a un estándar de desempeño que no pertenece a los

criterios de la organización de la que forma parte, sino estaría sujeto a un estándar que se desconoce sujeto a la Administración.

Esto puede llevar a que el Oficial de Cumplimiento se dedica a ejercer sus funciones a satisfacción de INDECOPI y no de los intereses propios de la organización, dando paso a que puedan darse Oficiales de Cumplimiento más preocupados por su desempeño a ojos de la Entidad que de la misma organización, generando o intensificando la tensión innecesaria y el sentimiento de rechazo que se tiene usualmente sobre el Oficial de Cumplimiento.

Sobre la obligatoriedad de la solicitud, de una interpretación literal del término solicitud por parte de la RAE³¹, solicitud es sinónimo de términos allegados como petición, ruego y demanda. Por ende, de una lectura inicial se entiende que no hay una obligación concreta de realizar el cambio, siendo meramente una recomendación de la entidad. Sin embargo, de la evaluación realizada de las otras resoluciones, se deslumbra que hoy en día el tono ha cambiado completamente. Ahora, la Dirección – órgano que asume las facultades de la Secretaría Técnica – puede sancionar a la organización por no hacer caso a la solicitud e incluso designar al Oficial de Cumplimiento.

Sobre la falta de temporalidad, al no establecer un plazo de tiempo Amauta – El Comercio se vería en principio supervisada indefinidamente lo cual resulta en ilógico e incongruente con las demás resoluciones como la resolución 010-2017/CLC-INDECOPI en donde se establece un marco temporal en el cual se supervisará al Programa de Cumplimiento.

Finalmente, y en mayor énfasis de discusión, se presenta el dilema con relación a los roles que asumiría internamente INDECOPI ya que asume el rol de “juez”, al ser la Secretaría Técnica y la Comisión quienes juzgan la infracción cometida, y a la vez asume el rol de “tercero imparcial”, partiendo de la idea que la apreciación del desempeño del Oficial de Cumplimiento ha de ser realizado desde la objetividad y no en base a elementos como el conflicto de interés. Ante la presencia de este dilema, en términos de necesidad y proporcionalidad nos encontramos ante la existencia de una medida alternativa que daría solución, la figura de Monitor Externo, una figura reconocida por la misma INDECOPI en su Guía de Programas de Cumplimiento.

La mencionada figura adquirió trascendencia en el Compliance producto del caso *The State of Texas v. APPLE, INC* [A – 55] y se define como aquel agente externo e

³¹ Real Academia Española. *solicitud*. En *Diccionario de la lengua española* (ed. vigesimotercera). Recuperado de <https://dle.rae.es/solicitud>

independiente designado por la Entidad cuya finalidad es supervisar y verificar por un determinado tiempo la implementación y cumplimiento del Programa de Cumplimiento y por extensión del Oficial de Cumplimiento.

El Monitor Externo ha de supervisar al Oficial de Cumplimiento y emitir reportes de forma recurrente a la Entidad en donde informa de su evaluación del Programa y del Oficial de Cumplimiento al igual que el resto de las políticas, procedimientos, capacitaciones y más relacionados al cumplimiento normativo y ético, notificando de sus hallazgos y formulando recomendaciones a la organización supervisada.

En principio, optar por un Monitor Externo implica (i) mayor imparcialidad al tratarse de un agente sin mayor interés político concreto ni conflicto de interés de por medio, lo cual permite que pueda verificar los hechos y resultados de una forma objetiva sin sesgo alguno, y (ii) mayor eficiencia debió a la especialización técnica sobre Compliance que se espera ostente.

Sin embargo, el Monitor Externo puede verse frente a problemas prácticos, específicamente en torno a la cooperación por parte de la empresa infractora. Aquello se evidencia en el primer informe emitido por el Monitor Externo en el mencionado caso de Apple, en donde hace notar la falta de cooperación por parte de Apple al obstaculizar la comunicación entre Monitor Externo con los altos directivos de la empresa, algo que en principio no ocurre en caso sea la Administración quien supervisa por miedo a la represalia:

This Report is based on the Monitor's work since his Appointment. Even though six months have passed since Appointment, and in some respects much activity has taken place, we have not made nearly as much progress as we would have anticipated in reviewing and assessing Apple's antitrust compliance policies, procedures, and training. The preliminary status of our evaluation is due to a lack of information necessary to perform a comprehensive assessment. To date, we have conducted brief initial interviews with a limited number of Apple employees, most of whom were lawyers, and received documents and brief video clips from Apple related to the company's enhanced policies, procedures, and training. Our failed attempts to speak with senior members of the company are of particular importance, considering our need to evaluate the commitment of Apple's leadership to an effective antitrust compliance program. The Monitor and Apple also had one substantive meeting on March 4, 2014 (the March 4 Meeting) regarding the enhancements Apple has made to its antitrust policies, procedures, and training. The bulk of this information was provided

Sobre si esta figura puede ser incorporada en el ordenamiento peruano, INDECOPI en el capítulo 9 de la Guía de Programas de Cumplimiento indica que en principio si es posible incorporarlo en nuestro ordenamiento, recomendando que se incorpore (i) si se trate de una empresa infractora que ya contaba con un Programa de Cumplimiento, (ii) si se trate de un caso de especial complejidad y gravedad y, (iii) empleando los mismos

criterios y requisitos aplicables para la selección del Oficial de Cumplimiento referidos a experiencia, capacidad y conflicto de interés.

Sin embargo, surge el debate de si en el Perú existe una oferta adecuada y especializada para un servicio de Compliance completo y realmente efectivo. Siendo esto una materia que excede el objeto del presente Informe Jurídico no es posible realizar una afirmación certera, por lo menos no ahora.

De todas formas, aunque puedan existir problemas en el ejercicio de las funciones de Monitor Externo, su designación asegura en principio que el Oficial de Cumplimiento pueda operar en conjunto con los intereses de la organización, asegurando una adecuada distancia entre la organización e INDECOPI. En base a aquello, resultaría ser una medida menos lesiva que admitir la supervisión directa a manos de la Secretaría Técnica, tomando en cuenta la necesidad de una perspectiva objetiva e imparcial.

Conclusión

INDECOPI si ha sido capaz de entender la finalidad del Compliance como medio para garantizar el respeto de la Libre competencia, sin embargo, la tendencia presentada en los criterios sobre las facultades para ejercer control sobre el Oficial de Cumplimiento no refleja un entendimiento de la naturaleza autorregulatoria del mismo.

Incluso en el contexto de un administrado infractor, se ha de respetar sus derechos en concordancia con los principios constitucionales y administrativos de la potestad sancionadora. Es claro que los derechos no son ilimitados y requieren de restricciones cuando se amerita, por lo cual otorgar a INDECOPI la facultad de designar al Oficial de Cumplimiento o admitir que pueda evaluar y solicitar su reemplazo son medidas que no responden realmente a dichos límites.

Al ser el Compliance un mundo relativamente nuevo, en muchas ocasiones la misma Administración puede realizar una valoración y aplicación excesiva del mismo. Esto no indica malicia o dolo de su parte, sino falta de experiencia en la materia que aun cuenta con los recursos suficientes para corregir y adecuar, más aún en vista que los criterios en mención se siguen aplicando, pero ahora con mayor lesividad.

Todo órgano perteneciente a la Administración - aun operando con la mejor intención - es susceptible de incurrir en error. Por ende, la presente resolución encaja en tal supuesto, en donde INDECOPI adecuadamente sanciona una infracción y ordena la

debida implementación de un Programa de Cumplimiento, pero incluye ciertos extremos que en resoluciones futuras ha de abstenerse de incluir o de mejorar.

Luego de verificado aquello, es pertinente que INDECOPI se familiarice con la doctrina del Compliance y reconozca los límites de sus facultades para el beneficioso general de la Libre competencia ya que, como bien identificó Nieto Martín, el Compliance es un híbrido entre el mundo del derecho público con el privado, requiriendo que ambas caras de la moneda colaboren en conformidad a su capacidad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. **Sobre la implementación de Programas de Cumplimiento:** INDECOPI se encuentra plenamente facultado de ordenar a organizaciones infractoras que compongan un Programa de Cumplimiento. Dicho Programa ha de ser acompañado con un contenido mínimo que pueda garantizar, o por lo menos guiarla, al éxito. Para determinar que contenido ha de ser incluido, se debe valorar las distintas instituciones internacionales como la OCDE, el World Bank y más, quienes a raíz de largas investigaciones y casuísticas han sido capaces de identificar con claridad que componentes mínimos se requieren.
2. **Sobre los requisitos de carácter del Oficial de Cumplimiento:** Se entiende que un Oficial de Cumplimiento, como “líder” del Programa de Cumplimiento, no es una posición dentro de la organización que pueda ser asumida por cualquier persona. Se requiere de una persona con amplios conocimientos, habilidades e imparcialidad para poder garantizar el éxito del Programa, más aún cuando se trata de una organización infractora que se encuentra inestable y requiere de un adecuado liderazgo y cooperación para materializar un cambio organizacional real.
3. **Sobre si el Gerente Legal ha de ser Oficial de Cumplimiento:** Solo en determinados casos se ha de admitir la unión de ambos roles en una misma persona, en cuanto funcionalmente ambas cumplen roles distintos. INDECOPI adecuadamente reconoce que dicha postura se asimila a las buenas prácticas del Compliance y, por ende, en caso de empresas pequeñas, no se exige que se separen las funciones.

4. **Sobre las facultades de control de la Secretaría Técnica:** En materia de las facultades de control por parte de la Secretaría Técnica, específicamente la de designación, estas derivan en primer lugar de una interpretación amplia del principio de legalidad y a su vez entran en conflicto con el principio de razonabilidad. Por ende, dichas facultades salvo la facultad de aprobación son debidamente cuestionadas y requieren de una adecuación para encontrarse en coherencia con la naturaleza autorregulatoria del Compliance y en respeto de los principios administrativos.
5. **Sobre INDECOPI y su relación con el Compliance:** A partir del análisis de la designación del Oficial de Cumplimiento, INDECOPI si entiende el Compliance, pero debe de reajustar como los implementa ya que resulta evidente que muchas veces comete excesos en las condiciones que impone. Se ha de reconocer que existen otros elementos como las capacitaciones y auditorias que no formaron parte del análisis, siendo necesario realizar una investigación más a detalle para formar una opinión completa del tema.
6. **Sobre el Compliance en el Perú:** El Compliance como rama es relativamente nueva, por ende, se requiere ver como otros ordenamientos más desarrollados en la materia como el de Estados Unidos y Brasil lo aborda. Aunque en teoría puedan existir conceptos como el Monitor Externo, es necesario reconocer que existe la posibilidad que nuestro ordenamiento no se encuentre lo suficientemente preparado para incorporar dichos conceptos.

BIBLIOGRAFÍA

No.	Bibliografía
A-1	INDECOPI. (2021). <i>Resolución N° 00037-2021/SDC-INDECOPI (Expediente 012-2018/CLC)</i> . Lima, Perú
A-2	INDECOPI. (2020). <i>Resolución N° 0014-2020/CLC-INDECOPI (Expediente 012-2018/CLC)</i> . Lima, Perú
A-3	Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, <i>Decreto Supremo N.° 111-2024-PCM</i> (2019). Diario Oficial El Peruano.
A-4	Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, <i>Decreto Legislativo N° 1033</i> (2008). Diario Oficial El Peruano. Recuperado de https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales
A-5	Ley del Procedimiento Administrativo General, <i>Decreto Supremo N° 27444</i> . (2001). Diario Oficial El Peruano. Recuperado de https://www.gob.pe/ley-27444
A-6	INDECOPI. (2020). <i>Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia</i> . Lima, Perú: INDECOPI.
A-7	OCDE. (2021), <i>Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE</i> . Recuperado de: http://oe.cd/ccp
A-8	OCDE. (2022), <i>Tendencias sobre competencia en Latinoamérica y el Caribe 2022, OCDE Business and Finance Policy Papers</i> . Recuperado de: https://doi.org/10.1787/f19a5033-es .
A-9	INDECOPI. (2018). <i>Resolución N° 0049-2018/ST-CLC-INDECOPI</i> Lima, Perú
A-10	Informe Técnico 078-2019/ST-CLC-INDECOPI
A-11	INDECOPI. (2019). <i>Resolución N° 0032-2019/CLC-INDECOPI</i> Lima, Perú.
A-12	Oswaldo, Artaza (2014). <i>Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal</i> .

A-13	John S. Moot (2008). Compliance Programs, Penalty Mitigation And The FERC,” <i>Energy Law Journal</i> , volumen 29, páginas 547-575
A-14	World Bank Group. (2011) “ <i>Integrity Compliance Guidelines</i> ”
A-15	World Economic Forum – WEF. (2016) “ <i>Partnering Against Corruption – Principles for Countering Bribery</i> ”
A-16	Nieto, M. (2013) El derecho penal económico en la era compliance. <i>Tirant lo Blanch</i>
A-17	Aguirre Gonzalez, J. A., Alzamora Flores, M. R., Nuñez Amado, M. S., & Ortiz Palao, M. G. (2024). <i>Control efectivo de la implementación de programas de cumplimiento en libre competencia a empresas sancionadas por INDECOPI</i> . Universidad ESAN
A-18	Sanchez M. (2018). ¿Autorregulación o deber?
A-19	United Nations Office on Drugs and Crime. (2013). <i>An Anti-corruption ethics and compliance programme for business: A practical guide</i>
A-20	Congreso de la República del Perú. (1993). <i>Constitución Política del Perú</i> . Diario Oficial El Peruano, 31 de diciembre de 1993.
A-21	Paz Chávez, F. de L. (2024). <i>Informe jurídico de la Resolución N.º 157-2019/SDC-INDECOPI</i> Repositorio Institucional Universidad Pontificie Católica del Perú.
A-22	Morón Urbina, J. C. (2010). <i>Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración</i> . <i>Revista De Derecho Administrativo</i> , (9), 135–157. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13710
A-23	Gallardo, C. (2008). <i>Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica</i> . Madrid: Iustel.
A-24	Dristankita, D. (2014). <i>Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs in ensuring ethical conduct</i> . <i>International Journal of Advanced Legal Research</i> . Volumen 4, numeral 3.
A-25	INDECOPI. (2019). <i>Resolución N° 0225-2019/SDC-INDECOPI</i> Lima, Perú

A-26	Napuri, G. (2009) <i>Los principios generales del Derecho Administrativo</i> . IUS La Revista, página 230 y 231.
A-27	KPMG (2015) Cinco cuestiones clave sobre: el rol del Compliance Officer.
A-28	U.S. Department of Justice, Criminal Division. (2024) <i>Evaluation of Corporate Compliance Programs</i>
A-29	Nili, Y. (2014) Compliance or Legal? The Board's Duty to assure clarity. Harvard Law School Forum on corporate governance. En: https://corpgov.law.harvard.edu/2014/08/12/compliance-or-legal-the-boards-duty-to-assure-clarity/
A-30	Reichert, T. (2011) The Roles of General Counsel and Chief Compliance Officers. En: https://www.corporatecomplianceinsights.com/the-roles-of-general-counsel-and-chief-compliance-officers/
A-31	European Banking Authority. (2022). <i>Guidelines on policies and procedures in relation to compliance management and the role and responsibilities of the AML/CFT Compliance Officer (EBA/GL/2022/05)</i> .
A-32	Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, <i>Decreto Supremo N.º 013-2013-PRODUCE</i> . Diario Oficial El Peruano.
A-33	Estudio Ehecopar (2021). <i>Comentarios a Guía de Programas de Cumplimiento</i> .
A-34	Kollnig, K. (2023). <i>We are not there yet: The Implications of insufficient Knowledge Management for Organizational Compliance</i> .
A-35	Muente, R. (2015). ¿Abogado? ¿Asesor Legal ¿Gerente Legal? Disponible en: https://es.linkedin.com/pulse/abogado-asesor-legal-gerente-rafael-muente-schwarz
A-36	Donna Boehme (2013). There's no crying in Compliance. <i>Compliance & Ethics Professional</i>
A-37	Michele Destefano (2016). The Chief Compliance Officer Shou/d there be a new "C" in the C-Suite?. <i>The Compliance Movement</i> , volumen 2, número 5.
A-38	Basel Committee on Banking Supervision. (2005). <i>Compliance and the compliance function in banks (BCBS 113)</i> . Bank for International Settlements.

A-39	The Institute of Internal Auditors. (2022). <i>Clarity and collaboration for stronger governance: The Three Lines Model and compliance</i> . Global Perspectives and Insights
A-40	OCDE, UNODC, & World Bank. (2013). <i>Anti-corruption ethics and compliance handbook for business</i>
A-41	Murtin, F., Arnaud, B., Le Thi, C., & Parent-Thirion, A. (2022). <i>The relationship between quality of the working environment, workers' health and well-being: Evidence from 28 OECD countries</i> . OECD Papers on Well-being and Inequalities, número 4.
A-42	Tribunal Constitucional del Perú. (2003). <i>Sentencia del Expediente N.º 0008-2003-AI/TC</i> . <i>Diario Oficial El Peruano</i> . Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html
A-43	Lehman, N. (2012). <i>Is There a Lawyer's Mind? Lessons from Compliance Programs</i> , página 349.
A-44	Bermúdez Soto. (2008) El principio de legalidad y nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamento para la aplicación de una solución de Derecho Común. <i>Revista de Derecho Público</i> , vol 70. Páginas 274-275
A-45	INDECOPI. (2016). <i>Resolución N° 078-2016/CLC-INDECOPI</i> . Lima, Perú.
A-46	INDECOPI. (2017). <i>Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI</i> . Lima, Perú
A-47	INDECOPI. (2018). <i>Resolución N° 0190-2018/SDC-INDECOPI</i> . Lima, Perú
A-48	INDECOPI. (2019) <i>Resolución N° 0157-2019/SDC-INDECOPI</i> . Lima, Perú
A-49	INDECOPI. (2025) <i>Resolución N° 0213-2025/CLC-INDECOPI</i> . Lima, Perú
A-50	INDECOPI. Reglamento de Organización y Funciones. Recuperado de: https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2398440
A-51	INDECOPI. (2025) <i>Resolución N° 3769-2025/SPC-INDECOPI</i> . Lima, Perú
A-52	Lucchetti Rodríguez, A. B. (2009). <i>Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas</i> . <i>Revista de Derecho Administrativo</i> , (7), 484-489.

A-53	Tribunal Constitucional. (2009). <i>Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00535-2009-PA/TC</i> (Caso Rodolfo Oroya).
A-54	Posner, R. A. (1985). An Economic Theory of Criminal Law. <i>Columbia Law Review</i> , 85, 1193-1231
A-55	<i>United States v. Apple Inc</i> (2015), 791 F.3d 290

ANEXOS





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA

DENUNCIANTE : DE OFICIO

DENUNCIADOS : EMPRESA EDITORA EL COMERCIO S.A.
AMAUTA IMPRESIONES COMERCIALES S.A.C.
PEDRO ISASI RIVERO¹
MIRKO RADOVIC BARRETO²

MATERIAS : LIBRE COMPETENCIA
PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES
REPARTO CONCERTADO DE CLIENTES

ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE IMPRESIÓN

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 en el extremo que halló responsable al señor Pedro Isasi Rivero por su participación desde enero de 2011 hasta mayo de 2016, en la realización y ejecución de la conducta anticompetitiva consistente en un reparto concertado de clientes en el mercado de impresiones comerciales a nivel nacional, lo cual fue concertado por Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. con Quad/Graphics Perú S.A. La conducta del señor Pedro Isasi Rivero está tipificada en los artículos 2.1 y 43.3 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Asimismo, se **CONFIRMA** la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 en el extremo que halló responsable al señor Mirko Radovic Barreto por su participación desde febrero de 2013 hasta diciembre de 2014, en la realización y ejecución de la conducta anticompetitiva antes mencionada. La conducta del señor Mirko Radovic también se encuentra tipificada en los artículos 2.1 y 43.3 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

De otro lado, se **CONFIRMA** la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 en el extremo que estableció la multa aplicable a Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C., en catorce mil cuatrocientos cuatro y 06/100 (14,404.06) Unidades Impositivas Tributarias.

Finalmente, se **MODIFICA** el extremo de dicho pronunciamiento que sancionó a los señores Pedro Isasi Rivero y Mirko Radovic Barreto con multas de setenta y cuatro y 29/100 (74.29) y de siete y 26/100 (7.26)

¹ Persona natural identificada con DNI: 43930769.

² Persona natural identificada con DNI: 10305429.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente, y se impone al primero una multa de sesenta y dos y 17/100 (62.17) y al segundo una multa de seis y 7/100 (6.07) Unidades Impositivas Tributarias.

SANCIONES:

- **EMPRESA EDITORA EL COMERCIO S.A. Y AMAUTA IMPRESIONES COMERCIALES S.A.: 14,404.06 UIT.**
- **PEDRO ISASI RIVERO: 62.17 UIT.**
- **MIRKO RADOVIC BARRETO: 6.07 UIT.**

Lima, 4 de marzo de 2021

CONTINÚA EN LA PÁGINA SIGUIENTE

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES.....	4
II.	CUESTIONES EN DISCUSIÓN.....	18
III.	ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN.....	18
III.1.	Sobre la responsabilidad de las personas naturales.....	19
III.1.1.	Marco normativo.....	19
III.1.2	Sobre la prueba en los procedimientos de represión de conductas anticompetitivas	21
III.1.3	Aplicación al presente caso.....	33
A.	Sobre la configuración del acuerdo anticompetitivo infractor	33
B.	Sobre la participación del señor Isasi en la conducta anticompetitiva.....	35
C.	Sobre la participación del señor Radovic en la conducta anticompetitiva.....	45
III.1.4	Sobre la presunta prescripción de la conducta de los señores Isasi y Radovic.....	50
III.1.5.	Conclusión sobre el análisis de la responsabilidad de las personas naturales apelantes.....	65
III.2.	Sobre la graduación de las sanciones establecidas respecto a los agentes económicos.....	65
III.2.1	Criterios para la graduación de la sanción	66
III.2.2	Fórmula aplicable	67
III.2.3	El cálculo de la multa efectuado por la Comisión	68
III.2.4.	Cuestiones previas respecto a la graduación de la sanción.....	71
III.2.5	Sobre el cálculo del beneficio extraordinario.....	79
III.2.6	Alegatos vinculados con la probabilidad de detección.....	89
III.2.7	Otros alegatos de apelación	93
III.2.8	Cálculo de la multa aplicable en el presente caso.....	94
III.3.	Sobre las sanciones aplicables a las personas naturales.....	98
III.4.	Sobre las medidas correctivas.....	106
IV.	RESOLUCIÓN DE LA SALA.....	113
ANEXO 1.....		115

I. ANTECEDENTES

1. Entre octubre de 2017 y mayo de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante la Secretaría Técnica de la Comisión) realizó visitas de inspección a las instalaciones de Quad/Graphics Perú S.A. (en adelante Quad Graphics), Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A. (en adelante Amauta y El Comercio, respectivamente, y, de manera conjunta, Amauta - El Comercio) con la finalidad de reunir elementos de juicio sobre la existencia de posibles conductas anticompetitivas en el mercado de impresiones comerciales a nivel nacional entre los años 2011 y 2017³.
2. Mediante Resolución 049-2018/ST-CLC-INDECOPI (en adelante la Resolución de Inicio) del 31 de diciembre de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión resolvió lo siguiente:
 - (i) Iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Quad Graphics, El Comercio y Amauta por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto concertado de clientes privados en el mercado de servicios de impresiones comerciales entre los meses de enero de 2011 y enero de 2017. Dicha conducta se encontraría tipificada en los artículos 1 y 11.1, literal c) del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas).
 - (ii) Iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra los señores Juan Guillermo Perico Ordóñez, César Pardo Figueroa Turner, Renzo Mariátegui Bosse, Guillermo Stanbury Titinger, Javier Wong del Águila, Carlos Gutiérrez Romani, Brigitte Portocarrero Aniceto, Pedro Isasi Rivero (en adelante el señor Pedro Isasi o el señor Isasi) y Mirko Radovic Barreto (en adelante el señor Mirko Radovic o el señor Radovic) por la presunta participación en la planificación, realización y/o ejecución de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto concertado de clientes privados en el mercado de servicios de impresiones comerciales a nivel nacional entre los años 2011 a 2017. Estas conductas se encontrarían tipificadas en los artículos 2.1 y 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

³ La Secretaría Técnica de la Comisión realizó visitas de inspección sin previa notificación en las instalaciones de las empresas investigadas en las siguientes fechas:

- Quad Graphics: 23 de octubre de 2017.
- Amauta: 23 de octubre de 2017.
- El Comercio: 24 de octubre de 2017, 13 y 14 de diciembre de 2017 y 23 de mayo de 2018.

3. El 5 y 7 de marzo de 2019, Quad Graphics, así como los señores César Pardo Figueroa, Juan Guillermo Perico y Mirko Radovic presentaron sus descargos a la Resolución de Inicio.
4. El 20 y 27 de marzo de 2019, Amauta, El Comercio y los señores Carlos Gutiérrez Romani, Javier Wong del Águila y Brigitte Portocarrero Aniceto presentaron sus descargos a la Resolución de Inicio.
5. El 28 de marzo de 2019 Quad Graphics presentó una propuesta de compromiso de cese para la terminación anticipada del presente procedimiento, complementada luego con escritos del 18 de julio y 26 de agosto de 2019⁴.
6. Mediante Resolución 032-2019/CLC-INDECOPI del 3 de septiembre de 2019, la Comisión aprobó la propuesta de compromiso de cese presentada por Quad Graphics, dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador en su contra y declarando que dicha empresa deberá cumplir con los ofrecimientos realizados.
7. El 24 de septiembre y 9 de octubre de 2019, el señor Pedro Isasi se apersonó al procedimiento y presentó sus descargos a la Resolución de Inicio.
8. Mediante Informe Técnico 078-2019/ST-CLC-INDECOPI del 22 de noviembre de 2019 (en adelante el Informe Técnico), la Secretaría Técnica de la Comisión recomendó lo siguiente:
 - (i) Declarar que Amauta - El Comercio incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto concertado de clientes privados en el mercado de servicios de impresiones comerciales a nivel nacional. Para tales efectos, se debería considerar la participación de El Comercio entre enero de 2011 y diciembre de 2016 y de Amauta entre febrero de 2014 y diciembre de 2016.
 - (ii) Sancionar a Amauta – El Comercio con una multa de 17,881.13 (diecisiete mil ochocientos ochenta y uno y 13/100) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT). Asimismo, imponerles una

⁴ En particular, ofreció lo siguiente:

- El reconocimiento voluntario de la existencia de indicios acerca de las conductas imputadas en su contra en la Resolución de Inicio.
- La aplicación, por un período de tres (3) años, de un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, que constaría en: (i) capacitaciones anuales sobre esta materia, dirigidas a once (11) funcionarios de la empresa; y, (ii) la designación de un oficial de cumplimiento para Latinoamérica desde enero de 2019, quien estaría encargado de facilitar el cumplimiento de las normas de libre competencia en el Perú.
- La entrega de una contribución económica, en calidad de medida correctiva complementaria, para que sea destinada al financiamiento de actividades de investigación, promoción y defensa de la competencia. Este monto sería entregado en cuatro cuotas.

medida correctiva consistente en la implementación de un programa de cumplimiento.

- (iii) Declarar responsables a los señores Pedro Isasi, Mirko Radovic, César Pardo Figueroa, Renzo Mariátegui Bosse, Guillermo Stanbury Titinger, Javier Wong del Águila, Carlos Gutiérrez Romani y Brigitte Portocarrero Aniceto por haber participado en la realización y ejecución de la práctica colusoria horizontal antes señalada e imponerles una sanción de multa⁵.
 - (iv) Declarar infundado el procedimiento administrativo sancionador respecto del señor Juan Guillermo Perico Ordóñez.
9. Entre el 10 y 13 de enero de 2020, Amauta, El Comercio y los señores Mirko Radovic, Javier Wong del Águila, Brigitte Portocarrero Aniceto, Carlos Gutiérrez Romani y Pedro Isasi presentaron sus alegatos respecto de las conclusiones y recomendaciones formuladas en el Informe Técnico.
 10. El 5 de febrero de 2020, Amauta - El Comercio presentaron información respecto de su programa de cumplimiento.
 11. El 7 de febrero de 2020 se llevó a cabo una audiencia de informe oral ante los miembros de la Comisión.
 12. Mediante Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 (en adelante la Resolución Final), la Comisión resolvió lo siguiente:
 - (i) Declarar la falta de responsabilidad del señor Juan Guillermo Perico Ordóñez por la presunta participación en la realización y ejecución de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto concertado de clientes privados en el mercado de servicios de impresiones comerciales a nivel nacional, entre junio de 2016 a enero de 2017.
 - (ii) Declarar la responsabilidad de Amauta - El Comercio por incurrir en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto de clientes privados en el mercado de servicios de impresiones comerciales a nivel nacional durante los períodos correspondientes a los meses de enero de 2011 a diciembre de 2016 (El Comercio) y los meses de febrero de 2014 a diciembre de 2016 (Amauta)⁶. En

⁵ El detalle de las sanciones propuestas es el siguiente: Pedro Isasi: 74.29 UIT, Mirko Radovic: 7.26 UIT, César Pardo Figueroa: 44.50 UIT, Renzo Mariátegui Bosse: 26.70 UIT, Guillermo Stanbury Titinger: 8.19 UIT, Javier Wong del Águila: 7.10 UIT, Carlos Gutiérrez Romani: 2.62 UIT y Brigitte Portocarrero Aniceto: 1.52 UIT.

⁶ Dicha conducta, conforme a la Resolución Final, está tipificada en los artículos 1 y 11.1 literal b) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

consecuencia, se sancionó a dichas empresas con una multa de 14,404.06 UIT⁷.

- (iii) Declarar la responsabilidad de los señores Pedro Isasi, Mirko Radovic, César Pardo Figueroa, Renzo Mariátegui Bosse, Guillermo Stanbury Titinger, Javier Wong del Águila, Carlos Gutiérrez Romani y Brigitte Portocarrero Aniceto por participar en la realización y ejecución de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto concertado de clientes privados en el mercado de servicios de impresiones comerciales a nivel nacional, conducta tipificada en los artículos 2.1 y 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Por consiguiente, se sancionó a dichas personas naturales con las siguientes multas:

Persona natural	Multa (en UIT)
Pedro Isasi	74.29
Mirko Radovic	7.26
César Pardo Figueroa	44.50
Renzo Mariátegui Bosse	28.08
Guillermo Stanbury Titinger	8.19
Javier Wong del Águila	7.10
Carlos Gutiérrez Romani	2.88
Brigitte Portocarrero Aniceto	1.53

- (iv) Dictar, como medida correctiva, que las personas jurídicas halladas responsables implementen un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, el cual será aprobado por la Comisión y tendrá por finalidad contrarrestar las condiciones que promuevan o permitan la realización de conductas anticompetitivas. En particular, como parte de dicho programa, los agentes económicos obligados deberán designar a un oficial de cumplimiento, realizar capacitaciones en materia de libre competencia y una auditoría externa.

13. Los fundamentos por los que la Comisión halló responsables y sancionó a las personas jurídicas y naturales imputadas, fueron los siguientes:

- (i) En el mercado de impresiones comerciales intervienen principalmente cinco (5) empresas, entre las cuales figuran las investigadas. En particular, la Gerencia Comercial de Impresiones Comerciales de El Comercio brindaba los servicios de impresión hasta el 31 de enero de 2014, pues dicha área fue absorbida el 1 de febrero de 2014 por

⁷ Monto precisado mediante Resolución 017-2020/CLC-INDECOPI del 18 de junio de 2020.

Amauta. De esta forma, la Gerencia Comercial de Impresiones de El Comercio se convirtió en la Gerencia General de Amauta.

- (ii) Por tanto, respecto de las conductas investigadas que hayan ocurrido desde el 1 de febrero de 2014, se considera que Amauta – El Comercio fueron un único agente económico.
- (iii) Las comunicaciones recabadas por la Secretaría Técnica de la Comisión permiten verificar la existencia de un contacto frecuente entre representantes de Amauta – El Comercio con Quad Graphics para coordinar las cotizaciones que se enviarían a los clientes que “perteneían” a cada competidor.
- (iv) En tal sentido, los agentes económicos involucrados compartían información sobre sus precios, a fin de ejecutar dos mecanismos: (i) el rechazo a cotizar, o (ii) la cotización a un precio alto a clientes asignados a la empresa competidora. De esta manera, las empresas imputadas identificaron claramente qué clientes le correspondían a una y otra, conforme se aprecia en los correos obtenidos durante la investigación del órgano instructor.
- (v) Las conclusiones antes señaladas se corroboran con la evidencia económica, pues las series de ventas de Amauta - El Comercio y Quad Graphics muestran cuáles fueron los clientes repartidos por las empresas investigadas.
- (vi) De acuerdo con los artículos 2.1 y 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, las personas naturales que ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes económicos infractores, responden por su participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.
- (vii) En el presente caso, el señor Isasi fue Gerente General de Quad Graphics entre enero de 2007 y mayo de 2016. De acuerdo con el artículo 188 de la Ley 26887 – Ley General de Sociedades, los Gerentes Generales son responsables por la planificación, organización, dirección, coordinación, supervisión y control de las operaciones de las respectivas personas jurídicas.
- (viii) Los correos identificados como AMA11, AMA12, AMA14, AMA15, AMA16, AMA17, AMA18, AMA19, AMA20, AMA22, QG01, QG02, QG03, QG04, AMA28, QG05, QG07, QG11, QG12, QG13, AMA31, QG14, AMA34, AMA35, AMA36, AMA37, AMA38, AMA39, AMA40, AMA41, AMA42, AMA46, AMA47, AMA48, AMA49, AMA51, AMA52 y AMA53 demuestran que el señor Isasi coordinaba constantemente con el señor Guillermo Stanbury Titinger para el envío de cotizaciones

a los clientes, con la finalidad de que el acuerdo anticompetitivo funcionara correctamente.

- (ix) Si bien no existe evidencia documental respecto a la participación del señor Isasi luego del correo AMA53 (10 de julio de 2014), lo cierto es que dicho imputado fue Gerente General de Quad Graphics hasta mayo de 2016. Considerando dicha situación, así como las funciones de los Gerentes Generales previstas en el artículo 188 de la Ley 26887 – Ley General de Sociedades, el imputado continuó siendo responsable por la realización de la conducta infractora hasta mayo de 2016.
- (x) En consecuencia, está acreditada la participación del señor Isasi en la realización y ejecución del reparto concertado de clientes privados en el mercado de servicios de impresiones comerciales a nivel nacional, entre enero de 2011 y mayo de 2016.
- (xi) El señor Radovic fue Gerente de Ventas Internacionales de Quad Graphics entre enero de 2009 y diciembre de 2014, por lo que su actuación incidió en la gestión y dirección de la referida empresa. Adicionalmente, los correos recabados por la Secretaría Técnica de la Comisión demuestran que dicha persona asumió funciones propias del cargo de Gerente Comercial, ejerciendo la gestión del negocio (consistente en la realización de impresiones comerciales a clientes privados).
- (xii) Los correos QG02, AMA35, AMA36, AMA37, AMA38, AMA39, AMA40, AMA41, AMA42, AMA43, AMA44 y AMA49 demuestran que, entre febrero de 2013 y diciembre de 2014, el señor Radovic participó en la realización y ejecución del reparto concertado de clientes privados en el mercado de servicios de impresiones comerciales a nivel nacional. En dichas comunicaciones, se observa que el señor Radovic coordinaba con representantes de Amauta – El Comercio las cotizaciones a enviar a diversos clientes. Asimismo, la evidencia económica disponible permite acreditar que estas coordinaciones se materializaron en el reparto de clientes.
- (xiii) La multa base impuesta a las personas jurídicas halladas responsables fue determinada tomando en cuenta los criterios de beneficio extraordinario y probabilidad de detección.
- (xiv) Para tales efectos, se empleó como escenario contrafactual la evolución de los precios facturados por los servicios de impresión a Centro Comercial Plaza Norte S.A.C. (en adelante Plaza Norte) en el año 2015. Ello, debido a que en dicho año se aprecia una competencia entre Quad Graphics y Amauta - El Comercio por dicho cliente, lo que

produjo una reducción del 17% en los precios de Amauta – El Comercio.

- (xv) En tal sentido, se aplicó el porcentaje antes señalado (17%) sobre las ventas en soles a los clientes de las empresas imputadas, obteniéndose así el beneficio ilícito. Finalmente, se empleó como factor de actualización, el Índice de Precios al Consumidor (en adelante IPC) del mes de abril de 2020.
- (xvi) El monto resultante se dividió entre la probabilidad de detección, la cual es de 60% para este caso. Cabe mencionar que la conducta anticompetitiva fue calificada como una infracción muy grave.
- (xvii) Para determinar la sanción aplicable a las personas naturales, se tomó en cuenta la afectación al mercado, su nivel de responsabilidad en las empresas y el grado de su participación en la práctica anticompetitiva.
- (xviii) La medida correctiva dictada consistió en la implementación de un programa de cumplimiento, que tiene tres aspectos principales: la realización de capacitaciones al personal de las empresas sancionadas, la designación de un oficial de cumplimiento y la realización de una auditoría.
- (xix) Las capacitaciones sobre la normativa en libre competencia deberán ser dictadas de manera presencial y tener una duración total no menor de veinte (20) horas. Atendiendo a la crisis de salud causada por la pandemia de la Covid-19, las capacitaciones podrán dictarse de manera virtual durante el primer año de ejecución de la medida correctiva, para lo cual deberá privilegiarse que las clases se realicen con transmisiones en vivo por parte de los expositores, de manera que permitan la interacción con los participantes.
- (xx) El oficial de cumplimiento tendrá como función principal facilitar el respeto a la normativa sobre libre competencia. Asimismo, dicho funcionario: (a) deberá ostentar un rango en la empresa correspondiente a los gerentes de línea, (b) no podrá tener relación con los gerentes generales o directivos de las empresas sancionadas (Amauta – El Comercio) hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, (c) ni haber sido abogado, asesor o representante legal de dichas empresas en los últimos cinco (5) años.
- (xxi) Amauta – El Comercio deberán proponer una empresa consultora con experiencia en libre competencia, la cual elaborará un reporte sobre la actualización en la identificación de riesgos y los mecanismos para su mitigación. Dichos resultados deberán ser comunicados: (i) al

Gerente General, para que disponga su implementación; (ii) al Oficial de Cumplimiento, para su supervisión; y, (iii) a la Secretaría Técnica de la Comisión.

14. El 8 de julio de 2020, El Comercio y Amauta interpusieron recurso de apelación contra la Resolución Final, alegando lo siguiente:

Graduación de la sanción de las personas jurídicas

- (i) La metodología empleada por la Comisión para calcular el beneficio ilícito no resulta idónea, pues se presume que una práctica de reparto de mercado es comparable a una de concertación de precios.
- (ii) En un reparto de clientes, los precios no necesariamente se incrementan o mantienen, pues los agentes coludidos únicamente buscan conservar un grupo de clientes y -de esta manera- asegurarse un flujo estable de negocios. Lo antes señalado no descarta la existencia de un beneficio ilícito, sino que cuestiona el hecho de que se haya calculado este elemento sobre la base de considerar como contrafactual a los precios en un escenario “competitivo”.
- (iii) Particularmente, en el caso de bienes heterogéneos (como son las impresiones comerciales) los cambios en los precios entre un servicio y otro se explican por las diferentes características del servicio de impresión solicitado y no necesariamente por el reparto de clientes.
- (iv) La Comisión estimó los parámetros de un mercado competitivo sobre la base de las interacciones con un único cliente (Plaza Norte) respecto de dos tipos de productos (catálogos y revistas). Ello no resulta suficiente para calcular los beneficios obtenidos por las empresas sancionadas, debido a que las fluctuaciones de las ofertas realizadas a este cliente no son determinantes ni se aplican a todo el mercado de impresiones gráficas (el cual incluye la impresión de catálogos, revistas, folletos, trípticos, dípticos, volantes publicitarios, entre otros). La primera instancia pudo realizar un análisis más profundo del mercado real y tomar en cuenta todos los productos ofertados por las empresas, así como las diferencias existentes entre ellos para realizar el cálculo de la multa.
- (v) En tal sentido, resulta adecuado emplear una metodología basada en los ingresos y costos por servicio de impresión. Así, el beneficio ilícito puede calcularse a partir del margen obtenido en cada servicio de impresión, a lo cual se le deberá descontar el margen competitivo correspondiente a dicho mercado. Esta propuesta estuvo contenida en un análisis formulado por EA Consultores, quienes determinaron un margen competitivo el 14.72%, por lo que cualquier ganancia por

encima de dicho porcentaje sería anticompetitiva. Sin embargo, esta metodología fue descartada por la primera instancia.

- (vi) La autoridad debe descontar a dicho monto, tanto el Impuesto General a las Ventas (en adelante IGV) como el Impuesto a la Renta, al tratarse tributos pagados al fisco y que afectan su liquidez. En la medida que el IGV está incluido en el precio de venta de los diversos productos y servicios, no es un tributo que quede retenido junto con sus ingresos.
- (vii) En la Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, la segunda instancia descontó el IGV del cálculo del beneficio ilícito, lo cual es concordante con la práctica internacional. Por ejemplo, en el Reino Unido, la autoridad de competencia elaboró una guía para la determinación de multas, en la cual expone que la sanción debe considerar los ingresos del infractor luego de descontar los impuestos aplicables a las ventas.
- (viii) La probabilidad de detección debe calcularse en función a las características de cada caso en particular y sobre pronunciamientos anteriores. En el presente caso, existe un mercado reducido (en oferta y demanda) y de menor impacto en comparación a los casos invocados por la Comisión (“Transporte público regional”, “Hemodiálisis”, “Papel higiénico”). Además, solo se trató de una colusión entre dos agentes, siendo que uno de ellos (Amauta – El Comercio) presentó pruebas en el marco de una solicitud de clemencia tipo A.
- (ix) La Comisión sustentó su probabilidad de detección en el documento denominado “Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi”, el cual fija una probabilidad de detección entre el 41% y 60% para las prácticas colusorias. Sin embargo, este parámetro se encuentra bastante alejado del valor más alto de probabilidad de detección (100%), por lo que no corresponde emplear dicho documento.
- (x) La primera instancia no ha considerado como atenuante la cuota de mercado que ostentaban durante el período en el que se produjo la conducta infractora. Al respecto, el hecho de que se haya empleado dicho criterio como factor para calcular el beneficio ilícito no obsta que pueda ser aplicado como un atenuante.
- (xi) Finalmente, tampoco se ha considerado como atenuante la conducta procedimental.

Medidas correctivas

- (xii) La primera instancia reconoce el esfuerzo de Amauta – El Comercio para mitigar el impacto de su conducta con capacitaciones y un oficial de cumplimiento, pero obliga a dichas empresas a realizar nuevas capacitaciones con características similares a la efectuada en su momento. Por tanto, resulta razonable que estas empresas tengan la posibilidad de impartir capacitaciones de manera mixta (presencial y virtual), garantizando que la duración se efectuará hasta que los participantes hayan logrado un aprendizaje en materia de Libre Competencia.
 - (xiii) Respecto al oficial de cumplimiento, la Comisión indicó que no era pertinente que una misma persona ejerza el cargo de oficial de cumplimiento y de gerente legal. Sin embargo, la primera instancia no tuvo en cuenta el hecho de que la Gerencia Legal y de Cumplimiento reporta directamente al Directorio Corporativo, lo cual garantiza su independencia funcional. Cabe destacar que el Gerente Legal de ambas empresas es una persona íntegra y -en ejercicio de su cargo- vela por el cumplimiento del ordenamiento jurídico nacional.
 - (xiv) El Oficial de Cumplimiento será más idóneo si es una persona que conoce el funcionamiento de la empresa y es parte de la estructura funcional.
15. El 13 de julio de 2020, el señor Radovic interpuso un recurso de apelación contra la resolución final, manifestando los siguientes argumentos:
- (i) La práctica colusoria detectada por la Comisión obedece a un pacto de caballeros realizado en el año 1999 que se extendió hasta el año 2016. Por tanto, el acuerdo anticompetitivo se planificó en 1999, siendo el señor Isasi el representante de Quad Graphics.
 - (ii) Respecto de la realización y ejecución de la conducta, se observa que el único medio probatorio en el cual aparece el recurrente durante el año 2011 es el correo QG02. En esta comunicación, dicha persona no se allanó a la indicación de no competir, sino que expresamente solicitó “pelear” por el respectivo cliente.
 - (iii) Para el año 2013, el recurrente participó en los correos AMA39, AMA40, AMA41, AMA42, AMA43 y AMA44 referidos a la operación de dos clientes nacionales. Al respecto, cabe señalar que, si bien el apelante era responsable de los clientes internacionales, en aquella oportunidad el señor Isasi le solicitó que lo represente en estas operaciones. Por tanto, no contaba con autonomía de decisión, ciñéndose únicamente a las directivas dadas por el Gerente General (el señor Isasi).

- (iv) En el año 2014, el recurrente participó la comunicación AMA49 de marzo de 2014. Una lectura objetiva de la cadena de correos que conforman dicha prueba, permite observar que no hay indicación alguna de Amauta - El Comercio para coordinar la cartera de Total Artefactos S.A. (en adelante La Curacao). Por el contrario, se evidencia el interés de Quad Graphics de contar con este cliente.
 - (v) La Comisión menciona un correo en donde se hace referencia la existencia de una reunión entre los funcionarios de Quad Graphics y Amauta - El Comercio para coordinar cuál empresa tendría la cuenta de La Curacao. Sin embargo, dicha junta nunca se realizó y el correo tampoco hace referencia a esta reunión.
 - (vi) La conducta imputada ha prescrito, pues solo se acreditó la participación del recurrente en el año 2013 (mes de febrero), por lo que corresponde computar el plazo de prescripción desde dicho momento.
16. En la misma fecha, el señor Isasi interpuso un recurso de apelación contra la Resolución Final, bajo los siguientes argumentos:
- (i) Conforme al Decreto Supremo 004-2019-JUS – Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante el TUO de la LPAG), la prescripción ha operado. Sin embargo, la Comisión indicó que no sería posible aplicar los plazos de prescripción previstos en la referida norma legal.
 - (ii) Dicho razonamiento implica una contravención al principio de legalidad, pues la Comisión habría considerado que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas prima sobre las normas generales, cuando en realidad las disposiciones de carácter especial se aplican preferentemente solo en determinadas cuestiones. En tal sentido, la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1272 (que modificó la LPAG) indica que tales disposiciones buscan unificar el régimen administrativo, evitando que se creen regímenes más gravosos a los administrados. Además, la decisión de la primera instancia infringe la retroactividad benigna aplicable en los procedimientos administrativos sancionadores.
 - (iii) El último indicio de su supuesta participación es el correo “AMA53” del 10 de julio de 2014, por lo que debió considerarse el plazo de prescripción desde dicha fecha. De esta manera, la prescripción operó el 10 de julio de 2018, mientras que la imputación de cargos se notificó el 24 de enero de 2019 (6 meses después de prescrita la conducta).

- (iv) Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión incurrió en un vicio de validez por indebida motivación. A pesar de que no existe correo alguno que acredite la realización de dicha conducta en el período comprendido entre julio de 2014 a mayo de 2016, la primera instancia atribuyó al recurrente responsabilidad aplicando únicamente evidencia económica. Cabe mencionar que la conducta realizada por Quad Graphics pudo materializarse por distintos funcionarios que actuaban como representantes o apoderados de las múltiples áreas de la empresa, sin que necesariamente concurra la intervención personal del recurrente (en calidad de Gerente General). Por ende, no es posible asumir su responsabilidad durante un período que carece de comunicaciones suyas.
 - (v) La resolución impugnada ha atribuido responsabilidad al recurrente, debido a que estaría a cargo de la planificación y organización de todas las operaciones de Quad Graphics, por la aplicación del artículo 188 de la Ley General de Sociedades. En efecto, la propia Comisión señala que, a pesar de no contar con evidencia documental que involucre al señor Isasi, lo considera infractor en tanto fue Gerente General de dicha empresa.
 - (vi) En tal sentido, la primera instancia entendió que el recurrente -en ejercicio de dicho cargo- debió aprobar los acuerdos que Quad Graphics celebró entre enero de 2011 y mayo de 2016. Inclusive se menciona que estos acuerdos solo se habrían materializado a consecuencia de su participación, sin contar con una prueba que acredite ello.
 - (vii) Asimismo, la Comisión ha vulnerado el principio de carga de la prueba, pues indicó que la responsabilidad del recurrente obedecería a los correos AMA37, AMA39, AMA40, AMA41, AMA42 y AMA49. Sin embargo, no ha explicado de qué manera y bajo qué interpretación dichos correos evidenciarían la concertación entre los años 2011 a 2016. Por dicho motivo también se ha contravenido los principios de presunción de licitud y verdad material.
 - (viii) La sanción impuesta es impagable, por lo que contraviene el principio de razonabilidad. Se debe tener en cuenta que desde el año 2018, el apelante se encuentra involucrado en diversos procesos legales que le restan dinero, además de que -a partir de dicho año- no percibe ingresos. Finalmente, solicita que se tome como tope el porcentaje de ingresos de las personas jurídicas infractoras.
17. El 22 de enero de 2021, complementado con escrito del 27 de enero del mismo año, el señor Isasi solicitó a la Sala Especializada en Defensa de la

Competencia (en adelante la Sala) que se le conceda el uso de la palabra en una audiencia de informe oral. Asimismo, manifestó los siguientes argumentos:

- (i) En el período comprendido entre el 1 de octubre de 2013 al 31 de marzo de 2015, no tuvo vínculo laboral con Quad Graphics. Por tanto, no es responsable por los actos realizados al interior de dicha empresa durante el tiempo previamente mencionado.
- (ii) Conforme a las declaraciones del señor Juan José Hernández Sotelo (Gerente de Recursos Humanos de Quad Graphics) realizadas en la entrevista del 23 de octubre de 2017 ante la Secretaría Técnica de la Comisión, el señor Isasi trabajó en Quad Graphics desde el 1 de noviembre de 1995 hasta el 30 de septiembre de 2013, pues viajó a la República de Colombia para convertirse en Gerente General de Quad Graphics en dicho país. Posteriormente, volvería a ocupar su puesto en Perú el 1 de abril de 2015 y se mantendría hasta el 16 de mayo de 2016.
- (iii) Lo anterior se puede acreditar mediante las constancias de trabajo emitidas por Quad Graphics y los documentos denominados "Participación de utilidades" presentados por Quad Graphics. En estos últimos documentos, consta que únicamente percibió utilidades hasta el 30 de septiembre de 2013 y desde el 1 de abril de 2015.
- (iv) Teniendo en cuenta lo expuesto en su recurso de apelación y el plazo de prescripción previsto en el TUO de la LPAG, la presunta infracción realizada entre los años 2011 y 2014 ha prescrito. Por lo tanto, únicamente podría ser objeto de evaluación lo ocurrido desde el 1 de abril de 2015 hasta el 16 de mayo de 2016.

18. Mediante Requerimiento 001-2021/SDC-INDECOPI del 3 de febrero de 2021, la Secretaría Técnica de la Sala requirió al señor Isasi presentar lo siguiente:

- (i) El cargo de recepción de la comunicación por la cual haya renunciado al puesto de Gerente General durante los meses de octubre de 2013 y marzo de 2015.
- (ii) Los documentos societarios en los que conste la decisión de los respectivos órganos de Quad Graphics de aceptar su renuncia, removerlo o cesarlo del cargo de Gerente General, en el período antes indicado.

19. Asimismo, a través de la Carta 007-2021/SDC-INDECOPI del 3 de febrero de 2021, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a Quad Graphics presentar lo siguiente:
- (i) Los documentos en los cuales conste la decisión de los respectivos órganos de la sociedad de aceptar la renuncia, remover o cesar del cargo de Gerente General al señor Pedro Isasi Rivero, durante octubre de 2013 y marzo de 2015.
 - (ii) Los documentos en los que conste la designación del nuevo Gerente General por el período señalado en el punto anterior.
20. El 9 de febrero de 2021 el señor Isasi indicó que no contaba con los documentos requeridos por la Secretaría Técnica de la Sala, pues estaban en poder de Quad Graphics. Sin embargo, presentó nuevamente los certificados de trabajo emitidos por dicha empresa en los años 2013 y 2015⁸.
21. El 11 de febrero de 2021 se llevó a cabo la audiencia de informe oral, en el cual participaron los representantes de Amauta - El Comercio y los señores Isasi y Radovic, quienes reiteraron los argumentos expuestos ante la segunda instancia.
22. El 16 de febrero de 2021, en respuesta a la Carta 007-2021/SDC-INDECOPI, Quad Graphics señaló lo siguiente:
- (i) Si bien durante el período comprendido entre octubre de 2013 y marzo de 2015, el señor Isasi laboró como Gerente General de Quad Graphics Colombia S.A., dicha persona mantuvo el puesto de Gerente General de la empresa en el Perú. Por tanto, no existe acuerdo societario que apruebe su renuncia ni disponga su remoción o cese en dicho cargo.
 - (ii) En tal sentido, tampoco hubo nombramiento de un nuevo Gerente General de Quad Graphics durante dicho período.
 - (iii) Para sustentar dichas respuestas, se presentan los asientos de la partida registral de Quad Graphics extendidos entre octubre de 2013 y marzo de 2015, en los que se puede verificar que no corre inscrito acuerdo societario alguno sobre la renuncia, remoción o cese del señor Isasi como Gerente General de dicha empresa en el Perú, durante el referido período.

⁸ Se denegó la confidencialidad de dichos documentos mediante Resolución 0035-2021/SDC-INDECOPI del 4 de marzo de 2021.

- (iv) Asimismo, en diversas juntas generales de accionistas celebradas entre octubre de 2013 y marzo de 2015, se evidenciaría la participación o certificación del señor Isasi en su condición de Gerente General de la empresa. Se solicitó la confidencialidad de dichos documentos, por tratarse de información reservada perteneciente a la empresa⁹.

23. El 25 de febrero de 2021, el señor Isasi alegó que no sería posible que ocupara el cargo de Gerente General en dos empresas, pues los certificados de trabajo indican que no formó parte de la empresa peruana en el período entre octubre de 2013 y marzo de 2015. Finalmente, dicho administrado alegó que era responsabilidad de Quad Graphics remover los poderes otorgados.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

24. Luego de revisar el expediente y conforme a los términos de los recursos de apelación, la Sala debe dilucidar los siguientes puntos controvertidos:

- (i) Si se encuentra acreditada la responsabilidad atribuida por la Comisión a los señores Isasi y Radovic por participar en la realización y/o ejecución de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo anticompetitivo para el reparto del mercado de impresiones comerciales a nivel nacional, conducta tipificada en los artículos 2.1 y 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- (ii) Si corresponde confirmar las sanciones impuestas a Amauta - El Comercio y a los señores Isasi y Radovic, así como la medida correctiva.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

25. Conforme se ha expuesto en los antecedentes, la Resolución Final de la Comisión contiene determinados puntos resolutivos referidos a El Comercio, Amauta y los señores Isasi y Radovic.

26. Al respecto, la decisión de la primera instancia: (i) estableció la responsabilidad administrativa de determinadas personas jurídicas y naturales, así como los alcances y extensión de las conductas presuntamente infractoras; (ii) impuso sanciones a tales imputados; y, (iii) dictó las medidas correctivas aplicables a los agentes económicos.

⁹ El contenido de dichos documentos fue declarado confidencial mediante Resolución 0036-2021/SDC-INDECOPI del 4 de marzo de 2021. Cabe indicar que dicha información no ha sido empleada en el análisis del presente pronunciamiento.

27. Frente a dicho acto administrativo notificado a los imputados, El Comercio, Amauta y los señores Isasi y Radovic presentaron recursos impugnatorios a fin de cuestionar: (i) la responsabilidad administrativa y extensión de la presunta conducta infractora de los señores Isasi y Radovic; (ii) la multa graduada respecto de las personas naturales apelantes, así como de Amauta - El Comercio; y, (iii) la medida correctiva ordenada a las personas jurídicas apelantes.
28. En sus escritos impugnatorios, dichos administrados han cuestionado las mencionadas partes de la Resolución Final dirigidas específicamente a ellos, sustentando los respectivos errores de hecho o derecho en los que habría incurrido la Comisión al imputarles responsabilidad, graduar sanciones o imponer medidas correctivas.
29. Por ende, bajo el principio de congruencia recursiva (*tantum apellatum, quantum devolutum*), el presente pronunciamiento se enfocará en dilucidar estos extremos y determinar si corresponde o no confirmarlos.

III.1. Sobre la responsabilidad de las personas naturales

III.1.1. Marco normativo

30. La imposición de sanciones a las personas naturales que participen en la comisión de una conducta anticompetitiva permite desincentivar este tipo de infracciones y atribuir responsabilidad administrativa a quienes -en ejercicio de sus funciones dentro los agentes económicos involucrados- tuvieron un rol relevante en las conductas evaluadas.
31. En tal sentido, los artículos 2.1 y 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁰ establecen que aquellas personas que desempeñen la dirección, gestión o representación de los agentes infractores podrán ser sancionados hasta con 100 UIT, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

10

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo

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

(...)

Artículo 43.- El monto de las multas.

(...)

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

19/119

32. De acuerdo con los referidos artículos, la responsabilidad para personas naturales exige la concurrencia de dos condiciones: (i) el ejercicio de funciones de dirección, gestión o representación en el agente económico involucrado en la conducta anticompetitiva; y, (ii) el planeamiento, realización o ejecución de la conducta anticompetitiva.
33. Con relación a la primera condición, se debe tener presente que la participación en una práctica colusoria no está circunscrita a las personas encargadas directamente de las políticas de precios y otras condiciones comerciales de las respectivas empresas, sino que comprende a cualquier persona que contribuya a la materialización de la conducta ilícita, en el desempeño de la dirección, gestión o representación dentro de estos agentes económicos.
34. La segunda condición requerida consiste en que las personas naturales antes referidas hayan participado en la conducta anticompetitiva, ya sea en su planificación, realización o ejecución. Ciertamente, la autoridad a cargo de la investigación y sanción de conductas anticompetitivas no podría atribuir responsabilidad a un administrado únicamente por ser funcionario de una persona jurídica que incurrió en una conducta anticompetitiva, siendo necesario evaluar si dicha persona natural participó en la respectiva práctica contraria a la libre competencia.
35. A criterio de la Sala, lo señalado en el párrafo anterior permite ceñir la responsabilidad de la persona natural que ejerció funciones de dirección, gestión o representación en un agente económico infractor, en función a los alcances de su propia conducta¹¹. Esto último, resulta acorde con el principio de culpabilidad.
36. Por consiguiente, se requiere la realización de actuación probatoria que permita a la autoridad contar con elementos que sustenten que las respectivas personas naturales colaboraron la comisión de la práctica colusoria detectada. Esto último resulta importante al tratarse de un procedimiento administrativo sancionador, pues la determinación de

¹¹ Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas indica que la aplicación de la ley incluye a los funcionarios de los agentes económicos que hayan tenido participación en la adopción de la práctica anticompetitiva:

“Se ha precisado también el tema de la responsabilidad de aquellas personas que actúan en representación de un sujeto infractor, señalándose que la aplicación de la Ley incluye a los integrantes de los órganos de dirección, gestión o representación de los agentes económicos, en tanto hayan tenido participación consciente en la adopción de la conducta anticompetitiva, con lo cual se mejora y amplía el texto análogo del artículo 2 del DL 701.”

responsabilidad descansa sobre la premisa de desvirtuar la presunción de licitud¹² que tienen los administrados.

III.1.2 Sobre la prueba en los procedimientos de represión de conductas anticompetitivas

37. **La detección de conductas colusorias constituye uno de los escenarios de investigación más complejos.** Por tanto, la probanza de la existencia de un acuerdo anticompetitivo, así como la intervención de las personas naturales implicadas, demandará que la autoridad **utilice los mecanismos de detección más amplios que permite el derecho administrativo sancionador**¹³.
38. Lo anterior se debe a que se trata de comportamientos ilegales, por lo que aquellos agentes económicos involucrados y, naturalmente, las personas naturales que lleven a cabo estas conductas, usualmente se conducirán en forma subrepticia o encubierta.
39. La interacción de los agentes en el mercado se efectúa mediante mecanismos cada vez más sofisticados. Por ende, para evaluar y sancionar aquellas conductas destinadas a restringir o distorsionar el proceso competitivo, se podrá recurrir a una diversidad de medios probatorios que serán empleados en función de la información disponible en cada caso y de las características particulares del presunto acto anticompetitivo investigado.
40. Atendiendo a lo expuesto, se desarrollarán a continuación los principales aspectos vinculados a la prueba en los procedimientos de conductas anticompetitivas.

A. Clasificación general de la prueba

41. La prueba, según su relación con el hecho y el objeto que se busca probar, puede clasificarse en directa e indirecta. La prueba directa es aquella que

¹² **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 248. Principios de la potestad sancionadora administrativa.

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

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

(...)

¹³ "(...) el tratamiento legal que reciben los cárteles de competidores es muy drástico, siendo sancionados de forma automática una vez que se ha logrado demostrar su existencia. Ante ello, como podrá suponerse, las empresas que optan por participar en una concertación suelen cuidarse de no dejar rastros de su actuación ilegal o eliminar toda forma de prueba que pueda demostrar su responsabilidad. En consecuencia, el mayor reto que enfrentan las autoridades protectoras de la Competencia en su labor de persecución de prácticas concertadas es probar su existencia.". QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Op. Cit.* página 15.

tiene un **nexo directo en su factor demostrativo, mientras que la prueba indirecta consiste en la prueba racional por excelencia y demanda una cadena de desarrollo lógico o un juicio de inferencia.**

42. Tanto la prueba directa como la indirecta pueden generar convicción en el juzgador para verificar un hecho determinado¹⁴, por lo que estos elementos deben ser utilizados de forma pertinente ante un escenario en el cual se requiera la probanza de hechos o circunstancias que fluyen del estudio de un expediente judicial o administrativo. Bajo esta premisa, se ha afirmado que *“no existe una diferencia jerárquica entra ambas, sino que son totalmente interdependientes”*¹⁵.
43. Por su parte, Jorge Kielmanovich, en relación con la denominada prueba directa e indirecta, señala lo siguiente¹⁶:

“Los medios de prueba pueden clasificarse, atendiendo a la relación del hecho con el objeto, en prueba directa e indirecta. En la prueba directa, el hecho percibido coincide con el hecho objeto o fuente de la prueba. Así, por ejemplo, en el reconocimiento judicial para constatar la existencia de ruidos molestos, el hecho percibido (el ruido molesto) es el mismo hecho llamado a ser materia de la prueba. En otras palabras, se trataría de la percepción inmediata del hecho principal de la pretensión o la defensa, sin ningún otro hecho (cosa o persona) que “intermedie” o se interponga para su representación en el proceso (...) En cambio, en la prueba indirecta el hecho percibido, lato sensu, no coincide con el hecho objeto de la prueba; el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho objeto de la prueba.”

44. Citando a Devis Echandía, Kielmanovich agrega lo siguiente¹⁷:

“(...) son pruebas indirectas la confesión, los testimonios, los dictámenes de peritos, los documentos e indicios, pues el juez sólo percibe la narración de la parte o el testigo, la relación del perito, el escrito o los hechos indiciarios y de esa percepción induce la existencia o inexistencia del hecho por probar”.

¹⁴ “La diferencia entre prueba directa y prueba indirecta no es, pues, de función, sino de estructura. Es una diferencia de estructura, que consiste en que el proceso probatorio indirecto es complejo, en tanto que el proceso directo es simple: consta de varios elementos y no de uno solo; pero la base siempre es la percepción de un hecho por parte del juez” CARNELUTTI, Francesco. La Prueba Civil, segunda edición, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1982, página 59.

¹⁵ “La pugna entre ambos métodos de prueba debe darse por finiquitada. Y ello por varias razones que, en este momento, me limito a apuntar. La primera y principal es que, como se justificará seguidamente, no existe realmente un conflicto, ni hay lugar para pretendidas rivalidades. Muy al contrario, se da un fenómeno de interdependencia entre ambos métodos, que debería bastar para borrar cualquier pretendido enfrentamiento.” DE MIRANDA VÁSQUEZ, Carlos. Prueba Directa Vs. Prueba Indirecta (Un Conflicto Inexistente), en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Número 38, Año 2015, página. 75) Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60010/1/Doxa_38_03.pdf. Fecha de última visita: 26 de febrero de 2021.

¹⁶ KIELMANOVICH, Jorge. “Teoría de la Prueba y Medios Probatorios”. Tercera Edición. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004. páginas 32 y 33.

¹⁷ Ibídem.

45. Según lo expuesto, la prueba directa e indirecta constituyen instrumentos fundamentales que permiten al juez o a la autoridad constatar los hechos que se investigan y obtener certeza respecto de la existencia o no de una conducta ilícita. Asimismo, no puede soslayarse que, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la prueba indiciaria o indirecta es una de las mayores herramientas frente a actos o prácticas que permanentemente varían y que -muchas veces- se encuentran cuidadosamente planificadas a fin de evadir eventuales responsabilidades¹⁸.
46. Dada la relevancia del aspecto probatorio para la solución de la presente controversia, se expondrán brevemente ciertos aspectos vinculados a la configuración de la prueba indiciaria, las particularidades de su aplicación para evaluar infracciones a las normas de la libre competencia, así como la doctrina y experiencia jurisprudencial en la materia.
- B. Configuración de la prueba indiciaria en los procedimientos por conductas contrarias a la libre competencia
47. El reconocimiento del carácter probatorio de la prueba indiciaria se encuentra previsto en los artículos 275 y 276 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil¹⁹, aplicables supletoriamente a los procedimientos administrativos²⁰. En dichas disposiciones se establece:
- La finalidad de los sucedáneos de los medios probatorios, indicando que estos podrán complementar un medio de prueba o sustituirlo.

¹⁸ Alejandro Nieto, citando una sentencia del Tribunal Supremo de España, refiere que "la prueba indiciaria ha de tener "mayor operatividad" en ámbitos como el de la defensa de la competencia en los que "difícilmente los autores de los autos (sic) colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones". NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, Cuarta edición, Madrid, 2005, página 422.

¹⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**
Artículo 275.- Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

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

²⁰ Ante la ausencia de disposiciones particulares en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas o en la LPAG, corresponde que la Autoridad acuda a otras fuentes. En la misma línea, el Código Procesal Civil señala lo siguiente:

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Primera Disposición Final

Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

Precisamente dicha labor de sustitución es la que grafica la validez plena del indicio como elemento probatorio²¹.

- Que una pluralidad de indicios puede conducir a una certeza, a partir del análisis lógico que se realiza sobre la existencia y vinculación de todos ellos en relación con el hecho o conducta cuya existencia busca acreditarse.

48. En relación con el concepto de indicio recogido por la doctrina, Devis Echandía lo define como²²:

“(...) cualquier hecho (material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto, es decir, se le da al concepto de hecho el significado amplio que se utiliza para determinar en abstracto el objeto de las pruebas judiciales), siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógica – crítica.”

49. Por consiguiente, el examen global de los indicios configura la prueba indiciaria y es lo que enerva la presunción de inocencia en el caso del proceso penal, o la presunción de licitud en el caso del procedimiento administrativo sancionador.

50. Es importante destacar que la aplicación de la prueba indiciaria también cuenta con reconocimiento legal en los dispositivos generales de aplicación a los procedimientos administrativos. Por tanto, el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG recoge el principio de verdad material, bajo los siguientes términos:

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

TÍTULO PRELIMINAR

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.11. Principio de verdad material.-*En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de*

²¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “Teoría General de la Prueba Judicial”. Quinta Edición. Editorial Temis S.A. 2002, página 589.

²² Ibídem.

También véase DELLEPIANE, Antonio. “Nueva Teoría de la Prueba”. Décima Edición. Editorial Temis S.A. 2011, página. 61: “(...) todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido, ¿Cómo es que, mediante un hecho comprobado, podemos llegar a conocer otro que ignoramos y que ni ha sido percibido por nosotros ni ha caído bajo la percepción de un testigo que nos lo cuenta, ni ha sido consignado en documento escrito alguno, ni nos ha sido revelado por su autor. Merced a una operación de la mente, como acabamos a adelantarlo; merced a inferencia, que, para conseguir tal fin, se apoya en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas.”

motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. (...)
(Subrayado agregado)

51. Como se puede apreciar, el TUO de la LPAG reconoce un margen de acción razonable a la autoridad en el marco de la actuación probatoria que deberá realizar en la tramitación de un procedimiento administrativo, a efectos de que pueda obtener certeza sobre la materia discutida. En tal sentido, se reconocen como válidos a todos los medios probatorios autorizados por ley.
52. Asimismo, el artículo 177 del TUO de LPAG -al regular los medios de prueba disponibles en un procedimiento administrativo- destaca que la autoridad podrá emplear todos los que resulten necesarios:

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

“Artículo 177.- Medios de prueba

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

53. En consecuencia, la prueba indiciaria tiene un respaldo legal que determina que sea aplicable en los procedimientos administrativos sancionadores.
54. Por otra parte, los tribunales peruanos y extranjeros han coincidido respecto de la necesaria presencia y valoración de la prueba indiciaria por parte del juzgador.
55. Por tanto, las autoridades jurisdiccionales reconocen el empleo de la prueba indiciaria como parte de los métodos probatorios pertinentes para detectar presuntas conductas anticompetitivas. Con motivo de la sanción impuesta por el Indecopi a Corporación Molinera S.A. por haber concertado el precio de la harina de trigo con sus competidores, la Corte Suprema de Justicia de la República señaló lo siguiente²³:

“(...) los indicios señalados en las resoluciones impugnadas (...), como el paralelismo de precios, paralelismo de políticas de descuento, la fusión de dos importantes empresas del sector, la verificación de las actas de la Empresa Teal; las de Molinos Valencia, así como el informe de Molino Italia, y del reporte de Molinera Inca, son hechos que conllevan a establecer que la actora sí participó en la concertación de precios conjuntamente con las demás empresas investigadas y sancionadas; el razonamiento lógico rodea

²³ Sentencia del 18 de octubre de 1999 expedida en el Expediente AV. 98-96 y recaída en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución 1104-96-INDECOPI/TRI.

al juzgador y le permite derivar de la prueba indiciaria la certeza de lo que realmente ocurre; el que no existan 'contraindicios' que no puedan descartarse razonablemente (...)".
(Énfasis y subrayado agregados)

56. Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia de la República, a partir de la sanción impuesta a dos empresas por prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de concertación de precios en procesos de selección convocados por Petróleos del Perú S.A. (Resolución 255-97-TDC/INDECOPI), concluyó que a pesar de que no existía un documento en que constara un acuerdo expreso suscrito por las investigadas, las conductas verificadas en conjunto revelaban la presencia de un acuerdo anticompetitivo (prueba indiciaria)²⁴:

"(...) si bien la Resolución de Primera Instancia [había indicado] que no [tenía] prueba directa que determine tal hecho, esto es, un documento suscrito que pruebe el acuerdo (...), efectivamente la demandada ofertó en igual precio que su competidora a la empresa Petroperú S.A., en las últimas tres licitaciones durante el periodo de octubre de 1995 a marzo de 1996, reduciendo por otro lado sus propuestas de ventas en similar cantidad, no habiendo prueba que acredite en modo alguno los motivos de la reducción ni de la coincidencia en el precio, tanto más que según el cuadro cuya copia corre a fojas doscientos dos, se acredita que la actora ofertó el mismo producto a otras empresas por una cantidad menor a la propuesta hecha por la Empresa del Estado Petroperú, igual situación se ve reflejada en las ventas realizadas por la Empresa Envases Metálicos, de lo que se infiere que no es correcta la tesis de que la identidad del producto explicaría la identidad en el precio (...)".
(Corchetes agregados al texto original)

57. Por su parte, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia de España²⁵ ha realizado la importancia de la aplicación de la prueba indiciaria, tomando en consideración las características del mercado investigado:

"Y es que los indicios que pueden exteriorizar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia deben interpretarse y valorarse teniendo en cuenta las características del mercado en que aparecen. El de los servicios de conservación de ascensores en Burgos y su provincia favorece la concertación entre los ofertantes al estar la oferta concentrada en un número pequeño de empresas que se enfrentan con una demanda atomizada (...). Los indicios de que se ha estado practicando el acuerdo de repartirse el mercado, o de mantener el reparto ya hecho, incluso en ausencia de otras

²⁴ Sentencia del 8 de junio de 2000 expedida en el Expediente AV. 71-98 y recaída en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución 255-97-TDC/INDECOPI.

²⁵ Actualmente, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de acuerdo a la Ley 3/2013 del 4 de junio de 2013, que dispuso la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

*pruebas que podrían haberse practicado estima el Tribunal que son suficientes para declarar la existencia de la práctica.*²⁶

58. Asimismo, el Poder Judicial español, señala la especial consideración que debe otorgársele a la prueba indiciaria en el caso de sanción de las conductas anticompetitivas:

“(...) Hay que resaltar que estas pruebas [pruebas indiciarias] tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda.”²⁷
(Subrayado agregado)

59. En relación con los acuerdos colusorios, la doctrina norteamericana subraya que los tribunales de ese país se encuentran familiarizados con el análisis indiciario y la realización del juicio de inferencia, propio de la obtención de certeza derivada de la prueba indiciaria:

“Mientras que evidentemente existen límites fuera de los cuales este ejercicio se convierte en especulativo, las Cortes en Estados Unidos de Norteamérica normalmente permiten hacer inferencias sobre la base de indicios únicamente. Se trata de un proceso empírico que implica un razonamiento inductivo: inferencia basada en la acumulación del mismo tipo de hechos. Este proceso no es susceptible de un análisis sofisticado. Por consiguiente, para las Cortes en Estados Unidos de Norteamérica, un hallazgo o hecho puede basarse enteramente en indicios, a menos que salga a la luz alguna hipótesis inconsistente con estos hechos.”²⁸

60. En suma, existe consenso jurisprudencial nacional e internacional sobre la relevancia de la prueba indiciaria en el marco de las investigaciones en casos de acuerdos colusorios que distorsionen la competencia. Por ende, la comisión de una conducta infractora puede corroborarse mediante una

²⁶ Resolución del 18 de mayo de 1992 recaída en el Expediente 267/90 expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, página 14.

²⁷ Sentencia 4403/2012, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6, de fecha 25 de octubre de 2012.

²⁸ Traducción libre de: “While there are clearly limits beyond which the exercise becomes speculative, the US Courts by contrast are usually fairly liberal in allowing inferences to be drawn from circumstantial evidence considered in its entirety. This is an empirical process involving inductive reasoning: inference based on the cumulation of persistent data. It is not really one susceptible of sophisticated analysis. So for the US courts, a finding of fact may be based entirely on circumstantial evidence, unless some hypothesis inconsistent with these facts can reasonably be predicated on that evidence (...)”.

BARRISTER, Julian Mathic. “Attitudes to Anti-Trust Enforcement in the EU and US: Dodging the Traffic Warden, or Respecting the Law”. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1995_044_en.html. Fecha de última visita: 26 de febrero de 2021.

pluralidad de aspectos que en conjunto determinen su existencia, sin que sea necesario recabar una prueba directa.

61. Con relación a las características para la aplicación de la prueba indiciaria en el procedimiento administrativo sancionador, Magro Servet menciona, a partir de los comentarios realizados a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español sobre un caso relativo a la sanción administrativa mediante valoración indiciaria²⁹, lo siguiente³⁰:

“C) Presupuestos básicos para la admisión de la prueba indiciaria en el Derecho administrativo sancionador

Los presupuestos exigidos para que en el Derecho administrativo sancionador pueda aplicarse la prueba indiciaria que con tanta frecuencia se utiliza en el Derecho penal son los siguientes:

a) La acreditación de los hechos base o indicios.

(...)

b) El razonamiento explícito de la convicción de la autoría.

(...)

c) La pluralidad de los indicios.

(...)

d) La concomitancia e interrelación entre los indicios y el hecho objeto de acreditación.

(...)

e) La aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia. El proceso deductivo.”

62. Por consiguiente, la acreditación de los indicios debe ser clara para que posteriormente su apreciación integral pueda dar lugar a juicios de inferencia y deducción lógica con eficacia probatoria. Si bien los tribunales han permitido la obtención de certeza de un hecho desconocido a partir de un análisis general del material indiciario, ello no significa que la existencia misma de los indicios pueda ser asumida o derivar de una presunción de la autoridad.

²⁹ Sentencia 63/2007 del 27 de marzo de 2007.

³⁰ MAGRO SERVET, Vicente. *“Admisión de la prueba indiciaria en la responsabilidad por infracciones de tráfico”*. Disponible en: http://www.larioja.org/upload/documents/680386_DLL_N_6784-2007.Admision_de_la_prueba_indiciaria.pdf (Citado en la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019).

En particular, el autor señala adicionalmente lo siguiente: *“Es evidente que la doctrina jurisprudencial debe marcar unos presupuestos de admisión de la prueba indiciaria, ya que en los casos de prueba directa la cuestión se reconduce a la valoración que pueda realizar el tribunal de la prueba concreta que se haya practicado en el plenario, pero en el caso de la indiciaria la viabilidad de su valoración va acompañada de unos requisitos de índole formal y material que deben concurrir para que el tribunal pueda recoger estos indicios en su sentencia como basamento de la declaración de responsabilidad en este caso administrativa sancionadora.”*

63. En línea de lo antes señalado, el Pleno Jurisdiccional integrado por los Vocales de lo Penal de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22 de fecha 13 de octubre de 2006, estableció como uno de los precedentes de observancia obligatoria *“los presupuestos materiales de la prueba indiciaria, necesarios para [rebatir] la presunción constitucional de inocencia”* (cuarto fundamento del Recurso de Nulidad 1912-2005/Piura)³¹. De esta manera, se precisó lo siguiente³²:
- a) El indicio (hecho base) debe estar plenamente probado y ser plural (varios indicios). Excepcionalmente, los indicios pueden ser únicos, pero de singular fuerza acreditativa.
 - b) Los indicios deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar, esto es, estar interrelacionados y que se refuercen entre sí, sin que excluyan el hecho-consecuencia.
 - c) La inducción o inferencia responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de modo que el indicio permita concluir el hecho-consecuencia y que entre ambos exista una conexión directa y precisa.
64. En el derecho administrativo sancionador, la doctrina española ha señalado que la prueba indiciaria *“puede constituir una prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia del inculpado en el procedimiento*

³¹ Considerando la relación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal -pues ambos son manifestaciones de un mismo *ius puniendi* genérico del Estado- resulta ilustrativo observar el tratamiento de la prueba indiciaria en materia penal.

Es pertinente acotar que en dicho precedente se señaló lo siguiente respecto a la prueba indiciaria: *“lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar”*.

³² **ACUERDO PLENARIO 1-2006/ESV-22 DE FECHA 13 DE OCTUBRE DE 2016. CUARTO FUNDAMENTO JURÍDICO DEL RECURSO DE NULIDAD 1912-2005/PIURA.**

“Cuarto: (...) respecto al indicio, (a) éste -hecho base- ha de estar plenamente probado -por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar -los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son-, y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia -no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí-; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos -ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar- pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera (...); que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.”

administrativo sancionador y justificar la imposición de la sanción”³³. Para lo cual debe cumplir con algunos requisitos:

- (i) Que el indicio no sea aislado, esto es, que exista una pluralidad de ellos y partan de un hecho o hechos plenamente probados;
 - (ii) que haya un enlace directo y preciso entre el hecho probado y el presumido, es decir, que la inferencia se deduzca de los indicios de forma concluyente e inequívoca; y,
 - (iii) que la autoridad motive el razonamiento sobre cuya base se deduce la certeza del hecho presunto, a partir del indicio.
65. Se aprecia que también en el caso del Derecho Administrativo Sancionador -de manera similar al Derecho Penal-, la acreditación de una pluralidad de indicios, la inferencia lógica y la debida motivación del razonamiento esbozado, constituyen factores en la configuración de la prueba indiciaria.
66. A su vez, el administrado puede ejercer su derecho de defensa a fin de cuestionar u objetar la acreditación de los indicios que pretenden ser empleados como premisas de análisis. De la misma forma, el administrado podrá presentar contraindicios orientados a desbaratar o debilitar el razonamiento lógico derivado de los mencionados elementos indiciarios.
67. En la medida que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia reconocen a la prueba indiciaria un valor probatorio pleno, deberá exigirse solidez a los contraindicios destinados a tratar de desvirtuarla y será necesario efectuar un análisis cuidadoso de ellos.
68. En una reciente sentencia sobre una práctica colusoria horizontal, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado que los contraindicios alegados por las empresas investigadas deben ser consistentes. Es decir, no es suficiente esgrimir cualquier contraindicio como explicación alternativa posible, sino que debe ser consistente y razonable:

“SEXTO: (...) debemos hacer notar que la ley no descarta la posibilidad de utilizar la prueba indiciaria cuando se acredita la existencia de cualquier contraindicio sino, únicamente, cuando estos son consistentes. Es decir, la sola presencia de un hecho que no encuentre explicación dentro de la hipótesis inculpativa no basta para descartar aquella, sino que tal hecho

³³ REBOLLO PUIG, Manuel y Otros. *Derecho Administrativo Sancionador*. Primera edición, Valladolid, Lex Nova, 2010, páginas 677 y 678.

debe conducir a una duda razonable sobre la realización de la conducta acusada.

(...)

DÉCIMO QUINTO.- Del mismo modo, resulta inexacto afirmar que la prueba indiciaria para “desvirtuar la presunción de inocencia, requiere de un análisis deductivo previo del cual no se haya podido derivar ninguna otra hipótesis, conclusión o interpretación distinta de la misma”, pues, como ya hemos tenido ocasión de advertir, otras explicaciones posibles solo afectarán a la hipótesis inculpativa cuando resulten consistentes, es decir, cuando resulten razonables frente a la que sustenta la responsabilidad administrativa.”³⁴ (Subrayado agregado)

69. En atención a los fundamentos expuestos en el presente apartado, resulta posible concluir que, para la correcta aplicación de la prueba indiciaria, es necesario que confluayan los siguientes elementos:

- (i) pluralidad de hechos (indicios) debidamente acreditados.
- (ii) razonamiento lógico deductivo entre los hechos acreditados y la hipótesis esbozada por la autoridad; y,
- (iii) desvirtuar los contraindicios ofrecidos por los investigados, lo cual permitirá sostener que la hipótesis formulada por la autoridad constituye una explicación adecuada, consistente y razonable de los hechos acreditados probatoriamente.

C La aplicación de la prueba indiciaria en la evaluación de la responsabilidad de las personas naturales involucradas

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

71. Es necesario un examen minucioso y coordinado de toda la evidencia existente con la finalidad de determinar si permite demostrar la participación de las personas naturales imputadas en la práctica colusoria detectada. En este orden de ideas, se ha señalado que la prueba indiciaria o prueba indirecta en los casos de libre competencia, debe ser evaluada de forma holística:

“(...) en cuanto a la forma de apreciación de la prueba indirecta, el Derecho Comparado muestra que los acusados de colusión frecuentemente argumentan que los Tribunales deben evaluar los indicios uno a uno, de

³⁴ Sentencia de segunda instancia de fecha 4 de enero de 2017, emitida en el Expediente 7766-2013 y recaída en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI (caso *Oxígeno Medicinal*).

forma que si alguno, varios o todos ellos no permiten concluir la existencia de colusión, entonces el Tribunal debiera rechazar la demanda o requerimiento de colusión.

Sin embargo, tal argumento ha sido rechazado en distintas latitudes, y hoy existe un relativo consenso respecto a que la prueba indirecta debe analizarse “colectiva y holísticamente”. Como explica la OCDE, “la mejor práctica es usar la evidencia circunstancial holísticamente, otorgándole un efecto acumulativo, y no sobre la base del sistema antecedente-por-antecedente”.

(...)

En definitiva, la prueba indirecta, incluyendo los antecedentes económicos y no-económicos existentes en el proceso, debe ser calificada en su totalidad y no conforme a la trampa del “antecedente-por-antecedente” (...)³⁵

72. De acuerdo con los artículos 2.1 y 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³⁶, quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes infractores podrán ser sancionados -a título individual- en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización y/o ejecución de un acuerdo colusorio u otra conducta anticompetitiva.
73. Tal como ha sido explicado antes, la prueba indiciaria se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento y puede ser empleada válidamente en el análisis de conductas colusorias, así como al momento de examinar la participación de las personas naturales. Por tanto, la utilización del mecanismo indiciario se encuentra habilitada normativamente y está justificada por razones de necesidad probatoria³⁷.
74. El objetivo de la prueba indiciaria en la evaluación de la participación de las personas naturales en las conductas anticompetitivas y, específicamente para el caso de acuerdos colusorios, radica en permitir una adecuada valoración sobre la actuación de tales personas en el planeamiento o concretización de estas prácticas que afectan o restringen el proceso competitivo. Para tales efectos, la autoridad utilizará un razonamiento lógico deductivo derivado de una pluralidad de factores que han sido recabados y analizados, los cuales conjuntamente permitirán evidenciar -de ser el caso- un comportamiento activo en la planificación, realización y/o

³⁵ Grunberg Pilowsky, Jorge y Montt Oyarzún, Santiago, Prueba de la Colusión, en: Reflexiones sobre el Derecho de La Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017), páginas 363 y siguientes. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf>. Fecha de última visita: 26 de febrero de 2021.

³⁶ Ver pie de página 10.

³⁷ Considerando los niveles de sofisticación utilizados para la adopción de acuerdos anticompetitivos, lo cual repercute en la investigación contra las personas naturales involucradas, resulta necesario que las autoridades encargadas de reprimir tales conductas amplíen sus niveles de valoración probatoria a efectos de desplegar una actividad realmente persecutoria, en tutela del adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

ejecución de la concertación anticompetitiva llevada a cabo por los agentes económicos respectivos.

75. Los hechos a verificarse están relacionados con una práctica anticompetitiva desplegada en el mercado, por lo que la autoridad tomará en cuenta dicho escenario junto con aquellos elementos vinculados a cada persona en específico, por ejemplo: las comunicaciones remitidas o dirigidas a las personas naturales involucradas, la mención a sus nombres por parte de terceros, las declaraciones propias y de terceros, las características del cargo y las funciones desempeñadas por las personas imputadas dentro de los agentes económicos, la correlación entre ciertos elementos circunstanciales donde tales funcionarios están personalmente inmersos y el desarrollo de la práctica anticompetitiva investigada, entre otros.
76. Estos elementos serán analizados de manera integral y motivada, a fin de realizar una inferencia lógica que deleve la participación de estas personas, el modo de su actuación y, de ser el caso, el tiempo de su extensión.
77. Finalmente, dicho análisis será contrastado con los diversos argumentos, explicaciones alternativas y contraindicios presentados por los administrados, con el objeto de dilucidar si logran desvirtúan o no su eventual responsabilidad.

III.1.3 Aplicación al presente caso

78. En la Resolución Final, la Comisión determinó que los señores Isasi y Radovic, entre otros, ejercieron la gestión y/o dirección de las empresas investigadas y participaron en la realización y ejecución del acuerdo colusorio entre Amauta - El Comercio y Quad Graphics, conforme se detalla a continuación:

Persona natural imputada	Cargo	Empresa	Período
Pedro Isasi	Gerente General	Quad Graphics	Enero de 2011 a mayo de 2016
Mirko Radovic	Gerente de Ventas Internacionales	Quad Graphics	Febrero de 2013 a diciembre de 2014

79. En la medida que los señores Isasi y Radovic impugnaron la Resolución Final en la parte que determinó su responsabilidad administrativa por la conducta antes señalada, esta Sala procederá a evaluar los alegatos de dichos recurrentes y los elementos de prueba que constan en el expediente respecto de tales imputados.

A. Sobre la configuración del acuerdo anticompetitivo infractor

80. Con el fin de contextualizar la actuación que habrían tenido las personas naturales apelantes, es pertinente precisar la manera en la cual se materializó el acuerdo colusorio entre Amauta - El Comercio y Quad Graphics, conforme fue determinado en la Resolución Final y no ha sido objeto de impugnación.
81. De acuerdo con el análisis de la Comisión, desde el año 2011 las empresas previamente mencionadas establecieron un reparto de clientes en el mercado de impresiones comerciales a nivel nacional.
82. Por consiguiente, en el período comprendido entre los años 2011 y 2016 se observa que los agentes económicos imputados coordinaron los precios a enviar a los distintos clientes que les solicitaban cotizaciones, de modo tal que la empresa que tenía asignado un determinado cliente aseguraba la respectiva contratación mediante el ofrecimiento de una propuesta económica menor a su contraparte.
83. Lo antes mencionado se respalda no solo en las comunicaciones obtenidas por la Secretaría Técnica de la Comisión, sino también en la serie de ventas de Amauta - El Comercio y Quad Graphics. Sobre dicha base, la primera instancia graficó el reparto de clientes como se muestra a continuación:

Cuadro 1
Lista de clientes por proveedor

Cliente	Amauta-El Comercio	Quad Graphics
Arcangel		✓
Boticas y Salud		✓
Carsa		✓
Inkafarma		✓
Maestro		✓
Makro		✓
Mifarma		✓
Natura		✓
Oechsle		✓
Supesa		✓
Promart		✓
Sodimac		✓
Servicios Multimedia		✓
Cencosud		✓
La Curacao		✓
Claro	R	R
Tottus	R	R
Avon	✓	
Estilos	✓	
Tiendas Efe	✓	
Ripley	✓	
Saga Falabella	✓	
Edelnor	✓	

Leyenda: Las casillas con un "visto" representan a los clientes repartidos y a qué agente económico "perteneían", mientras que las casillas con "R" corresponden a aquellos clientes que se repartieron según el producto comercializado.

Fuente: Correos electrónicos y series de ventas de Amauta - El Comercio y Quad Graphics.
Elaboración: Secretaría Técnica de la Comisión.

84. Considerando ello, esta Sala evaluará si la evidencia obrante en el expediente permite acreditar la participación de los señores Isasi y Radovic en la realización y/o ejecución del acuerdo colusorio investigado, esto es, el acatamiento del reparto de clientes concertado entre Amauta - El Comercio y Quad Graphics.

B. Sobre la participación del señor Isasi en la conducta anticompetitiva

85. En la Resolución Final, la Comisión indicó que el señor Isasi fue Gerente General de Quad Graphics, un cargo de gestión y representación que otorgaba a dicho imputado un control sobre la política comercial de la referida persona jurídica.

86. Lo antes señalado no ha sido cuestionado por el administrado a lo largo del procedimiento. Adicionalmente, es pertinente acotar que el artículo 188 de la Ley General de Sociedades³⁸ establece que los Gerentes Generales cuentan -entre otros- con las atribuciones para celebrar y ejecutar los contratos correspondientes al objeto social de la persona jurídica, así como representar a dicha sociedad mercantil.

87. Por otro lado, la Comisión concluyó que el señor Isasi había participado en la realización y ejecución del acuerdo anticompetitivo en el período comprendido entre enero de 2011 y mayo de 2016. Para tales efectos, la primera instancia se sustentó en las Comunicaciones AMA11, AMA12, AMA14, AMA15, AMA16, AMA17, AMA18, AMA19, AMA20, AMA22, QG01, QG02, QG03, QG04, AMA28, QG05, QG07, QG11, QG12, QG13, AMA31, QG14, AMA34, AMA35, AMA36, AMA37, AMA38, AMA39, AMA40, AMA41, AMA42, AMA46, AMA47, AMA48, AMA49, AMA51, AMA52 y AMA53, así como en los alcances del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, referido a las facultades de los Gerentes Generales.

88. En particular, la Comisión indicó que las comunicaciones antes señaladas revelaban que el señor Isasi había coordinado con funcionarios de Amauta – El Comercio el respeto del reparto de clientes acordado por las personas jurídicas involucradas. Asimismo, de acuerdo con la primera instancia, en la medida que el imputado se mantuvo como Gerente General de Quad Graphics hasta mayo de 2016, sería responsable por la realización y ejecución del acuerdo durante dicho período.

³⁸ LEY 26887. LEY GENERAL DE SOCIEDADES.

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:

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 Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje;

(...)

89. De la revisión de los elementos de prueba que constan en el expediente, la Sala observa que los correos identificados en el numeral 87 de la presente resolución revelan que el señor Isasi mantuvo comunicaciones con el señor Guillermo Stanbury Titinger (funcionario de Amauta - El Comercio) con la finalidad de implementar y respetar el reparto acordado por las empresas investigadas. A manera de ejemplo, se muestra la siguiente cadena de correos electrónicos recabada por la Secretaría Técnica de la Comisión:

AMA17: RV_Claro_1

De: OPTA Stanbury Titinger Guillermo
Enviado el: jueves 14/04/2011 11:26 a.m.
Para: OPTA Gutierrez Romani Carlos <cgutierrez@comercio.com.pe>
Asunto: RV: Claro

Carlos, para tu conocimiento

Sds
G

De: OPTA Stanbury Titinger Guillermo
Enviado el: jueves 14/04/2011 11:26 a.m.
Para: Isasi Rivero, Pedro <pedro.isasi@qg.com>
Asunto: RE: Claro

Pedro: **Te mando mis precios. Ellos siempre nos piden distribución, dentro de mis precios está incluido eso.** Los precios son sin IGV.

Muchas gracias
Un abrazo
G

	Cantidad	Unitario	Precio sin IGV
Sur	64.700	0,2743	17.746
Norte	176.220	0,2685	47.319
Lima Centro	57.540	0,2504	14.405
Lima	154.290	0,2698	41.620
Total	452.750		121.090

De: Isasi Rivero, Pedro [mailto:pedro.isasi@qg.com]
Enviado el: miércoles, 13 de abril de 2011 17:12
Para: OPTA Stanbury Titinger Guillermo
Asunto: Claro

Guillermo;
Me dices a que precio debo de ir?
Pedro

Follow Quad/Graphics in social media

[Continúa en la página siguiente]

90. Como se puede observar, la comunicación antes citada muestra al señor Isasi coordinando con el señor Guillermo Stanbury Titinger los precios a remitir a la empresa "Claro" (América Móvil Perú S.A.C.). En este caso, el recurrente solicita al señor Guillermo Stanbury Titinger que le remita "e/ precio al cual debo de ir" (Sic.) y, como respuesta, el referido funcionario de Amauta - El Comercio le comparte sus precios, con la finalidad de que Quad Graphics los tome en cuenta al momento de enviar su cotización al cliente antes mencionado.
91. De otro lado, también se cuenta con evidencia documental que acredita que el señor Isasi tenía conocimiento de las coordinaciones que hacían los demás funcionarios de Quad Graphics con personal de Amauta - El Comercio, en el marco de la práctica colusoria investigada en este

procedimiento. Ello se puede desprender -por ejemplo- de la siguiente comunicación:

AMA39: FALABELLA_1

De: Radovic Barreto, Mirko <mirko.radovic@qg.com>
Enviado: miércoles 27/02/2013 04:43 p.m.
Para: OPTA Stanbury Titinger Guillermo <gstanbury@comercio.com.pe>
CC: Isasi Rivero, Pedro <pedro.isasi@qg.com>; Trelles Rodriguez, Carla <Carla.Trelles@qg.com>; OPTA Gutierrez Romani Carlos <cgutierrez@comercio.com.pe>
Asunto: FALABELLA

Hola Guillermo,

Alcanzo el cuadro de presentaremos. En la 3era pestaña adjuntamos un precio en amarillo que no recibimos de parte de ustedes para que nos confirmen si todo OK.

Nos confirman por favor para enviarlo al cliente.

Gracias,

Saludos

Mirko R.

Datos adjuntos: Cotización-Quadgraphics (Feb272013) - Carta v2.xlsx (hoja 3)

(...)

COMERCIO	Catálogo	Couche brillo 150 gr / Supercal 51 grs	20.5x27.5
COMERCIO	Catálogo	Couche brillo 70 grs / Supercal 31 grs	22.0 x 24.8
COMERCIO	Catálogo	Couche Brillo 300gr / Couche Brillo 115gr	24.5 x 32.3
COMERCIO	Catálogo	Couche Brillo 300gr / Couche Brillo 115gr	27.5 x 31.0
COMERCIO	Catálogo	Couche Brillo 300gr / Couche Brillo 115gr	27.5 x 31.0
COMERCIO	Catálogo	Couche Brillo 300gr / Couche Brillo 115gr	24.5 x 32.2
COMERCIO	Catálogo	Couche Brillo 300gr / Couche Brillo 115gr	27.5x31.0
COMERCIO	Catálogo	Couche Brillo 300gr / Couche Brillo 90gr	27.5 x 31.0
COMERCIO	Catálogo	Couche Brillo 300gr / Couche Brillo 115gr	27.5x31.0

En los catálogos y publicaciones de sodimac se le ha agregado el costo por 6 cambios (\$ 600 + igr c/u)

92. En esta comunicación el señor Radovic, Gerente de Ventas Internacionales de Quad Graphics, envía al señor Guillermo Stanbury Titinger las cotizaciones que presentarían a la empresa "Falabella" (Saga Falabella S.A.), con la finalidad de que Amauta - El Comercio cuenten con dicha información al momento de elaborar su cotización para el cliente antes mencionado, como parte de las coordinaciones para asegurar el respeto del reparto de mercado acordado, con relación a dicho cliente. En la referida comunicación se observa que el señor Isasi fue copiado.
93. Como se puede observar, la evidencia documental obrante en el expediente demuestra que el señor Isasi, en su calidad de Gerente General de Quad Graphics, no solo realizaba coordinaciones directamente con los funcionarios de Amauta - El Comercio, sino que también monitoreaba las acciones del personal a su cargo (como el señor Radovic) que estaba en contacto con ciertos funcionarios de la empresa competidora. Lo anterior formaba parte del desarrollo del acuerdo colusorio de reparto de clientes entre, precisamente, Quad Graphics y Amauta - El Comercio.
94. A continuación, se muestra un detalle de las comunicaciones con los funcionarios de Amauta - El Comercio, en donde el señor Isasi intervino como emisor, receptor y tercero copiado:



Nombre de Comunicación	Fecha de la comunicación	Tipo de intervención
AMA11	29 de marzo de 2011	Emisor
AMA12	29 de marzo de 2011	Emisor
AMA14	1 de abril de 2011	Emisor
AMA15	1 de abril de 2011	Emisor
AMA16	13 de abril de 2011	Emisor
AMA17	14 de abril de 2011	Receptor
AMA18	14 de abril de 2011	Receptor
AMA19	22 de junio de 2011	Emisor
AMA20	24 de junio de 2011	Emisor
AMA22	11 de julio de 2011	Receptor
QG01	22 de septiembre de 2011	Receptor
QG02	9 de noviembre de 2011	Receptor
QG03	27 de diciembre de 2011	Receptor
QG04	28 de diciembre de 2011	Emisor
AMA28	29 de diciembre de 2011	Emisor
QG05	29 de diciembre de 2011	Emisor
QG07	21 de marzo de 2012	Receptor
QG11	19 de septiembre de 2012	Receptor
QG12	26 de septiembre de 2012	Receptor
QG13	26 de septiembre de 2012	Emisor
AMA31	23 de enero de 2013	Emisor
QG14	24 de enero de 2013	Emisor
AMA34	13 de febrero de 2013	Emisor
AMA35	21 de febrero de 2013	Receptor
AMA36	21 de febrero de 2013	Receptor
AMA37	25 de febrero de 2013	Tercero copiado
AMA38	25 de febrero de 2013	Tercero copiado
AMA39	27 de febrero de 2013	Tercero copiado
AMA40	27 de febrero de 2013	Tercero copiado
AMA41	27 de febrero de 2013	Tercero copiado
AMA42	27 de febrero de 2013	Tercero copiado
AMA46	21 de enero de 2014	Emisor
AMA47	21 de enero de 2014	Emisor
AMA48	28 de enero de 2014	Emisor
AMA49	24 de marzo de 2014	Tercero copiado
AMA51	7 de julio de 2014	Receptor
AMA52	10 de julio de 2014	Receptor
AMA53	10 de julio de 2014	Emisor

95. Lo consignado previamente constituye una clara evidencia respecto de la participación del señor Isasi en la conducta colusoria detectada por la Comisión. Asimismo, conforme a lo señalado previamente, la responsabilidad administrativa también puede ser constatada por medio de elementos indiciarios que -de forma conjunta- demuestren la conducta infractora imputada.
96. En el presente caso, existen cuatro indicios de la conducta del señor Isasi con relación a la práctica colusoria investigada en este procedimiento: (i) la existencia -previamente indicada- de comunicaciones electrónicas relativas a la conducta colusoria, en las cuales figura como remitente, destinatario o tercero copiado; (ii) la naturaleza del cargo que ostentaba en Quad

Graphics durante el período infractor; (iii) la evidencia económica respecto del comportamiento de la empresa; y, (iv) el mecanismo de la práctica colusoria analizada.

97. En primer lugar, como ya se ha indicado, existen documentos que muestran de forma directa la participación del señor Isasi en diversas comunicaciones dirigidas a materializar el reparto de clientes.
98. En particular, se observa que dicho recurrente coordinó el reparto de clientes como “Claro”, “Carsa”, “Oechsle”, “Edelnor”, “Sodimac”, “Ace Home Center”, “Tottus”, “Avon”, entre otros. Esto se llevó a cabo a través del intercambio de información de los precios que las empresas involucradas (Amauta - El Comercio y Quad Graphics) ofrecerían al responder las solicitudes de cotización de cada cliente y, de esta manera, mantener los clientes asignados concertadamente.
99. En segundo lugar, se tiene que el señor Isasi ocupó el cargo de Gerente General de Quad Graphics durante el período imputado, por lo que contaba con facultades de representación de la persona jurídica respectiva y podía -entre otras atribuciones- celebrar contratos acordes con el objeto social de la empresa (ver numeral 86 de esta resolución).
100. Por ende, se advierte que las coordinaciones y actuaciones del señor Isasi con los funcionarios de las empresas competidoras (Amauta - El Comercio), se efectuaron desde una posición de significativa relevancia dentro de Quad Graphics. Dichas conductas constituyen algunas de las formas por las cuales se materializaron los acercamientos entre dos agentes económicos que debían competir en el mercado, y que, como ha sido acreditado por la primera instancia, finalmente incurrieron en una práctica colusoria.
101. Cabe resaltar que las referidas coordinaciones se realizaron en torno a las solicitudes de cotización efectuadas por los potenciales clientes, lo cual refuerza el hecho de que el señor Isasi (debido a su cargo en Quad Graphics) se encontraba en una posición predominante que le permitía establecer cuáles serían las condiciones de negociación con cada cliente.
102. Asimismo, el cargo ejercido y grado de involucramiento del señor Isasi también facilitaba que conociera las coordinaciones que realizaban otros funcionarios de Quad Graphics, lo cual se constata a través de las comunicaciones en las cuales dicha persona figura como tercero copiado. En tal sentido, lo antes señalado permite apreciar que el señor Isasi no requería comunicarse de forma directa para impulsar el desarrollo de las coordinaciones anticompetitivas, pues su posición en la empresa le permitía estar constantemente informado de tales acercamientos entre competidores y monitorear el cumplimiento del reparto de clientes

acordado, durante el tiempo que ejercía sus funciones dentro de Quad Graphics.

103. En tercer lugar, la evidencia económica recabada (series de ventas de las empresas investigadas) muestra que, desde enero de 2011 hasta mayo de 2016, los clientes sobre los cuales se realizaron las coordinaciones (ver numeral 98 del presente pronunciamiento) permanecieron asignados entre los agentes económicos coludidos de conformidad con el Cuadro 1. Lo anterior acredita que, durante el período en el cual el señor Isasi fue Gerente General de Quad Graphics, el reparto de clientes acordado continuó ejecutándose.
104. El hecho referido cobra significancia para acreditar la responsabilidad del señor Isasi, si se toma en cuenta el cuarto punto señalado en el numeral 96 de la resolución, consistente en la forma como se implementó la conducta colusoria.
105. Conforme se ha detallado previamente, la infracción incurrida en el presente caso por las empresas investigadas consistió en el reparto de clientes durante los años 2011 y 2016. Para tales efectos, los funcionarios de Amauta - El Comercio y Quad Graphics coordinaban los precios que ofertarían en las cotizaciones, siendo el proveedor "titular" del cliente quien enviaría la cotización más baja y la otra empresa remitiría una cotización más onerosa.
106. La intervención de los funcionarios implicados resultó fundamental para la realización y ejecución de la conducta. En el caso particular del señor Isasi, el hecho de ostentar el cargo de Gerente General de Quad Graphics da mayor preponderancia a su participación, pues era un funcionario quien - por su jerarquía- tenía una alta responsabilidad dentro de la empresa. En tal sentido, es posible afirmar que las coordinaciones anticompetitivas se efectuaban bajo su conocimiento y supervisión, considerando, además, que en diversas ocasiones participó activamente de ellas.
107. De acuerdo con lo antes referido, se tienen los siguientes elementos indiciarios:
 - (i) Para la ejecución y realización del cartel detectado (reparto de clientes) se requería la participación de los funcionarios de las empresas investigadas, a través del intercambio de información de precios y cotizaciones. Estas coordinaciones tenían por objeto lograr una empresa no ofrezca un precio más atractivo que el agente económico quien tenía dicho cliente "asignado".
 - (ii) El señor Isasi, en su calidad de Gerente General de Quad Graphics, participaba activamente en las comunicaciones para mantener el

reparto de determinados clientes. Además, conocía de las coordinaciones efectuadas por otros funcionarios de Quad Graphics.

(iii) La evidencia económica muestra que durante todo el período en el cual el señor Isasi estuvo vinculado a Quad Graphics como Gerente General (entre enero de 2011 y mayo de 2016), los clientes respecto a los cuales coordinó activamente e incluso aquellos por los cuales coordinaron otros funcionarios de dicha empresa (bajo su conocimiento y supervisión), se mantuvieron repartidos.

108. Un análisis de forma conjunta y motivada de los diversos hechos probados que han sido previamente reseñados permite colegir razonablemente que -desde enero de 2011 a mayo de 2016- el señor Isasi intervino en la realización y ejecución de la conducta imputada.

109. Finalmente, corresponde indicar que no se está atribuyendo la responsabilidad al señor Isasi sobre la base de un hecho aislado, sino por un conjunto de factores documentales, económicos y contextuales, relacionados con la posición del propio recurrente y sus conductas, sobre los cuales se sustenta la conclusión a la que ha arribado este Colegiado.

110. De otro lado, no existe algún contraindicio capaz de desvirtuar lo establecido en los indicios previamente analizados ni en la inferencia lógica efectuada.

Argumentos en apelación formulados por el recurrente

111. Durante el trámite del procedimiento ante la Sala, el señor Isasi alegó que concurrirían diversos vicios de validez en la Resolución Final. En particular, señaló que la primera instancia habría vulnerado los derechos a la debida motivación, presunción de licitud y carga de la prueba, pues se le habría asignado responsabilidad por un período en el cual no se encontró evidencia directa que acredite su participación.

112. Al respecto, de la revisión de la Resolución Final, se advierte que el razonamiento desarrollado por la Comisión resulta acorde con la aplicación de la prueba indiciaria. De esta manera, en los numerales 97 a 107 del pronunciamiento impugnado se precisan los motivos que llevaron a la primera instancia a atribuir responsabilidad al señor Isasi, incluyendo los meses transcurridos entre agosto de 2014 y mayo de 2016.

113. La Comisión sustentó tal evaluación en los indicios recabados, consistentes en el comportamiento de Quad Graphics durante el período en el cual el señor Isasi se mantuvo como Gerente General, así como la especial naturaleza del cargo ostentado por dicha persona natural. En tal sentido, no existe una ausencia de motivación en este extremo.

114. Por otro lado, corresponde precisar que la prueba indiciaria, conforme se ha indicado en los numerales 37 a 77 de la presente resolución, cuenta con reconocimiento a nivel normativo, doctrinario y en la casuística nacional e internacional.
115. Si bien durante una parte del período investigado (desde agosto de 2014 hasta mayo de 2016) no constan correos electrónicos vinculados a la realización y ejecución de la práctica anticompetitiva en los cuales haya participado el señor Isasi, ello no impide considerar -de forma conjunta- los diversos indicios existentes que fueron detallados en párrafos anteriores y aplicar la prueba indiciaria para analizar la participación del recurrente.
116. En efecto, la revisión de los elementos indiciarios constatados en este procedimiento permite colegir que el señor Isasi intervino en la práctica anticompetitiva entre enero de 2011 y mayo de 2016, considerando no solo las comunicaciones analizadas previamente, sino también: (i) la naturaleza y funciones del cargo ostentado por dicha persona natural, (ii) el rol del imputado en la ejecución y realización del acuerdo, el cual no estaba limitado a una actuación directa, pues dicha persona también era informada respecto de aquellas coordinaciones efectuadas por sus subordinados; y, (iii) la data económica que muestra que los clientes objeto de las coordinaciones en el referido período -con el señor Isasi como Gerente General de Quad Graphics- se mantuvieron asignados a las respectivas empresas involucradas, conforme a lo anticompetitivamente acordado.
117. Por ende, de acuerdo con lo expresado de forma extensa en los numerales precedentes, la responsabilidad administrativa del señor Isasi se encuentra motivada y sustentada en los medios probatorios existentes en el expediente, lo cual rebate la presunción de licitud invocada por el recurrente. Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado en este punto del recurso de apelación evaluado.
118. De otro lado, el señor Isasi indicó que habría dejado de trabajar en Quad Graphics en el período comprendido entre el 1 de octubre de 2013 y el 31 de marzo de 2015, pues laboró en la filial de Quad Graphics en la República de Colombia. Para tales efectos, dicho recurrente presentó certificados de trabajo expedidos por Quad Graphics, así como copias de la participación de utilidades correspondientes a los años 2013 y 2015, que buscarían sustentar que no percibió utilidades precisamente por el período en el cual afirma no haber laborado para dicha empresa.
119. La Secretaría Técnica de la Sala requirió al señor Isasi que presente: (i) el cargo de recepción de la comunicación por la cual habría renunciado al puesto de Gerente General de Quad Graphics; y, (ii) los documentos que contengan la decisión de los respectivos órganos societarios de aceptar la

renuncia del recurrente, removerlo o cesarlo del cargo. Al respecto, dicho administrado indicó que no contaba con los documentos solicitados (los cuales estarían en poder de Quad Graphics) y reiteró la presentación de las constancias de trabajo que fueron expedidas por la empresa en mención.

120. Asimismo, mediante Carta 007-2021/SDC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó que Quad Graphics presente: (i) los documentos en los cuales conste la decisión de sus órganos de aceptar la renuncia, remover o cesar del cargo de Gerente General al señor Isasi durante octubre de 2013 y marzo de 2015; y, (ii) los documentos en los que figure la designación del nuevo Gerente General.
121. En su respuesta, Quad Graphics indicó que, si bien el señor Isasi se trasladó a la República de Colombia para trabajar en dicho país, lo cierto es que esta persona no dejó el cargo de Gerente General de Quad Graphics en el Perú. Para acreditar ello, presentó los asientos de la partida registral de la persona jurídica en mención, en donde no se aprecia acuerdo societario alguno de remoción de Gerente General ni otro nombramiento entre los meses de octubre de 2013 y marzo de 2015.
122. Considerando lo antes expresado, esta Sala advierte que, si bien los certificados de trabajo y pago de utilidades buscarían sustentar que el señor Isasi no habría tenido una relación laboral con la empresa entre octubre de 2013 y marzo de 2015, no se pueden desconocer los diversos hechos y documentos que -en conjunto- acreditan que dicha persona mantuvo sus facultades y cargo en Quad Graphics y que además ejerció labores en nombre del referido agente económico.
123. En primer lugar, consta que en la respectiva partida registral no se inscribió acuerdo alguno para dejar sin efecto la designación del señor Isasi como Gerente General ni consta el nombramiento de una tercera persona durante el período antes señalado. Esto constituye un indicio de que esta persona mantuvo el cargo de Gerente General en Quad Graphics, más aún considerando que durante ese tiempo la empresa continuó operando en el mercado peruano, no siendo razonable afirmar que durante aproximadamente 18 meses mantuviera como Gerente General a una persona que no ejercería dicha función.
124. Otro elemento por considerar es que en el Asiento C00042 de la Partida Registral de Quad Graphics consta que -con fecha 7 de octubre de 2013- se le otorgaron más poderes al señor Isasi.
125. Asimismo, en el listado de comunicaciones consignado en el numeral 94 de la presente resolución, consta la existencia de siete (7) comunicaciones emitidas el 21 y 28 de enero, 24 de marzo, 7 y 10 de julio de 2014, mediante

las cuales el señor Isasi participó directa y activamente en las coordinaciones con funcionarios de Amauta - El Comercio para continuar con la realización y ejecución del acuerdo colusorio en el mercado peruano.

126. Ello demuestra que, a pesar de no haber laborado presencialmente en el país en el período octubre de 2013 - marzo de 2015, el señor Isasi conservó su vinculación con Quad Graphics, al punto de que no solo le dieron mayores poderes a fin de facilitar sus funciones en dicha empresa, sino que mantuvo comunicaciones con Amauta - El Comercio (competidora en el mercado peruano).
127. Finalmente, aun cuando el señor Isasi haya manifestado que no sería posible ocupar el cargo de Gerente General en dos empresas, corresponde indicar que no existe impedimento legal para tal situación. Por tanto, el hecho de que dicho imputado se haya trasladado a otro país para asumir un determinado puesto en una empresa no le impedía legal ni fácticamente continuar ejerciendo el cargo de Gerente General de Quad Graphics.
128. Los elementos probatorios recabados en el procedimiento evidencian que, sin perjuicio de lo señalado en las constancias de trabajo presentadas por el señor Isasi, lo cierto es que el señor Isasi mantuvo las potestades legales como Gerente General de Quad Graphics, recibiendo atribuciones adicionales y llevando a cabo coordinaciones en nombre de la respectiva empresa.
129. Aun cuando el señor Isasi alegue que sería responsabilidad de la empresa haberlo mantenido en el cargo, es importante señalar que los elementos probatorios recabados muestran que ello fue concordante con las acciones del propio imputado, tal como se ha explicado precedentemente.
130. Luego de evaluar conjuntamente los elementos antes desarrollados³⁹ y aplicar el principio de primacía de la realidad⁴⁰, corresponde desestimar los argumentos presentados por el señor Isasi.

³⁹ Cabe señalar que Quad Graphics presentó copias de diversas actas correspondientes a las sesiones de la Junta General de Accionistas, solicitando su confidencialidad. Al respecto, el señor Isasi alegó que la declaración de confidencialidad afectaría su derecho a la defensa, pues no podría conocer el contenido de estas actas.

No obstante, corresponde indicar que esta Sala no ha considerado en su análisis a tales actas presentadas por Quad Graphics, pues los elementos antes mencionados resultan suficientes para mostrar -de forma concatenada y congruente- que durante octubre de 2013 a marzo de 2015 el señor Isasi no fue ajeno a las actividades de Quad Graphics, mantuvo su cargo y llevó a cabo acciones de coordinación por Quad Graphics ante la competencia.

⁴⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 5.- Primacía de la realidad.

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

131. Por tanto, debe confirmarse la Resolución Final en el extremo que declaró responsable al señor Isasi por la realización y ejecución del acuerdo colusorio entre enero de 2011 y mayo de 2016.

C. Sobre la participación del señor Radovic en la conducta anticompetitiva

132. En la Resolución Final se indicó que el señor Radovic fue Gerente de Ventas Internacionales de Quad Graphics entre enero de 2009 y diciembre de 2014. De acuerdo con la primera instancia, el cargo ocupado por dicha persona le otorgó facultades de gestión propias de un Gerente Comercial (posición que no existía durante el período de labores del señor Radovic), lo cual permitió a dicha persona ejercer la gestión propia del negocio de impresiones comerciales a clientes privados. Lo antes señalado no ha sido cuestionado por el señor Radovic a lo largo del procedimiento.

133. Por otro lado, la Comisión concluyó que el señor Radovic había participado en la realización y ejecución del acuerdo anticompetitivo en el período comprendido entre febrero de 2013 a diciembre de 2014, conforme se colegía de las Comunicaciones AMA35, AMA36, AMA37, AMA38, AMA39, AMA40, AMA41, AMA42, AMA43, AMA44 y AMA49.

134. Una revisión de los elementos de prueba que constan en el expediente permite a la Sala observar que los correos identificados en el numeral anterior revelan que el señor Radovic mantuvo coordinaciones con funcionarios de Amauta - El Comercio con la finalidad de implementar y respetar el reparto de clientes acordado entre las empresas investigadas. A manera de ejemplo, se muestran los siguientes fragmentos de las comunicaciones recabadas por la Secretaría Técnica de la Comisión:

VER TABLA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

AMA40: RE_ FALABELLA_2

De: Trelles Rodriguez, Carla <Carla.Trelles@qg.com>
Enviado el: miércoles 27/02/2013 08:56 a.m.
Para: OPTA Gutierrez Romani Carlos <cgutierrez@comercio.com.pe>; Radovic Barreto, Mirko <mirko.radovic@qg.com>
Asunto: Re: FALABELLA

Hola Carlos,

Aquí mis números:

(...) cell Rpm: (...)

Me cuentas a que hora tendríamos los precios faltantes en tus cuadros.

Gracias,

Carla Trelles Rodríguez
Ejecutiva de ventas

Quad/Graphics Perú S.A.
Innovative People Redefining Print.
(...)

De: OPTA Gutierrez Romani Carlos [mailto:cgutierrez@comercio.com.pe]
Enviado el: Martes, 26 de Febrero de 2013 07:41 p.m.
Para: Radovic Barreto, Mirko
CC: Trelles Rodriguez, Carla
Asunto: Re: FALABELLA

Hola Carla, por favor brindame tu número celular ó rpm para revisar estos temas mañana.
Slas.

De: Radovic Barreto, Mirko [mailto:mirko.radovic@qg.com]
Enviado: Tuesday, February 26, 2013 07:08 PM
Para: OPTA Gutierrez Romani Carlos
CC: OPTA Stanbury Ttinger Guillermo; Trelles Rodriguez, Carla <Carla.Trelles@qg.com>; Isasi Rivero, Pedro <pedro.isasi@qg.com>
Asunto: FALABELLA

Estimado Carlos,

Luego de revisar los cuadros he conversado con Guillermo y hemos coincidido, entre otros detalles, que éstos no son iguales, por tanto **te pido por favor mañana puedas conversar con Carla Trelles y ponerse de acuerdo para poder de una vez enviar los precios solicitados por el cliente.**

Gracias

Saludos,

Mirko R.

AMA49: Re_ Reenv_ Cotizacion catalogo día de la madre total artefactos_3

De: Radovic Barreto, Mirko <mirko.radovic@qg.com>
Enviado el: lunes 24/03/2014 03:53 p.m.
Para: AMIM Stanbury Titinguer Guillermo <guillermo.stanbury@amauta.pe>
CC: Isasi Rivero, Pedro <pedro.isasi@qg.com>; Reategui Benzaquen, Gissela <Gissela.Reategui@qg.com>; AMIM Gutierrez Romani Carlos <carlos.gutierrez.r@amauta.pe>
Asunto: Re: Reenv: Cotizacion catalogo día de la madre total artefactos.

Ok Guillermo, a las 12 en el del Ovalo de la de Lima.
Gracias y Saludos
MR

Enviado desde mi iPhone

El 24/03/2014, a las 15:45, "Guillermo Stanbury Titinguer " <guillermo.stanbury@amauta.pe> escribió:

Hola Mirko, tengo reuniones en la mañana, voy a tratar de llegar antes de las 12, o en todo caso a penas salga te mando un mensaje, uds están más cerca.

Sería en el Starbucks del Ovalo de la Municipalidad de Lima? O en el de los Frutales?
G

De: Radovic Barreto, Mirko [mailto:mirko.radovic@qg.com]
Enviado el: lunes, 24 de marzo de 2014 03:01 p.m.
Para: AMIM Stanbury Titinguer Guillermo
CC: Isasi Rivero, Pedro; Reategui Benzaquen, Gissela; AMIM Gutierrez Romani Carlos
Asunto: Re: Reenv: Cobizacion catálogo día de la madre total artefactos

Ahí mismo nos encontramos
11.30 mejor si puedes
Slds
MR

El 24/03/2014, a las 14:59, "Guillermo Stanbury Titinguer " <guillermo.stanbury@amauta.pe> escribió:

Hola Mirko, por favor que sea mañana martes a las 12. Podría ser en algún Starbucks cerca a la U de Lima, o en todo caso propon el lugar.
Quedamos a la espera de tu confirmación.
Sds
G

De: Radovic Barreto, Mirko [mailto:mirko.radovic@qg.com]
Enviado el: lunes, 24 de marzo de 2014 01:28 p.m.
Para: Isasi Rivero, Pedro
CC: AMIM Stanbury Titinguer Guillermo; Reategui Benzaquen, Gissela
Asunto: Re: Reenv: Cotizacion catalogo día de la madre total artefactos

Hola Guillermo,
Cómo estas? Te llamo y quedamos para juntarnos.
Abrazo
MR

135. En la comunicación AMA40 consta que el señor Radovic participó en la práctica colusoria, pues dicho imputado se contactó con el señor Carlos Gutiérrez Romani (funcionario de Amauta - El Comercio) y le encargó coordinar con una trabajadora de Quad Graphics a efectos de “ponerse de acuerdo” respecto de los precios que enviarían en respuesta a las cotizaciones solicitadas por “Falabella” (Saga Falabella S.A.). Lo indicado en la referida comunicación permite observar que los funcionarios de las empresas coludidas (Amauta - El Comercio y Quad Graphics) coordinaban los precios que remitirían a un cliente, con la finalidad de mantener el reparto de clientes acordado.

136. Adicionalmente, en la cadena de correos que conforman la comunicación AMA49 se observa que el señor Radovic incluso llegó a concertar la realización de una reunión presencial con el señor Guillermo Stanbury Titinger (funcionario de Amauta - El Comercio) con la finalidad de coordinar las cotizaciones para un cliente (La Curacao), conforme se puede evidenciar del asunto de la cadena de correos analizada.
137. En las diversas comunicaciones mencionadas en el numeral 133 de la presente resolución, se observa que el señor Radovic figura como remitente, destinatario o tercero copiado en las coordinaciones con los funcionarios de la competencia, para la materialización del reparto de clientes concertado entre Amauta - El Comercio y Quad Graphics. Dichos correos fueron emitidos entre febrero de 2013 y marzo de 2014, sin perjuicio de que el señor Radovic fue Gerente de Ventas Internacionales hasta diciembre de 2014.
138. Considerando que las funciones del cargo ostentado por el recurrente eran equiparables a las de un Gerente Comercial, se desprende que dicha persona contaba con atribuciones relativas a la gestión del negocio de servicios de impresión a clientes privados. Este razonamiento respecto a las potestades que ostentaba el señor Radovic -efectuado por la Comisión- no ha sido cuestionado en esta instancia.
139. Al revisar las series de ventas de las empresas investigadas, se observa que los clientes referidos en las comunicaciones en las cuales participó el señor Radovic (Saga Falabella, Tottus, Sodimac, Ripley y La Curacao), se mantuvieron repartidos durante el período en el cual el señor Radovic continuó en el cargo de Gerente de Ventas Internacionales de Quad Graphics.
140. Por tanto, la valoración conjunta de la evidencia antes señalada permite concluir que el señor Mirko Radovic participó activamente en la realización y ejecución del acuerdo colusorio investigado en este procedimiento, entre febrero de 2013 (fecha de la primera comunicación que lo involucra) y diciembre de 2014 (fecha de cese de sus funciones en Quad Graphics).

Argumentos en apelación formulados por el recurrente

141. En apelación, el señor Radovic alegó que su participación había obedecido a una orden del señor Isasi, Gerente General de Quad Graphics. En consecuencia, dicha persona no tuvo la voluntad de intervenir en las coordinaciones con los funcionarios de Amauta - El Comercio, por lo que no podía atribuírsele una responsabilidad por la realización y ejecución de la práctica colusoria detectada.

142. Al respecto, conforme se ha expuesto en el marco normativo indicado previamente, los artículos 2.1 y 46.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas exigen que la persona natural ejerza funciones de representación, gestión o dirección en un agente económico infractor, así como su participación en la planificación, realización o ejecución de la conducta.
143. Como se puede observar, la aplicación de la normativa antes mencionada no está limitada a los funcionarios de mayor rango, por lo que también incluye a aquellas personas que puedan tener algún nivel de subordinación, siempre que lleven a cabo una conducta enfocada a viabilizar una práctica ilícita contraria a la libre competencia.
144. En el presente caso, el señor Radovic afirma que no tuvo la voluntad de participar en las coordinaciones, pues actuó bajo indicaciones del señor Isasi. Sin embargo, la Sala advierte que las comunicaciones AMA37, AMA38, AMA39, AMA40, AMA41, AMA42, AMA43 y AMA44 muestran que el señor Radovic tuvo un grado de iniciativa en la realización de sus actos, efectuando coordinaciones o dando indicaciones con la finalidad de preservar el acuerdo anticompetitivo.
145. A mayor abundamiento, los medios probatorios recabados no evidencian que el señor Radovic efectuara alguna observación o cuestionamiento respecto a la práctica colusoria investigada, sino que -por el contrario- mostró una actitud colaboradora orientada a respetar el reparto concertado.
146. Finalmente, el hecho de que el recurrente pudiese haber recibido alguna indicación (en el supuesto de que haya sido así), no enerva que dicha persona decidió realizar diversas acciones orientadas al desarrollo de una conducta ilegal, a sabiendas de que se trataban de actos de coordinación con la competencia para no pugnar por clientes. Por ende, el señor Radovic es responsable por su participación personal en la práctica anticompetitiva antes mencionada.
147. De otro lado, el señor Radovic argumentó que la comunicación AMA49 mencionaba una reunión que no se llegó a concretar. Además, a criterio del recurrente, dicho correo electrónico demostraría que buscó competir por La Curacao, pues se mencionaba que habría una reunión y no contenía una aceptación para mantener el reparto del cliente.
148. Al respecto, si bien en los correos que forman parte de dicha comunicación no se llega a confirmar la realización efectiva de la reunión antes mencionada, concurren dos aspectos relevantes: (i) la existencia de coordinaciones directas respecto a la cotización del catálogo del día de la madre, solicitada por La Curacao; y, (ii) constantes precisiones para llevar

a cabo un encuentro presencial. Estos elementos denotan una coordinación cercana entre dicho funcionario y otro de la empresa competidora.

149. Se debe agregar que -conforme a lo indicado previamente- el mecanismo por el cual funcionaba esta concertación consistía en la realización de coordinaciones sobre las cotizaciones a remitir, con el fin de mantener los clientes asignados a cada agente económico de acuerdo con el reparto acordado. Por ende, la conducta desplegada por el señor Radovic formaban parte del desenvolvimiento de esta conducta anticompetitiva.
150. En efecto, el contenido de la comunicación AMA49 muestra la existencia de una discrepancia respecto de qué empresa imprimiría los catálogos del cliente La Curacao, lo cual dio origen a la coordinación para una reunión presencial entre los representantes de Amauta - El Comercio y el señor Radovic. Lo antes indicado, permite colegir que dicha reunión buscaba “resolver” concertadamente el conflicto respecto al referido cliente y establecer cuál empresa prestaría el servicio solicitado, lo que desvirtúa que los actos del recurrente hayan estado orientados a competir por dicho cliente.
151. Finalmente, al evaluar la información económica (serie de ventas presentadas por las empresas investigadas⁴¹) consta que, en el año 2014, se produjo el reparto del cliente aludido en los correos antes indicados (La Curacao). Por tanto, se desestima lo alegado por el señor Radovic.

III.1.4 Sobre la presunta prescripción de la conducta de los señores Isasi y Radovic

A. Alegatos de las personas naturales recurrentes

152. Durante el trámite del procedimiento en esta instancia los señores Isasi y Radovic han señalado que el régimen de prescripción aplicable al presente caso es el establecido en el artículo 233 de la LPAG, modificado por el Decreto Legislativo 1272 (ahora artículo 252 del TUO de la LPAG), y no el artículo 42 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
153. Como sustento de este argumento, los apelantes han indicado que la modificación del artículo II numeral 2 del Título Preliminar de la LPAG por el Decreto Legislativo 1272 y sus efectos, justificarían la aplicación retroactiva de los artículos 229 y 233 de la LPAG (en su texto modificado por el Decreto Legislativo 1272). Asimismo, tales recurrentes agregaron que, con esta modificación, el régimen de prescripción previsto en el

⁴¹ Información disponible en la foja 325 del expediente.

referido artículo 233 dejó de ser supletorio y pasó a ser obligatorio para los procedimientos establecidos en leyes especiales.

154. Considerando el cuestionamiento formulado por los apelantes en este extremo, es pertinente determinar si corresponde o no aplicar retroactivamente las normas referidas a la prescripción administrativa contenidas en el Decreto Legislativo 1272.
155. En ese sentido, la Sala procederá a evaluar cuáles son las reglas establecidas para la aplicación de la mencionada retroactividad benigna, para luego determinar si lo señalado en el Decreto Legislativo 1272 resulta oponible en el presente procedimiento.

B. La retroactividad benigna en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa

156. El artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁴² (en adelante la Constitución) establece que la ley, desde su entrada en vigor, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos. Asimismo, por regla general, la ley se encontrará vigente y será de obligatorio cumplimiento desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial⁴³.
157. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha resaltado que, a partir de la reforma del artículo 103 de la Constitución, se adoptó la teoría de los hechos cumplidos en el ordenamiento jurídico peruano y, como regla general, el principio de irretroactividad en la aplicación de la ley⁴⁴.
158. Como excepción al mencionado principio jurídico, el mismo artículo 103 de la Constitución ha previsto la aplicación retroactiva de la ley penal, cuando resulte más favorable al procesado. Al respecto, Hurtado Pozo sostiene que esto significa *“por un lado, que la comparación establecida exige que se aplique una de las dos leyes y que la escogida debe ser la más favorable. No se trata, por lo tanto, de comparar sólo la severidad de las penas, sino todos los factores de los que depende la posibilidad, el tipo y la forma de*

⁴² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (TEXTO MODIFICADO POR LA LEY 28389)**

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.

⁴³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

⁴⁴ Ver fundamento 26 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 0316-2011-PA/TC y fundamento 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 04896-2014-PHC/TC.

punición. Por otro, la calificación de más favorable, según el texto expreso de la ley, debe fijarse en relación con el condenado, mejor dicho con el procesado que será reprimido. En consecuencia, no es cuestión de precisar cuál de las leyes en conflicto es la menos severa en general, sino en concreto respecto del imputado”⁴⁵.

159. La retroactividad de la norma penal más favorable también resulta trasladable al ámbito del derecho administrativo sancionador, pues tanto los ilícitos penales como las infracciones administrativas constituyen manifestaciones de un mismo *ius puniendi* genérico del Estado⁴⁶ y ambos buscan desincentivar la comisión de conductas calificadas como prohibidas⁴⁷.
160. De acuerdo con la premisa antes expuesta, desde su texto original, el artículo 230 de la LPAG⁴⁸ establece que deberán aplicarse las disposiciones sancionadoras vigentes al momento en el que se cometa la conducta sancionable, salvo que las normas posteriores resulten más favorables al administrado. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico no resulta controvertida la aplicación de la retroactividad benigna en el ámbito del derecho administrativo sancionador.
161. En una sentencia casatoria emitida en el marco de un proceso contencioso administrativo, la Corte Suprema de Justicia de la República ha sostenido que la aplicación retroactiva de una disposición sancionadora presupone la existencia de dos normas legales distintas que otorgan un tratamiento disímil a una misma conducta y donde la norma posterior a la comisión de la conducta resulta más favorable al imputado⁴⁹.

⁴⁵ HURTADO POZO, José. *Op. Cit.*, página 301.

⁴⁶ Ver DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública. En: *Ius Et Veritas*, año V, número 10, 1995, página 154.

⁴⁷ Lo anterior, sin perjuicio de que el legislador pueda tipificar estas conductas antijurídicas como delitos o infracciones y asignarles consecuencias jurídicas de una intensidad diferente (por ejemplo, la pena privativa de libertad para el caso de determinados delitos y multas para el caso de infracciones administrativas).

Sobre la intercambiabilidad entre delitos e infracciones ver: NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, 5ta Edición, Madrid, 2012, páginas 128 -130.

⁴⁸ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (TEXTO ORIGINAL)**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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.

(...)

⁴⁹ Ver fundamento décimo cuarto de la Casación 3988-2011-LIMA, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República el 19 de diciembre de 2013:

162. En conclusión, la retroactividad benigna de las disposiciones sancionadoras es una excepción al principio de irretroactividad normativa, por lo que la autoridad administrativa únicamente podrá aplicarla cuando verifique un conflicto entre la ley vigente a la fecha de los hechos evaluados y la norma emitida posteriormente. Por tanto, el presupuesto para la retroactividad benigna es que el legislador haya modificado el tratamiento normativo de una conducta infractora y que dicha variación sea más beneficiosa para el investigado.

C. Sobre la aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1272

163. De acuerdo con lo reseñado en los numerales 152 y 153 de esta resolución, los apelantes sostienen que la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1272 implica que el régimen de prescripción a los procedimientos administrativos en materia de libre competencia estaría sujeto a lo dispuesto en los artículos 229 y 233 de la LPAG, y no a lo indicado en las reglas de carácter especial.

164. A fin de constatar si ocurrió el mencionado cambio en la forma de aplicación de las disposiciones sancionadoras de la LPAG, esta Sala debe determinar cuáles eran las normas legales vigentes a la fecha en la que se habrían realizado las conductas anticompetitivas evaluadas por la primera instancia.

165. El 24 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial “El Peruano” el Decreto Legislativo 1029, disposición que modificó diversos artículos de la LPAG⁵⁰.

166. Conforme al artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, se modificó el artículo 229 de la LPAG (que regulaba el ámbito de aplicación del Capítulo referente a los procedimientos sancionadores), bajo los siguientes términos: (i) mantuvo el carácter supletorio de las disposiciones establecidas en dicho Capítulo frente a los procedimientos regulados en leyes especiales, e (ii)

“DÉCIMO CUARTO: La justificación de esta peculiar excepción al principio general de irretroactividad de las normas sancionadoras presupone esencialmente la existencia de dos normas legales distintas, que contengan a su vez tratamientos disímiles dados por el legislador a una misma conducta, la cual, en un primer momento, es reprochada por la ley con una sanción, luego, es reducida o desechada en una posterior. En este sentido, es la existencia de esta distinta valoración en el legislador sobre una misma conducta: Más severa en un primer momento y más tolerante en la norma posterior, la que faculta al administrado a exigir que su caso sea resuelto por la Administración -en tanto no exista pronunciamiento firme- en base al juicio valorativo más actual que el legislador ha efectuado sobre la conducta realizada, en tanto -como es obvio- que este último juicio le sea más favorable (...)”
(Subrayado agregado).

⁵⁰ Esta disposición entró en vigencia al día siguiente de su publicación, el 25 de junio de 2008.

indicó que los procedimientos especiales no podían imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en ese Capítulo⁵¹.

167. El Decreto Legislativo 1029 también modificó el artículo 233 de la LPAG, referido a la prescripción de las infracciones administrativas. Cabe señalar que a través del indicado texto, el legislador: (i) mantuvo la regla de que el plazo de prescripción de las infracciones se fijará en las leyes especiales; (ii) estableció que, en caso no existiera una norma especial al respecto, el plazo de prescripción será de cuatro (4) años; (iii) reconoció que el cómputo del plazo de prescripción se suspende con la notificación de la imputación de cargos; y, (iv) precisó que dicho cómputo se reanuda si el trámite del procedimiento estuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles por causa no imputable al administrado⁵².
168. El 25 de junio de 2008, se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Dicha norma contiene el marco aplicable para la investigación y sanción de conductas anticompetitivas y, entre otras disposiciones, establece el régimen de prescripción para este tipo de infracciones⁵³.

⁵¹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (TEXTO MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1029)

Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo

229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

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

(...)

⁵² LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (TEXTO MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1029)

Artículo 233.- Prescripción

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

233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada.

El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235, inciso 3 de esta Ley. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

(...)

⁵³ De acuerdo con la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, esta disposición legal entró en vigor a los treinta (30) días de su publicación en el diario oficial “El Peruano”, es decir, el 25 de julio de 2008.

169. El artículo 42 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁵⁴ incluye las siguientes reglas especiales para la prescripción de las infracciones tipificadas en dicha norma: (i) el plazo de prescripción es de cinco (5) años, (ii) este plazo se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica vinculado con la investigación de la infracción, y (iii) el cómputo del plazo de prescripción volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado.
170. Posteriormente, el 21 de diciembre de 2016, se publicó en el diario oficial "El Peruano" el Decreto Legislativo 1272 que modificó diversos artículos de la LPAG, entre ellos, los correspondientes al Título Preliminar y al Capítulo sobre el Procedimiento Sancionador. Dichas modificaciones se encuentran vigentes hasta la fecha.
171. Considerando los antecedentes antes expuestos, la Sala evaluará si el Decreto Legislativo 1272 incorporó un cambio en las reglas de prescripción previstas en la LPAG, para luego determinar si esta modificación -de existir- resulta más favorable a los agentes imputados.
172. En primer lugar, se observa que el Decreto Legislativo 1272, al modificar el artículo 233 de la LPAG, no alteró las reglas de prescripción incorporadas en el año 2008 a través del Decreto Legislativo 1029 y que fueron detalladas en el numeral 167 de la presente resolución⁵⁵.

⁵⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (VERSIÓN VIGENTE AL MOMENTO DE REALIZACIÓN DE LOS HECHOS INVESTIGADOS).**

Artículo 42.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa.-

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

(Dicha norma se encontraba vigente al momento de ocurridos los hechos analizados en el presente procedimiento y no ha sido objeto de modificación).

⁵⁵ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (TEXTO MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1272)**

Artículo 233. Prescripción

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

233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de 232 infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes.

El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235, inciso 3 de esta Ley. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

173. Sobre el particular, el señor Isasi indicó que la modificación del artículo II numeral 2 del Título Preliminar de la LPAG (introducida por el Decreto Legislativo 1272) y los efectos que tendría sobre la aplicabilidad los artículos 229 y 233 de la LPAG, es lo que justifica la aplicación retroactiva de esta última disposición al presente caso. En tal sentido, el recurrente alegó que lo establecido en el Decreto Legislativo 1272, implicó que el régimen de prescripción previsto en el referido artículo 233 de la LPAG haya pasado de ser supletorio a obligatorio.
174. Ante esta alegación, la Sala constata que la referida modificación del artículo II numeral 2 del Título Preliminar de la LPAG estuvo orientada a delimitar el ámbito de aplicación de la LPAG⁵⁶ y, de esta manera, reconocer que la mencionada norma general contiene las “garantías mínimas” para las actuaciones de la función administrativa del Estado. De esta manera, se establece que la LPAG regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales:

Texto del artículo II de la Ley 27444 <u>antes</u> de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo 1272	Texto del artículo II de la Ley 27444 <u>después</u> de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo 1272
Artículo II.- Contenido 1. <i>La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.</i> 2. <i>Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.</i> 3. <i>Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los</i>	Artículo II.- Contenido 1. <i>La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.</i> 2. <i>Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.</i> 3. <i>Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios</i>

233.3 La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos. En caso se declare la prescripción, la autoridad podrá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se advierta que se hayan producido situaciones de negligencia.

56

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1272**I.1.2 Precisiones en lo referido al contenido de la LPAG (Artículo II del Título Preliminar)**

Cabe anotar que con las modificaciones efectuadas en lo referido al ámbito de aplicación de la LPAG se busca, tomando en cuenta las experiencias vividas en nuestro país en estos últimos años, disponer que esta norma contenga disposiciones comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regule todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. (...) (Subrayado agregado)

<i>derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.</i>	<i>administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.</i> (Énfasis agregado).
--	---

175. Sin embargo, el artículo II del Título Preliminar de la LPAG no es el único artículo de dicho cuerpo normativo que contiene reglas sobre su ámbito de aplicación. Ciertamente, de manera particular y expresa, el artículo 229 de la LPAG regula la aplicabilidad de las disposiciones sancionadoras de esta ley frente a los procedimientos especiales.
176. Dado que el artículo 233 de la LPAG aludido por el señor Isasi (cuyas reglas relativas a la prescripción administrativa considera aplicables a este caso) está ubicado en el Capítulo sobre Procedimiento Sancionador, resulta pertinente que -en primer lugar- se considere lo señalado en el artículo 229 de la LPAG, al estar referido específicamente a los procedimientos sancionadores.
177. Como se explicó anteriormente, el artículo 229 de la LPAG fue modificado en el año 2008 por el Decreto Legislativo 1029, siendo esa la norma vigente a la fecha en que cesaron las presuntas conductas infractoras y, por ende, la norma aplicable por temporalidad al presente caso.
178. Sobre el particular, la Sala tiene en cuenta que el texto del artículo 229 de la LPAG también fue modificado con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1272. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1272 solo incorporó una precisión con relación al carácter supletorio que tienen las disposiciones aplicables a los procedimientos sancionadores contenidas en la LPAG (a fin de incluir expresamente a los procedimientos tributarios), manteniendo el resto de las reglas previstas en el referido artículo 229:

Texto del artículo 229 de la LPAG con la modificación incorporada por el D.L. 1029 (2008)	Texto del artículo 229 de la LPAG después de la modificación incorporada por el D.L. 1272 (2016)
Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo (...) 229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.	Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo (...) 229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios , los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los

(...)	administrados, que las previstas en este Capítulo. (...) (Subrayado agregado)
-------	---

179. En consecuencia, debido a que la modificación del artículo 229 de la LPAG mediante el Decreto Legislativo 1272 no conllevó la introducción de una nueva regla que resulte más beneficiosa a los imputados en este procedimiento, no corresponde efectuar una aplicación retroactiva de esta disposición posterior.
180. Ahora bien, lo alegado por el señor Isasi parte de la premisa de que la introducción de la regla de “garantías mínimas” se produjo con la modificación del artículo II del Título Preliminar de la LPAG por el Decreto Legislativo 1272. Por ende, es pertinente constatar si la referida modificación legislativa efectivamente contenía una nueva regla jurídica para los procedimientos sancionadores (lo cual podría justificar su aplicación retroactiva a este caso) o si, por el contrario, dicha regla ya se encontraba prevista en el marco normativo correspondiente.

Texto del artículo 229 de la LPAG con la modificación incorporada por el D.L. 1029 (2008)	Texto del artículo II de la LPAG <u>después</u> de la modificación incorporada por el D.L. 1272 (2016)
<p>Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo</p> <p>229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.</p> <p>229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.</p> <p><u>Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.</u></p> <p>(...) (Subrayado y énfasis agregados)</p>	<p>Artículo II.- Contenido</p> <p>1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.</p> <p>2. <u>Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.</u></p> <p>3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.</p> <p>(Subrayado agregado)</p>

181. Como se observa, el artículo 229 de la LPAG, en su texto vigente a la fecha en que cesaron las presuntas conductas anticompetitivas, determinaba que: (i) las disposiciones sancionadoras de la LPAG se aplicaban con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, y (ii) los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en dicho Capítulo. Esto último, como se puede apreciar, constituye en sustancia, la regla de las

“garantías mínimas” que luego fue incorporada -con carácter general- en el Título Preliminar de la LPAG⁵⁷.

182. Asimismo, conforme a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1029, una de las finalidades de la modificación introducida al artículo 229.2 de la LPAG fue que los procedimientos sancionadores creados por leyes especiales revistan las “garantías mínimas” establecidas en el Capítulo sobre Procedimiento Sancionador de la LPAG:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1029

Artículo 229, numeral 229.2 y 229.3

“Se estima necesario introducir una modificación en el alcance del carácter supletorio de las disposiciones que regulan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

(...)

Es así que, el texto de la primera parte del numeral 229.2 importa el riesgo de permitir que determinadas entidades se eximan por completo de la aplicación de las disposiciones generales contenidas en el capítulo II del Título IV de dicha Ley, al amparo de normas con rango de ley que regulen en forma integral el ejercicio de la potestad sancionadora que les hubiera sido atribuida. Esta situación daría la posibilidad que, por dicha vía, se creen procedimientos sancionadores de carácter especial que no revistan las garantías mínimas recogidas con carácter general en la Ley bajo análisis, hecho que agravaría la situación jurídica de los administrados.”

(Subrayado agregado).

183. Por lo tanto, la regla referida a las “garantías mínimas” contenida en la posterior modificación del artículo II del Título Preliminar de la LPAG (por parte del Decreto Legislativo 1272), no introduce una disposición nueva que incida en un mayor beneficio para los imputados. Lo anterior, debido a que dicha regla ya formaba parte de nuestro ordenamiento según lo dispuesto en el artículo 229 de la LPAG modificado por el Decreto Legislativo 1029.
184. Sin perjuicio de lo antes desarrollado, el señor Isasi alegó que al incorporarse la regla de las “garantías mínimas” en el Título Preliminar de la LPAG (mediante el Decreto Legislativo 1272), las distintas disposiciones de la LPAG se convirtieron en condiciones mínimas que la Administración debía respetar y la autoridad no podría aplicar las normas especiales cuando resulten menos favorables que lo señalado en la LPAG.

⁵⁷

La Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos también considera que la vocación unificadora de la LPAG, prevista en el artículo II de su Título Preliminar, repite la regla que se encontraba prevista en el artículo 229 del mismo cuerpo normativo.

Ver Consulta Jurídica 006-2017-JUS/DGDOJ del 7 de marzo de 2017, formulada por el Indecopi sobre la aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General a los Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor. Consultado en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-OPINIONES-DEL-TUO-DE-LA-27444.pdf>

185. Al respecto, resulta preciso señalar que la evaluación desarrollada en los párrafos anteriores permite afirmar que el Decreto Legislativo 1272 no introdujo una modificación de carácter normativo para los procedimientos sancionadores que justifique una eventual aplicación retroactiva de tal dispositivo legal.
186. Adicionalmente, el Colegiado observa que la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1272⁵⁸ no indica que dicha norma estuviera dirigida a dejar sin efecto las disposiciones que rigen procedimientos especiales, sino que reconoce que la incorporación de esta regla (“garantías mínimas”) en el Título Preliminar de la LPAG se realizó con el objeto de extender su aplicación a todos los procedimientos y no solo a los procedimientos administrativos sancionadores, como en ese momento establecía la ley⁵⁹.
187. A manera de síntesis, se puede concluir que: (i) la regla de “garantías mínimas” para los procedimientos administrativos sancionadores ya se encontraba prevista en nuestro ordenamiento con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1029; y, (ii) el Decreto Legislativo 1272 no introdujo la regla de “garantías mínimas” en los procedimientos administrativos sancionadores, por lo que no se podría justificar la aplicación retroactiva de las modificaciones efectuadas por esta última norma.
188. En tal sentido, corresponde analizar las normas que regulan la prescripción administrativa en materia de defensa de la competencia, en el contexto de las garantías mínimas presentes en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

D. El régimen de prescripción aplicable a los procedimientos por conductas anticompetitivas

189. Las personas naturales apelantes han precisado que, sin perjuicio de la alegada aplicación retroactiva de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1272 a las normas que regulan el procedimiento administrativo general (lo cual ha sido desestimado en este caso), la Comisión igualmente debió aplicar el plazo de prescripción de cuatro (4) años previsto en el artículo 233 de la LPAG, modificado por el Decreto Legislativo 1029. Esto último, en virtud de lo establecido en el artículo 229 de dicho cuerpo normativo desde el año 2008.

⁵⁸ En la sección correspondiente al artículo 229 de la LPAG.

⁵⁹ **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1272**
I.1.2 Precisiones en lo referido al contenido de la LPAG (Artículo II del Título Preliminar)
Cabe anotar que con las modificaciones efectuadas en lo referido al ámbito de aplicación de la LPAG se busca, tomando en cuenta las experiencias vividas en nuestro país en estos últimos años, disponer que esta norma contenga disposiciones comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regule todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

190. Sobre el particular, si bien el citado artículo 229 de la LPAG (en su texto modificado por el Decreto Legislativo 1029) contiene las reglas generales que delimitan la potestad sancionadora, se debe efectuar una lectura integral y consecuente de las normas vinculadas a la prescripción administrativa que estaban vigentes a la fecha en la que culminó la conducta infractora de las personas naturales apelantes y que -por ende- son aplicables al presente caso.
191. En este escenario, el artículo 233 de la LPAG⁶⁰ invocado por los apelantes (vigente a la fecha en que cesaron las conductas infractoras investigadas) establecía que la facultad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo establecido por las leyes especiales y, solo en caso de que ello no hubiera sido determinado en la respectiva norma especial, el plazo de prescripción será de cuatro (4) años.
192. Por ende, para determinar -específicamente- la norma aplicable a la prescripción administrativa, la autoridad debe analizar integralmente los artículos 229 y 233 de la LPAG.
193. Sin perjuicio de otros aspectos que delimitan el ámbito de aplicación del capítulo sobre el procedimiento sancionador (regulados en el precitado artículo 229), lo cierto es que el propio precepto legal contenido en el artículo 233 de la LPAG determina de forma clara que, en cuanto a la figura de la prescripción, resultan aplicables las leyes especiales.
194. Lo antes indicado se ve reforzado por el hecho de que ambos artículos aludidos (artículos 229 y 233 de la LPAG) fueron modificados por el Decreto Legislativo 1029. En tal sentido, una lectura que considere la coherencia interna del mencionado dispositivo legal necesariamente determinará que, a través de estas dos modificaciones normativas, el legislador pretendió establecer una regla general (“garantías mínimas”) para los procedimientos sancionadores y una regla particular para la prescripción administrativa (supletoriedad frente a las leyes especiales).
195. La Sala observa que el artículo 42 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece las reglas particulares que regulan la prescripción en el caso de prácticas anticompetitivas. Por lo tanto, se trata

⁶⁰ Teniendo en cuenta el texto modificado por el Decreto Legislativo 1029, pues, como se indicó en la presente Resolución, no se encuentra justificada la aplicación retroactiva de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1272.

A mayor abundamiento, se observa que el Decreto Legislativo 1272 mantuvo el criterio de supletoriedad al consignar que “*la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales*” y solo “*en caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años*”.

de una norma de naturaleza especial para los procedimientos en esta materia y que fue emitida de forma posterior al Decreto Legislativo 1029⁶¹.

196. En este punto, es importante enfatizar que el criterio expuesto encuentra sustento en la aplicación de los propios artículos 229 y 233 de la LPAG (en su texto modificado por el Decreto Legislativo 1029), donde se deja expresa constancia de la remisión a las normas especiales para la determinación del régimen de prescripción. Por tanto, en virtud del principio de legalidad⁶², corresponde aplicar lo señalado en el artículo 42 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para determinar si ha operado la prescripción de la infracción en este procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas.
197. En línea con señalado por este Colegiado en diversos pronunciamientos⁶³, se desestima lo argumentado por los apelantes respecto de la aplicación del plazo de prescripción previsto en el artículo 233 de la LPAG, pues ello solo opera en los procedimientos sancionadores cuyas normas especiales no han previsto plazo alguno.

E. Sobre la presunta prescripción de las conductas imputadas a los recurrentes

198. En el presente caso, los recurrentes alegaron que el plazo de prescripción debía computarse desde la fecha en la que efectivamente finalizaron las conductas verificadas por la Comisión. Por tanto, corresponde determinar dicho plazo considerando las conductas cometidas por las personas naturales imputadas.
199. De esta manera, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se debe efectuar desde la última fecha del acto de ejecución de la conducta antijurídica evaluada, pues se trata de una infracción continuada, en los términos indicados en el artículo 49 del Código Penal (norma aplicable supletoriamente)⁶⁴:

⁶¹ El Decreto Legislativo 1029 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el 24 de junio de 2008 y entró en vigor al día siguiente de su publicación, mientras que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034) se publicó en el referido diario oficial el 25 de junio de 2008 y entró en vigor treinta (30) días calendario después de esa fecha.

⁶² Dicho principio se encuentra recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

⁶³ Ver los numerales 115 a 172 de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019 y los numerales 75 a 118 de la Resolución 225-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019.

⁶⁴ Resulta necesario precisar que el artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG señala que "las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad".

CÓDIGO PENAL

Artículo 49.- Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

200. Al respecto, Hurtado Pozo resalta que la pluralidad de acciones, como requisito para la configuración del delito continuado, se encuentra previsto en el artículo 49 del Código Penal mediante la expresión “actos ejecutivos”. Asimismo, dicho autor señala que esta pluralidad de actos puede llevarse a cabo en un determinado lapso o en momentos diversos, pues para determinar su vinculación deberá verificarse, sobre todo, si proceden de la misma resolución criminal⁶⁵.
201. En el Pleno Jurisdiccional Penal de Ica de la Corte Suprema de Justicia realizado en el año 1998⁶⁶, se acordó que en aquellos casos en los cuales se produzcan diversas infracciones que respondan a una sola determinación criminal, existirá un delito continuado. En tales situaciones, el plazo para la prescripción comenzará a contarse a partir de la fecha en la cual cesó la última actuación criminal⁶⁷.
202. Por lo tanto, conforme a lo indicado en casos anteriores en materia de defensa de la libre competencia en donde se analizó la prescripción de conductas continuadas⁶⁸, corresponde iniciar el cómputo del plazo de

Esto implica que, tal como lo ha señalado anteriormente esta Sala (ver numerales 70 y siguientes de la Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, así como los numerales 46 y siguientes de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI), ante la ausencia de disposiciones particulares sobre las características que presentan las conductas consideradas como una infracción continuada, la autoridad debe recurrir a otras fuentes complementarias que resulten compatibles con la naturaleza del presente procedimiento.

⁶⁵ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, tercera edición, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005, página 947.

⁶⁶ “Por unanimidad, declarar que los hechos consumados en un sólo acto deben reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución.” (Subrayado agregado)

⁶⁷ En similar sentido, Martínez Sánchez señala que cuando se cometa una infracción de modo continuado, como sucede en el caso de los carteles horizontales que dan lugar a infracciones que se repiten en el tiempo, el cómputo del plazo de prescripción tendrá lugar únicamente en el momento en el que la infracción ha dejado de cometerse.

Al respecto ver: MARTINEZ SÁNCHEZ, Antonio. “Título V: Del Régimen Sancionador”. En: “*Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*”, primera edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2008, página 711.

⁶⁸ A manera de ejemplo, ver numerales 199 a 203 de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019.

prescripción desde el último acto de ejecución de la conducta infractora investigada y detectada en este procedimiento.

203. Con relación a la interrupción de la prescripción, el artículo 42 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala lo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (TEXTO VIGENTE A LA FECHA EN LA QUE SE PRODUJO LA CONDUCTA INVESTIGADA EN EL PRESENTE CASO)

Artículo 42.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa

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

204. Por consiguiente, la interrupción del plazo de prescripción en materia de conductas anticompetitivas operará cuando se verifiquen los siguientes elementos: (i) la existencia de un acto de la Secretaría Técnica, (ii) este acto se encuentre relacionado con la investigación de una infracción, y (iii) este acto haya sido puesto en conocimiento de los presuntos responsables.
205. En el presente caso, el análisis efectuado en la Resolución Final denota que el último acto de ejecución de la conducta colusoria investigada fue en diciembre de 2016. Considerando ello, en aplicación del artículo 42 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, esta Sala verificará si concurre algún acto de la Secretaría Técnica de la Comisión dentro del plazo de prescripción que haya interrumpido su cómputo.
206. En el caso del señor Isasi, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió la Carta 1543-2018/ST-CLC-INDECOPI (en donde se le requería información relacionada con la investigación del presente caso), la cual fue notificada el 18 de octubre de 2018⁶⁹. Por su parte, la primera actuación de la Secretaría Técnica de la Comisión con relación al señor Radovic, se realizó con la notificación de la Resolución de Inicio, lo que se produjo el 1 de febrero de 2019⁷⁰.
207. Como se puede observar, los actos indicados en el numeral anterior estuvieron relacionados a las infracciones investigadas, siendo emitidos y notificados a los recurrentes dentro del plazo de cinco (5) años previsto en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, contados desde el cese de la práctica colusoria en la cual participaron las personas naturales recurrentes.

⁶⁹ Ver foja 292 del Expediente.

⁷⁰ Ver foja 342 del Expediente.

208. Por tanto, al haberse verificado que las infracciones imputadas a los recurrentes no han prescrito, corresponde desestimar dichos argumentos.

III.1.5. Conclusión sobre el análisis de la responsabilidad de las personas naturales apelantes

209. En atención a lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución Final en el extremo que declaró que los señores Isasi y Radovic participaron en la realización y ejecución de la práctica anticompetitiva detectada, de acuerdo con el siguiente detalle:

Persona natural imputada	Cargo	Empresa	Período
Pedro Isasi	Gerente General	Quad Graphics	Enero de 2011 a mayo de 2016
Mirko Radovic	Gerente de Ventas Internacionales	Quad Graphics	Febrero de 2013 a diciembre de 2014

III.2. Sobre la graduación de las sanciones establecidas respecto a los agentes económicos

210. Conforme a lo antes señalado, la Comisión determinó que Amauta – El Comercio y Quads Graphics infringieron la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, al incurrir en prácticas colusorias horizontales en la modalidad de reparto concertado de clientes privados en el mercado de servicios de impresiones comerciales a nivel nacional entre enero de 2011 y diciembre de 2016. Cabe mencionar que Amauta – El Comercio no han cuestionado su responsabilidad en el escrito de apelación presentado, mientras que Quad Graphics no ha interpuesto medio impugnatorio alguno.

211. No obstante, Amauta – El Comercio⁷¹ han efectuado diversos cuestionamientos con relación a la graduación efectuada por la primera instancia y la sanción establecida en dicho pronunciamiento. Por lo tanto, en esta sección se desarrollarán los criterios aplicables para la graduación de la sanción y aquellos que fueron utilizados en el presente caso. Sobre

⁷¹ La primera instancia determinó que los servicios de impresión ofrecidos por El Comercio y Amauta pueden dividirse en dos etapas: en la primera, hasta el 31 de enero de 2014, los servicios de impresión fueron brindados por El Comercio (mediante su Gerencia Comercial de Impresiones). En una segunda etapa, a partir del 1 de febrero de 2014, Amauta empieza a brindar dichos servicios, dado que desde esa fecha absorbió el bloque patrimonial escindido por El Comercio correspondiente a su Gerencia de Impresiones Comerciales. Como consecuencia de dicha reorganización societaria, la Comisión consideró que El Comercio y Amauta constituyen un mismo agente económico, tal como se puede observar en los numerales 45 a 47 de la Resolución Final.

Por ende, la Comisión impuso una multa ascendente a 14,404.06 UIT para ambas empresas. En la medida que la apelación de Amauta y El Comercio ha sido presentada en un solo escrito y está orientada a cuestionar la graduación de dicha sanción, se empleará la mención "Amauta - El Comercio" para referirnos indistintamente a tales empresas, así como a cualquier aspecto alegado por estos administrados que pudiera incidir en la sanción cuestionada.

dicha base, se evaluarán los argumentos presentados en apelación, para luego proceder a calcular la multa correspondiente.

III.2.1 Criterios para la graduación de la sanción

212. El artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁷² contiene una lista enunciativa de los criterios aplicables por la autoridad de competencia para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa correspondiente. Esta disposición legal establece que estos criterios son, entre otros, los siguientes:

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

213. Asimismo, considerando las normas sancionatorias vigentes a la fecha del hecho infractor, el artículo 230.3 de la LPAG⁷³ recogía el principio de

⁷² **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- (b) La probabilidad de detección de la infracción;
- (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- (d) La dimensión del mercado afectado;
- (e) La cuota de mercado del infractor;
- (f) 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;
- (g) La duración de la restricción de la competencia;
- (h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- (i) La actuación procesal de la parte.

⁷³ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben 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;

razonabilidad. Por ende, la autoridad debe tomar en cuenta las circunstancias particulares vinculadas a la conducta infractora, con la finalidad de apreciar su real dimensión y motivar el incremento o la disminución de la sanción aplicable.

214. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad resulta aplicable para la determinación de las sanciones en el marco de un procedimiento sancionador⁷⁴. A criterio de Morón Urbina⁷⁵, dicho principio constituye un *test* o canon de valoración para ponderar los actos de la Administración Pública que inciden sobre los derechos de los administrados. Esto último cobra especial relevancia en el ámbito sancionador, a fin de determinar si la intromisión estatal en la esfera de los administrados resulta o no excesiva.
215. Un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite desempeñar un rol disuasivo⁷⁶. Desde la perspectiva del análisis económico, este rol disuasivo opera influyendo en las decisiones de los agentes económicos pues genera que el beneficio ilícito esperado resulte menor que el beneficio que puede obtenerse de actividades legales⁷⁷, desalentando de este modo la realización de prácticas prohibidas.

III.2.2 Fórmula aplicable

e) El beneficio ilegalmente obtenido; y

f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Cabe precisar que, el numeral 230.3 del artículo 230 de la LPAG fue modificado por el Decreto Legislativo 1272, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 21 de diciembre de 2016. Posteriormente, a través del Decreto Supremo 004-2019-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General) se recoge dicha modificación normativa. En tal sentido, el referido principio de razonabilidad se encuentra ahora en el artículo 248.3 de dicho Texto Único Ordenado, no constatándose una variación sustancial frente a lo regulado con anterioridad, conforme se puede apreciar a continuación:

DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 248. Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

⁷⁴ Al respecto, ver la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0760-2004-AA/TC.

⁷⁵ MORON U., Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décimo cuarta Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2019, páginas 415 - 417.

⁷⁶ Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, página 44.

⁷⁷ BECKER, G. "Crime and punishment: an economic approach". En: The Journal of Political Economy, Vol. 76, N° 2, Mar-Abr., 1968, The University Chicago Press, páginas 169 - 217.

216. De acuerdo con los criterios de graduación de multas establecidos en el marco legal antes expuesto, uno de los criterios aplicables por la autoridad de competencia es el beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción.
217. El beneficio ilícito esperado viene a ser la expectativa de ganancia derivada de la infracción y que, de actuar lícitamente, no se obtendría. Así, el beneficio esperado bajo la conducta infractora es igual a la suma de los beneficios ilícitos considerando un escenario en el cual el agente sea detectado (con probabilidad P_{det}) y otro en el cual no sea detectado (con probabilidad $1 - P_{det}$).
218. En tal sentido, a fin de que se cumpla la función disuasiva de la sanción a imponer, esta última debe conducir a que el beneficio ilícito esperado de cometer la infracción sea menor o igual al beneficio que se obtendría de manera lícita, tal como se indica a continuación:

Beneficio ilícito esperado \leq Beneficio que se obtendría de manera lícita

219. Considerando lo antes expuesto, la fórmula para graduar la multa base de manera óptima, con arreglo a las normas aplicables por la autoridad de competencia, es la siguiente:

$$B^{IE} \leq B^L$$
$$(E[B^{NL}] - Multa) * (P_{det}) + E[B^{NL}] * (1 - P_{det}) \leq B^L$$
$$\frac{E[B^{NL}] - B^L}{P_{det}} \leq Multa$$
$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

B^{IE} : Beneficio ilícito esperado

B^L : Beneficio que se obtendría de manera lícita

$E[B^{NL}]$: Beneficio ilícito que obtendría el infractor en caso de ser o no ser detectado

B_{Ext} : Beneficio extraordinario

P_{det} : Probabilidad de detección y sanción⁷⁸

III.2.3 El cálculo de la multa efectuado por la Comisión

⁷⁸ En lo sucesivo, todas las referencias a la probabilidad de detección y sanción serán denominadas como "probabilidad de detección".

220. La Comisión sancionó a Amauta - El Comercio⁷⁹, con una multa total de catorce mil cuatrocientos cuatro y 06/100 (14,404.06) UIT, según el siguiente detalle:

Tabla 1
Multa calculada por la primera instancia

Año	Amauta - El Comercio
2011	9,069,150.16
2012	12,633,749.28
2013	13,226,344.98
2014	11,200,017.94
2015	8,104,709.69
2016	7,703,481.30
Total (S/.)	61,937,453.34
UIT	14,404.06

Fuente: Resolución 017-2020/CLC-INDECOPI

221. La multa base fue calculada de forma proporcional al beneficio extraordinario e inversamente proporcional a la probabilidad de detección, como se expresa en la siguiente ecuación:

$$\text{Multa base} \geq \frac{B_{Ext}}{P_{Det}}$$

222. Para el presente caso, la Comisión consideró las ganancias obtenidas por Amauta - El Comercio como consecuencia de la implementación de la conducta anticompetitiva investigada.

$$\text{Multa Base} = \frac{(P_R^i - P^i)}{P_{det}} Q^i$$

Donde:

P_R^i	:	Es el precio resultado del reparto de mercado.
P^i	:	Es el precio referencial en escenario de competencia.
Q^i	:	Es la cantidad vendida en el período de infracción.
P_{det}	:	Es la probabilidad de detección de la conducta.
i	:	Es un símbolo diferenciador por agente económico.

⁷⁹ Según señalado por la Comisión, el cálculo de la sanción también incluyó a Quad Graphics únicamente con la finalidad de estimar la multa correspondiente a las personas naturales que eran funcionarios de la mencionada empresa.

223. Adicionalmente la primera instancia consideró que, al tratarse de una práctica colusoria horizontal realizada en conjunto por las empresas infractoras, la probabilidad de detección será común a todas ellas.

224. En la fórmula de multa base, en el numerador se muestra la diferencia entre el precio colusorio o precio de reparto de mercado (P_R^i) y el precio competitivo (P^i). Dicha diferencia puede reescribirse en función de un sobreprecio ("k") generado como consecuencia del acuerdo colusorio investigado, lo cual puede formularse de la siguiente manera⁸⁰:

$$P_R^i = (1 + k)P^i$$

225. Debido a que P_R^i es observable, conviene expresar P^i como función de P_R^i , como se aprecia a continuación:

$$P^i = (1 - \tau)P_R^i$$

En la medida que ("τ") es un nuevo margen en función del sobreprecio ("k") se puede reemplazar por la expresión: ($\tau = \frac{k}{1+k}$). De este modo, ("τ") sería el único parámetro estimado para determinar el beneficio extraordinario.

226. Al efectuar la operación previa, obtenemos que la diferencia entre el precio de reparto de mercado y el precio competitivo se puede expresar en función del precio de reparto de mercado (P_R^i) y el nuevo margen ("τ"):

$$P_R^i - P^i = \tau P_R^i$$

227. Por lo tanto, conforme a lo antes desarrollado, la fórmula de la Multa Base puede ser reescrita de la siguiente manera:

$$Multa Base = \frac{\tau P_R^i Q^i}{P_{det}}$$

228. La fórmula antes indicada permitió la estimación de un único parámetro τ , representando el beneficio extraordinario como una proporción de los ingresos de Amauta - El Comercio. Una vez determinado el parámetro τ , se multiplicó por el monto en soles de las operaciones efectuadas entre los años 2011 y 2016 con los veintitrés (23) clientes identificados (respecto a

⁸⁰ Esta forma de representar la relación entre los precios competitivos y los precios del acuerdo resulta acorde a la literatura especializada sobre "Optimal Deterrence Fine". Para mayor detalle, ver: BUCCIROSSI, Paolo y SPAGNOLO, Giancarlo. *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers still go to Prison?* En: *The Political Economy of Antitrust* (V. Goshal y J. Stennek eds., Elsevier 2007); ALLAIN Marie-Laure, BOYER Marcel, KOTCHONI Rachidi y PONSSARD Jean-Pierre. *The Determination of Optimal Fines in Cartel Cases The Myth of Underdeterrence* (2011); y, ALLAIN, Marie-Laure, et. al. *Are cartel fines optimal? Theory and evidence from the European Union*. En: *International Review of Law and Economics* 42 (2015), páginas 38 a 47.

los cuales se llevó a cabo el acuerdo anticompetitivo investigado) para obtener el numerador de la *ratio* de la multa base, que finalmente fue dividido entre la probabilidad de detección.

III.2.4 Cuestiones previas respecto a la graduación de la sanción

A. Las características del mercado de impresiones y la capacidad instalada de la industria

229. En apelación, Amauta - El Comercio han señalado que previo al análisis de la sanción resultaba necesario señalar las principales características del mercado de impresiones nacional, a fin de tener un mejor entendimiento de sus observaciones respecto a la graduación de la multa. Los alegatos formulados en este punto son los siguientes:

- La demanda en el mercado de impresiones deriva de la demanda publicitaria o editorial y no está dirigida al consumo final, por lo que el precio juega un rol relevante.
- La elasticidad de la demanda en el mercado de impresiones tendría una vinculación directa con la existencia de bienes sustitutos y, en especial, con el porcentaje que representan en los costos totales de elaboración del producto final⁸¹.
- El mercado de impresiones es un mercado dominado por la oferta, en donde la determinación de los costos y el margen de utilidad son muy importantes.
- Existe estacionalidad en la demanda, por lo que en determinados períodos del año se requiere de una mayor capacidad productiva para atender a los usuarios.
- En la medida que existen pocos agentes en este mercado que poseen una capacidad instalada capaz de atender los picos de demanda, concurrirían pocos incentivos para competir por la captura de nuevos clientes.

230. De acuerdo con la Resolución Final, no fueron objeto de cuestionamiento las estrategias y decisiones comerciales que cada empresa investigada pudo haber considerado oportunas en función a su capacidad instalada o a las condiciones del mercado. En tal sentido, lo que fue materia de investigación en este procedimiento, es el hecho de que dichas estrategias y decisiones hayan sido coordinadas entre competidores, lo cual resulta

⁸¹ Señalan como ejemplo que: “el costo de un encarte no puede ser tan alto que sea un porcentaje importante del costo de una publicación”.

contrario a las condiciones competitivas que deberían imperar en el mercado y constituye una afectación a la normativa de libre competencia.

231. En tal sentido, la Comisión afirmó que no correspondía tomar en consideración el argumento relativo a la capacidad instalada de las empresas involucradas para atenuar su responsabilidad, pues dicha capacidad instalada podría estar incluso determinada por el acuerdo anticompetitivo.
232. Sobre los argumentos expuestos en el numeral 229 de esta resolución, esta Sala considera pertinente precisar que, si bien el contexto de un mercado permite comprender su dinámica y desempeño, así como los efectos y eventuales explicaciones de las conductas analizadas; lo cierto es que - conforme se ha señalado anteriormente- la existencia del acto anticompetitivo fue constatado por la Comisión y no es objeto de apelación en esta instancia.
233. El análisis en este punto está enfocado en la graduación de la sanción impuesta a las empresas recurrentes, lo cual se sustenta en la estimación del beneficio extraordinario y la probabilidad de detección respectiva, conforme a lo señalado en el acápite III.2.2.
234. Por lo tanto, sin perjuicio de las características de la oferta y la demanda en el mercado respectivo, en los siguientes acápites se evaluará la información disponible a fin de establecer una aproximación adecuada que permita calcular razonablemente la sanción imponible en este caso concreto.
235. Las recurrentes alegaron la existencia de picos de demanda y que esto generaría una limitación en capacidad de las empresas para atender los requerimientos de los clientes, lo cual determinaría que existan pocos incentivos para competir agresivamente por capturar nuevos clientes (prefiriendo mantener a aquellos clientes a los cuales se les brindaba el servicio).
236. Esta Sala considera que lo antes reseñado alude a una característica asociada a la conducta de las empresas infractoras y no al cálculo de la sanción. Asimismo, si bien los agentes económicos involucrados alegan que habrían decidido mantener a sus clientes por cuestiones de capacidad instalada⁸², esto no descarta que la conducta concertada de tales empresas

⁸² Según lo señalado por Amauta – El Comercio: “9. En atención a ello, la limitación de la capacidad instalada de las empresas de atender los requerimientos de los clientes es lo que ha generado pocos incentivos para competir agresivamente en la captura de nuevos clientes, prefiriendo mantener aquellos a los cuales se venían brindando los servicios de impresión y eventual distribución.” (ver foja 1452 del expediente).

haya producido un beneficio mayor al de un escenario competitivo, como se verá más adelante en la presente resolución.

237. Complementariamente, respecto de la presunta estacionalidad de la demanda, es pertinente precisar que un análisis mensual de la información de ventas efectuadas por Amauta – El Comercio durante los años 2011 a 2016⁸³ muestra que, a pesar de que en ciertos meses existirían aumentos significativos de demanda, este comportamiento no se repite homogéneamente, existiendo diferentes picos a lo largo de cada año revisado. Por tanto, lo antes indicado da cuenta de una fluctuación en la demanda y no de un comportamiento estacional.

B. Alegatos referidos a la metodología utilizada para el cálculo de la sanción

B.1. Sobre la aplicación de una metodología que no sería adecuada para los acuerdos de reparto de clientes

238. En apelación, Amauta - El Comercio han señalado que la metodología aplicada por la Comisión presume erróneamente que una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto de clientes es comparable a una concertación de precios.

239. Según las apelantes, en un escenario de reparto de clientes los precios no necesariamente se incrementan o mantienen, como ocurre en el caso de un cartel de fijación de precios. En tal sentido, en un acuerdo de reparto de clientes se busca que cada participante conserve a un grupo de clientes, con el posible objetivo de asegurar un flujo relativamente estable de negocios, que posibilitaría la recuperación del capital invertido.

240. De acuerdo con la apelación, lo antes indicado no niega *per sé* la existencia de un beneficio ilícito derivado de la práctica anticompetitiva, pero sí implica que es errado suponer que los precios en un escenario contrafactual serían menores que los precios efectivamente cobrados por las empresas involucradas. Esto es particularmente relevante en el caso de bienes heterogéneos (como las impresiones comerciales), pues los cambios en los precios se explican por las características de cada servicio de impresión solicitado⁸⁴ y no por un reparto de clientes.

241. A criterio de la Comisión, en un escenario de competencia, las empresas pugnan por los clientes a través de cotizaciones u ofertas de servicio a un mejor precio. En consecuencia, resultaba esperable que -en un escenario competitivo- las empresas pudieran haber ofrecido menores precios, de

⁸³ Ver foja 325 del Expediente.

⁸⁴ En función al tipo de papel, color, tiraje, entre otros.

forma similar a lo ocurrido en el caso del cliente Plaza Norte. Adicionalmente, la primera instancia indicó que la teoría económica avala lo antes señalado, a través de ciertos modelos económicos que predicen equilibrios distintos cuando las empresas cooperan o se coluden.

242. En tal sentido, esta Sala estima conveniente hacer una breve revisión de lo señalado por la teoría económica y la casuística acerca de los efectos de una conducta de reparto de clientes (o mercado), a fin de constatar si los precios cobrados por los agentes económicos involucrados se ven o no influenciados por esta clase de prácticas anticompetitivas.
243. El criterio de la prohibición automática o ilegalidad *per sé* fue desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para los casos de fijación de precios entre competidores, por acuerdos o mediando una concertación, así como aquellas prácticas que indirectamente tienen un efecto equivalente, como sucede con la reducción de la producción u oferta o el reparto de mercado. De acuerdo con los tribunales norteamericanos, la experiencia demuestra que ese tipo de conductas -por su propia naturaleza- tienden a restringir la competencia sin una razón que las justifique y, por ello, resulta inconveniente utilizar recursos privados o públicos para determinar si en algún caso remoto producen efectos beneficiosos⁸⁵.
244. El criterio anteriormente aludido ha inspirado el ordenamiento peruano, el cual establece una regla de prohibición absoluta para ciertas conductas anticompetitivas, entre ellas, el reparto de mercado. En la exposición de motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se señala que: (...) *“Los efectos nocivos para la competencia y los consumidores son similares en las cuatro prácticas colusorias mencionadas. Las restricciones de oferta devienen en incrementos de precios; la asignación de clientes o territorios, de tal manera que los concertadores se comprometen a no competir ante tales clientes o territorios, permite que funcionen como monopolios respecto a parte del mercado, lo que a su vez redunde en mayores precios y menor cantidad ofertada”*⁸⁶. (Subrayado añadido)
245. En la literatura económica, Massimo Motta⁸⁷ ha señalado que: *“Los esquemas de asignación (o reparto de mercados), de acuerdo con los*

⁸⁵ Ver QUINTANA S. Eduardo Op. Cit. Pág. 17

⁸⁶ Exposición de motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, página 23.

⁸⁷ Traducción libre de: *“Market allocation (or market-sharing) schemes, according to which a firm sells in a certain region (or serve customers of a certain type), whereas the rivals sell in other regions (or serve customers of a different type) (...) have the advantage of allowing for prices to adjust to new demand or cost conditions without triggering possible price wars. (...) As long as each firm does not serve segments of demand (explicitly or tacitly) allocated to rivals, prices can change without the collusive outcome being disrupted”*. MOTTA, Massimo, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, p. 141.

cuales cada firma vende en una determinada región (o es proveedor de un tipo de clientes específico), mientras que sus rivales venden en otras regiones (o proveen a otro tipo de clientes) (...) tienen la ventaja de permitir que los precios se ajusten a condiciones de demanda o costos nuevos sin gatillar posibles guerras de precios. (...) Mientras que cada firma no provea segmentos de demanda (explícita o tácitamente) asignada a sus rivales, sus precios pueden cambiar sin que se quiebre el resultado colusorio". (Subrayado añadido)

246. Por otro lado, para explicar la razón por la cual los carteles serían tan perjudiciales, se ha precisado que: *"las empresas que participan en carteles para pactar precios o repartirse mercados se vuelven inmunes a la presión competitiva que les obligaría a crear nuevos productos, mejorar la calidad y mantener precios bajos. Los consumidores terminan pagando más y recibiendo menos calidad"*⁸⁸ (Subrayado añadido). En la misma línea, la Autoridad de Competencia de Australia (ACCC)⁸⁹ señala que el reparto de mercados tiene como impacto *"incrementar los precios, y reducir la elección entre precio y calidad para los consumidores y otros negocios".* (Subrayado añadido).
247. Adicionalmente, Lande y Marvel (2000)⁹⁰ aluden diversos casos⁹¹ que involucraban productos heterogéneos y donde los precios y los niveles de producción se establecían individualmente; para luego señalar que la colusión pudo generar un incremento de ingresos, aunque las empresas no se reunieran a establecer los precios. En tal sentido, se señala que *"(...) La colusión típicamente lleva a resultados similares a los de un monopolio, incluyendo beneficios monopólicos que son compartidos por las partes que se coluden"*⁹².
248. De lo señalado anteriormente podemos recoger que un reparto de mercado permite que los integrantes del acuerdo actúen como monopolios en sus respectivos segmentos de mercado o con relación a los clientes que tienen asignados, pudiendo -en consecuencia- mantener o incrementar sus

⁸⁸ Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/consumers/agreements_es.html, Fecha de último acceso: 26 de febrero de 2021.

⁸⁹ Traducción libre de: "Market sharing restricts competition, forces prices up and reduces choice on price and quality for consumers and other businesses." Disponible en: <https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels/market-sharing> Fecha de último acceso: 26 de febrero de 2021.

⁹⁰ LANDE, R., MARVEL, H.P. (2000) *The three types of collusion: fixing prices, rivals, and rules*. Wisconsin Law Review, Pág 941-999.

⁹¹ En dicho texto, se mencionan los siguientes casos: Sociedad Nacional de Ingenieros Profesionales vs. Estados Unidos; Bates vs el Estado de Arizona; Federal Trade Commission (FTC) vs la Federación de Dentistas de Indiana; Miembros de la Asociación de vendedores de Detroit y Estados Unidos vs Stop& Shop Cos.

⁹² Traducción libre de: "(...) collusion typically leads to monopoly-like outcomes, including monopoly profits that are shared by the colluding parties". LANDE, R., MARVEL, H.P. (2000) *Op. Cit* Pág 941.

precios, al no enfrentar una presión competitiva por parte de los otros participantes en dicha conducta colusoria.

249. Si bien en las conductas de reparto de mercado, el acuerdo colusorio no recae de forma directa sobre los precios (como sucede en los casos de fijación de precios), esto no enerva el hecho de que la asignación artificial de zonas o clientes entre competidores puede generar un impacto en los precios que se cobraran en el mercado afectado. Por ende, el efecto de esta clase de conducta anticompetitiva no se limita a una mera “conservación de clientes” o el aseguramiento de un flujo estable de ganancias.
250. Resulta razonable entonces que la autoridad evalúe un escenario contrafactual en el cual pueda estimarse el hipotético comportamiento de los precios en caso hubiera existido una pugna competitiva, para luego contrastarlo con los precios efectivamente cobrados en el contexto colusorio acaecido y, sobre dicha base, tener una aproximación adecuada del eventual beneficio extraordinario. Esto último dependerá de la información disponible, la comparabilidad del escenario de pugna competitiva y su representatividad, conforme se evaluará más adelante en este pronunciamiento.
251. Sin embargo, lo antes señalado no implica que la autoridad asuma que *necesariamente* exista un efecto en precios en cada conducta de reparto de mercado, pero sí será atendible considerar ello, en caso se desprenda del análisis antes descrito.

B.2. Respecto de la propuesta contenida en el Informe Económico presentado por Amauta – El Comercio

252. A través de un informe económico elaborado por EA Consultores⁹³, las recurrentes han propuesto una metodología de cálculo basada en los ingresos y costos de los servicios de impresión a fin de determinar la ganancia ilícita obtenida por cada servicio de impresión, de acuerdo a lo siguiente:
- (i) Se emplea un margen de ganancia “competitivo” o *benchmark* (14.72%), el cual fue calculado a partir de la información promedio de cinco empresas del mismo rubro en diversos países⁹⁴.

⁹³ Ver foja 1259 del Expediente.

⁹⁴ Obtenido a partir de la información financiera de cinco empresas del rubro de impresiones, provenientes de Estados Unidos, Países Bajos y Canadá para el período 2010 a 2017.

- (ii) Seguidamente, se habrían revisado las operaciones efectuadas por Amauta – El Comercio en el período investigado, con el objeto de obtener la diferencia entre el respectivo margen de ganancia y el margen de ganancia *benchmark*.
- (iii) Si la diferencia antes señalada era positiva, se multiplicaba por el valor de venta sin IGV para obtener el beneficio ilícito de la respectiva operación. Por otro lado, si la diferencia resultaba negativa, la operación no se contabilizaba para efectos del cálculo del beneficio ilícito.

253. Las recurrentes alegan que la Comisión habría rechazado la propuesta metodológica del informe de EA Consultores indicando incorrectamente que la muestra de empresas utilizadas para obtener el margen de ganancia “competitivo” o *benchmark* (14.72%), no resultaba adecuada a la realidad nacional. Sin embargo, la primera instancia no habría tomado en cuenta que el rubro de las empresas elegidas corresponde -efectivamente- a los servicios de impresión.

254. Adicionalmente, las recurrentes indican que el margen de ganancia competitivo propuesto como *benchmark* se obtuvo sobre la base de entornos de mayor desarrollo y competencia, por lo cual constituían una buena aproximación al margen competitivo del sector de impresiones comerciales. Por otro lado, Amauta – El Comercio señalan que la primera instancia pudo adoptar otro criterio de comparación⁹⁵, sin perjuicio de que el margen de ganancia derivado de la conducta anticompetitiva cometida sea calculado a partir de los ingresos y costos de cada servicio prestado.

255. Al respecto, la primera instancia señaló que: (i) la metodología propuesta emplea un margen de ganancia *benchmark* correspondiente a empresas que afrontan realidades distintas a la industria local de impresiones, y (ii) el informe presentado por las imputadas excluiría aquellas operaciones con un margen de ganancia menor a 14.72%.

256. Bajo los términos de la Resolución Final, contrariamente a lo señalado en el informe económico elaborado por EA Consultores e incluso utilizando la información contenida en dicho documento, el presunto margen anticompetitivo no sería de 14% sino de 7.32%. En este sentido, la autoridad decidió priorizar la información de las propias empresas para el cálculo.

257. Esta Sala aprecia que la metodología propuesta en el informe económico antes señalado excluye aquellas operaciones que considera tienen un

⁹⁵ En el informe oral, las recurrentes señalaron que se pudo utilizar información de otras empresas de impresiones del mercado nacional que no participaron en la conducta.

margen de ganancia menor al 14.72%. Esto implicaría asumir que un grupo de operaciones (que serían más del 30% de las observaciones u operaciones evaluadas en el informe) no impactarían en el beneficio ilícito, pese a que se habrían llevado a cabo como consecuencia directa del acuerdo colusorio. Asimismo, cabe señalar que el cálculo propuesto por las apelantes ha sido efectuado con un universo bastante inferior de observaciones que aquellas empleadas por la Comisión, la cual utilizó toda la información remitida por las partes.

258. Estos elementos conllevan a una subvaloración en el cálculo realizado en el informe presentado por las recurrentes, a diferencia de la metodología empleada por la Comisión que utilizó y valoró la mayor cantidad de información disponible.
259. Respecto al uso de la información de costos propuesta por las recurrentes, es importante señalar que los documentos obrantes en el expediente que fueron remitidos por las partes, no contienen información de costos respecto a todos los registros reportados en el informe económico⁹⁶ y menos aún sobre la totalidad de las operaciones efectuadas como consecuencia de conducta anticompetitiva investigada. Por tanto, la metodología propuesta por las recurrentes no resultaría idónea en este caso.
260. En el informe oral, el representante de Amauta – El Comercio indicó que podría usarse la información de otras empresas nacionales del sector impresiones para la obtención del margen competitivo. Sobre este punto, la Sala considera importante resaltar, conforme se desarrollará más adelante, que en el expediente existe información de las propias recurrentes que permite estimar el comportamiento de sus precios en una pugna competitiva. Por lo tanto, resulta más preciso considerar dicha información para calcular el beneficio extraordinario generado por la conducta colusoria cometida.
261. Lo antes expresado, muestra que no es pertinente recurrir a los márgenes de ganancia de otras empresas similares del sector (no imputadas), cuyo comportamiento además no fue objeto de evaluación en este caso. A mayor abundamiento, cabe señalar que lo planteado por Amauta – El Comercio implicaría asumir que sus costos o márgenes de ganancia son equivalentes a aquellas empresas no involucradas en el presente procedimiento, lo cual no necesariamente es cierto.
262. Con relación a la utilización del margen de ganancias de diversas empresas internacionales del sector como *benchmark* para estimar un margen competitivo, esta Sala observa (al margen de que los presuntos márgenes de ganancia señalados referencialmente por las apelantes, hayan

⁹⁶ Existen al menos 50 operaciones sin registro de costos.
78/119

procedido del desempeño de empresas en otros países) que la autoridad sí contaba con data económica: (i) correspondiente al mismo mercado investigado, (ii) referida a las propias empresas imputadas, y (iii) relativa a operaciones reales en el período investigado. En consecuencia, resulta atendible que la metodología a emplear para aproximar el beneficio extraordinario utilice preferentemente dicha información vinculada de forma directa al caso concreto analizado.

263. Conforme a lo señalado en párrafos anteriores, resulta válido considerar que este tipo de comportamientos son aptos para producir un efecto en los precios del mercado. Por tanto, en la medida que en el expediente obran los precios de Amauta - El Comercio, resulta adecuado emplear dicha información.

264. De esta manera, se estimará un escenario contrafactual que luego se contrastará con los precios reales trasladados a aquellos clientes "asignados" debido al acuerdo anticompetitivo investigado.

III.2.5 Sobre el cálculo del beneficio extraordinario

A. Cuestionamientos respecto a la comparación efectuada con los precios ofrecidos a Plaza Norte

265. Las empresas apelantes alegaron que la Comisión ha determinado erróneamente los parámetros de un mercado competitivo sobre la base de las interacciones que se llevaron a cabo con un único cliente (Plaza Norte). A decir de las recurrentes, ello no sería suficiente para calcular los beneficios obtenidos por la conducta anticompetitiva investigada, debido a que las fluctuaciones de las ofertas realizadas a Plaza Norte no son determinantes ni se aplican a todo el mercado de impresiones gráficas.

266. Al respecto, la Sala considera necesario verificar si: (i) existe otro cliente sobre el cual se tenga evidencia que las empresas involucradas (Amauta - El Comercio y Quad Graphics) también pugnaron en algún momento del período investigado; y, (ii) Plaza Norte fue un cliente respecto del cual Amauta - El Comercio y Quad Graphics pugnaron en el año 2015. Una vez realizadas estas constataciones, se podrá llegar a estimar un hipotético escenario competitivo que permitirá determinar de manera adecuada el parámetro "t" (contrafactual) necesario para el cálculo del beneficio ilícito.

267. De la información de ventas presentada por las empresas infractoras (Amauta - El Comercio y Quad Graphics), se puede observar (ver tabla 2) que el presente acuerdo de reparto de clientes se llevó a cabo de dos maneras: (i) la asignación anticompetitiva de la totalidad de los servicios brindados a determinados clientes, es decir, las empresas sancionadas se repartieron tales clientes al 100%, por lo que se puede decir que existió

exclusividad; y, (ii) el reparto de parte de los servicios a ciertos clientes, entre Amauta - El Comercio y Quad Graphics.

268. En el caso de aquellos clientes aludidos en el punto (i) del párrafo anterior, se puede asumir que las empresas involucradas no pugnaron de forma efectiva por dichos clientes, de manera que dichos casos no resultan pertinentes para estimar un eventual escenario competitivo. Considerando ello, se procederá a analizar los precios cobrados a los clientes y años en los cuales no existió exclusividad, pues en aquellos casos las empresas pudieron haber pugnado en relación con los precios ofrecidos a tales clientes en algún momento específico.
269. Para tales efectos, es pertinente considerar aquellos casos en los cuales ambas empresas hayan tenido una participación significativa (es decir, superior al 10%) respecto a determinados clientes durante cada año analizado. Lo anterior permitirá identificar preliminarmente cuáles podrían ser los escenarios que resulten representativos, pues recurrir a aquellos clientes y años en los cuales uno de los competidores involucrados haya tenido casi la totalidad de las ventas (por ejemplo, más del 90%), podría conllevar a estructurar el contrafactual en función, por ejemplo, a algún hecho aislado.

VER TABLA EN LA SIGUIENTE PÁGINA



Tabla 2
Proporción de las ventas por cliente⁹⁷

Cliente	2011		2012		2013		2014		2015		2016	
	Amauta - El comercio	Quad Graphics	Amauta - El comercio	Quad Graphics	Amauta - El comercio	Quad Graphics	Amauta - El comercio	Quad Graphics	Amauta - El comercio	Quad Graphics	Amauta - El comercio	Quad Graphics
Arcangel	0%	100%	0%	100%	0%	100%	-	-	-	-	-	-
Boticas y Salud	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Carsa	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Inkafarma	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	-	-	-	-
Maestro	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Makro	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Mifarma	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Natura	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Oechsle	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Plaza Vea	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Promart	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Sodimac	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
SERVICIOS MULTIMEDIA S.A.C.	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%
Cencosud	1%	99%	0%	100%	3%	97%	9%	91%	5%	95%	3%	97%
La Curacao	0%	100%	0%	100%	0%	100%	93%	7%	100%	0%	100%	0%
Plaza Norte	0%	100%	27%	73%	0%	100%	100%	0%	86%	14%	99%	1%
Claro	81%	19%	72%	28%	80%	20%	65%	35%	47%	53%	51%	49%
Tottus	79%	21%	85%	15%	92%	8%	92%	8%	34%	66%	0%	100%
Avon	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%
Estilos	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%
Tiendas Efe	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%	100%	0%
Ripley	-	-	100%	0%	100%	0%	-	-	100%	0%	94%	6%
Saga Falabella	60%	40%	84%	16%	100%	0%	-	-	-	-	-	-
Edelnor	87%	13%	70%	30%	85%	15%	83%	17%	93%	7%	100%	0%

Fuente: Información de Amauta - El Comercio y Quad Graphics

Elaboración: ST- SDC

⁹⁷ Cabe indicar que, como se señaló en el numeral 13 de la presente resolución, la Gerencia Comercial de Impresiones Comerciales de El Comercio brindó los servicios de impresión hasta el 31 de enero de 2014. Seguidamente, dicha área fue absorbida el 1 de febrero de 2014 por Amauta. Esta observación también se deberá tener en cuenta en las tablas 3 y 4.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

270. Como se puede apreciar en la Tabla 2, existen 17 casos en los cuales tanto Amauta - El Comercio como Quad Graphics tuvieron operaciones durante un mismo año con un determinado cliente. En ese sentido, se procederá a analizar el comportamiento de los precios de Amauta - El Comercio y Quad Graphics, con el fin de corroborar si existió alguna pugna de precios que permita estimar lo que hubiese acontecido en un hipotético escenario competitivo⁹⁸.

- Para el año 2011, se observaron los precios respecto de los clientes Claro, Tottus y Edelnor.
- Para el año 2012, se observaron los precios respecto de los clientes Claro, Tottus y Edelnor.
- Para el año 2013, se observaron los precios respecto del cliente Claro.
- Para el año 2014, se observaron los precios respecto de los clientes Claro y Edelnor.
- Para el año 2015, se observaron los precios respecto de los clientes Plaza Norte, Claro y Tottus.
- Para el año 2016, se observaron los precios respecto del cliente Claro.

271. Cabe señalar que se ha excluido a los clientes cuya información muestra que los servicios brindados por las empresas imputadas estuvieron referidos a productos claramente diferentes, pues tal circunstancia impide emplear dichos casos para estimar cómo hubiese sido una pugna de precios entre los agentes económicos involucrados en la práctica anticompetitiva investigada.⁹⁹ Asimismo, es importante agregar que en el expediente tampoco existen evidencias de cotizaciones u ofrecimientos que permitan reflejar o aproximar los precios que se hubieran dado en un contexto competitivo (aun cuando los clientes hubieran decidido permanecer con alguna de las empresas involucradas).

⁹⁸ Ver Anexo 1 de la presente Resolución.

⁹⁹ En tal sentido, se aprecia lo siguiente:

- Respecto al cliente [CONFIDENCIAL], no se puede verificar el comportamiento de sus precios para el año 2011, debido a que Amauta - El Comercio le vendió [CONFIDENCIAL] y Quad Graphics le brindó un producto diferente. Por lo tanto, los precios de dichos productos no son comparables.
- Respecto al cliente [CONFIDENCIAL], no se puede analizar el comportamiento de precios para el año 2012, debido a que en ese año dicho cliente únicamente demandó [CONFIDENCIAL] a Amauta - El Comercio y a Quad Graphics demandó otro producto. Asimismo, respecto al cliente [CONFIDENCIAL], no se puede verificar el comportamiento de sus precios para el año 2012, debido a que Amauta - El Comercio le vendió [CONFIDENCIAL] y Quad Graphics únicamente vendió otra clase de impresiones.
- Respecto al cliente [CONFIDENCIAL], no se puede analizar el comportamiento de precios para el año 2013, debido a que en ese año este cliente demandó a Amauta - El Comercio [CONFIDENCIAL], y a Quad Graphics le demandó otros productos distintos. Por lo tanto, los precios de dichos productos no son comparables.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

272. Ahora bien, al analizar el comportamiento de los precios aplicados a la mayoría de los clientes de Amauta - El Comercio y Quad Graphics, señalados en el numeral 270 de esta resolución, no se evidencia la existencia de una pugna de precios, por las siguientes razones:

- I. En los casos de los clientes Claro (años 2011 al 2016), Edelnor (años 2011, 2012 y 2014) y Tottus (años 2011 y 2012), los precios cobrados por los agentes económicos involucrados fueron significativamente disímiles, oscilando -en términos generales- entre el doble y el quintuple.
- II. Esa gran diferencia de precios en los referidos períodos anuales pone en evidencia que se tratarían de productos distintos, con características diferentes en función a calidad, tipo de material, especificaciones técnicas, entre otros. Por ende, es plausible afirmar que los precios ofrecidos por las empresas involucradas a dichos clientes presentaron un comportamiento que no podría asimilarse al resultado de una pugna competitiva.
- III. Durante el período investigado, en el caso del cliente Claro, la conducta anticompetitiva se efectuó por tipo de revista, siendo la Revista Claro TV impresa por Quad Graphics y el resto de las revistas impresas por Amauta - El Comercio¹⁰⁰. Asimismo, respecto al cliente Tottus, el reparto se efectuó también por tipo de producto, siendo que Amauta - El Comercio se encargaron de imprimir los catálogos y Quad Graphics otros productos.
- IV. En el caso del cliente Tottus, durante el año 2012, el precio de Quad Graphics se mantuvo constante durante todo el año, mientras que los precios de Amauta - El Comercio tuvieron una evolución fluctuante. Este comportamiento distinto resulta concordante con lo señalado en los puntos anteriores.
- V. En el año 2016, se aprecia que **[CONFIDENCIAL]** demandó el mismo tipo de producto a los agentes económicos imputados. No obstante, el referido cliente requirió este producto a una de las empresas imputadas solo en un mes de dicho año, lo que impide analizar el comportamiento de precios para recrear un escenario competitivo.

273. En conclusión, los elementos antes expresados, no permiten aproximar cómo hubiera sido una puja entre ambas empresas. Asimismo, en el expediente tampoco obran elementos (como comunicaciones, correos,

¹⁰⁰ Al respecto ver numeral 61 de la Resolución Final.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

ofrecimientos o cotizaciones) que puedan sustentar que los precios de algunas de esas operaciones se vieron influenciados por propuestas o invitaciones competitivas efectuadas de más de un competidor.

274. Por su parte, al revisar el comportamiento de los precios referidos al cliente Plaza Norte en el año 2015, se verifica lo siguiente:¹⁰¹

- ✓ Amauta - El Comercio iniciaron el año realizando una ligera reducción de 2% en sus precios, los cuales se mantuvieron constantes hasta el mes de junio.
- ✓ En el mes de julio, Quad Graphics realizó operaciones por un importe menor al precio implementado por Amauta - El Comercio.
- ✓ En agosto, Amauta - El Comercio disminuyeron sus precios en un 16% por debajo de sus precios en junio, siendo también inferiores a los precios de Quad Graphics.
- ✓ Quad Graphics reaccionó realizando otra venta en el mes de septiembre, causando que Amauta - El Comercio redujera nuevamente sus precios en un 5%.
- ✓ De esta manera, el precio promedio de Amauta – El Comercio respecto del referido cliente entre setiembre y diciembre fue 17% menor al precio promedio entre enero y julio.

275. Como se puede observar, existió una correlación entre las mejores cotizaciones ofrecidas por Quad Graphics a Plaza Norte y las reducciones de precios en los servicios de impresión brindados por Amauta - El Comercio a dicho cliente en ese mismo año. Este escenario dio lugar a que Plaza Norte contratara los servicios de Quad Graphics entre julio y setiembre de 2015 y, que luego de una reducción de precios, seleccionara nuevamente a Amauta - El Comercio en agosto y diciembre de 2015.

276. Es importante precisar que las operaciones antes señaladas están relacionados a una misma clase de productos (catálogos y revistas) y la evolución de precios antes relatada muestra una interdependencia propia de un escenario de pugna entre agentes económicos. Asimismo, esta situación muestra que -a diferencia de casos anteriores- sí se tratan de productos similares ofrecidos por las empresas imputadas.

¹⁰¹ Cabe señalar que en el numeral 253 de la Resolución Final, la Comisión consignó el comportamiento de los precios ofrecidos por ambos agentes económicos a Plaza Norte en el año 2015.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

277. Por ende, tales elementos reflejan una dinámica en la cual, el comportamiento de los precios ofrecidos se veía influenciado por la oferta de la competencia.
278. En conclusión, habiendo analizado el comportamiento de los precios de diversos clientes durante el período investigado, esta Sala considera que las interacciones con Plaza Norte en el año 2015 son adecuadas para estimar un escenario contrafactual y apreciar, de forma aproximada, cuánto hubieran podido variar los precios en el mercado (en cada operación efectuada bajo el acuerdo colusorio imputado) de no haberse producido el reparto de clientes investigado. Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por la apelante sobre este extremo.
279. Complementariamente, Amauta - El Comercio alegaron que tomar como referencia solo a Plaza Norte y los productos que este cliente demandaba (catálogos y revistas), implicaba no considerar otro tipo de productos que fueron demandados por todos los clientes.
280. Sobre este punto, es importante señalar que el presente caso está referido al mercado de impresiones, en el cual existe una amplia cantidad de servicios ofrecidos y con características diversas. Esto se debe a que los productos usualmente son demandados a pedido (con características específicas para cada cliente). Por este motivo, a fin de determinar un escenario contrafactual (necesario para estimar el parámetro "t"), es pertinente encontrar servicios de impresión que sean comunes y representativos para todos los clientes.
281. Al revisar la información de ventas presentada por Amauta – El Comercio para todos sus clientes, se verifica lo siguiente:

VER TABLA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

Tabla 3
Porcentaje de ventas de catálogos y revistas de Amauta - El Comercio

Año	% de ventas de Amauta- El Comercio (catálogos y/o revistas)
2011	49%
2012	55%
2013	64%
2014	56%
2015	52%
2016	81%

Fuente: Información presentada por Amauta- El Comercio
Elaboración: ST-SDC

282. Como se aprecia, entre los años 2011 y 2016, del total de servicios demandados por los clientes de Amauta - El Comercio, en promedio 60% fueron revistas y catálogos. Asimismo, existieron clientes atendidos por Quad Graphics quienes demandaron predominantemente tales productos.¹⁰² Los mencionados elementos permiten considerar a dichos productos como representativos para efectos del presente análisis.
283. En consecuencia, las operaciones con el cliente Plaza Norte durante el año 2015 -que están relacionadas a servicios de impresión de productos que son representativos- reflejan de manera ilustrativa, cómo podrían haberse comportado los precios en una pugna competitiva, la cual evidentemente no pudo gestarse de manera abierta y sostenible debido a la conducta anticompetitiva en la cual participaron Amauta- El Comercio.
284. De esta manera, recurriendo a la mejor información disponible correspondiente a las empresas investigadas, la Sala considera razonable el empleo de los precios correspondientes al cliente Plaza Norte durante el año 2015, para la estimación del parámetro "t". Este parámetro será

¹⁰² Así, por ejemplo, vemos que existieron diversos clientes que demandaron revistas y catálogos en un porcentaje significativo (mayor al 70%):

- En el año 2011: 4 clientes
- En el año 2012: 4 clientes
- En el año 2013: 6 clientes
- En el año 2014: 4 clientes
- En el año 2015: 2 clientes
- En el año 2016: 3 clientes



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

aplicado sobre las operaciones efectuadas por las apelantes en el marco de la conducta anticompetitiva investigada, con el objeto de calcular el beneficio extraordinario respectivo.

B. Cuestionamientos respecto al uso del Índice de Precios al Consumidor (IPC)

285. La Comisión luego de calcular el beneficio extraordinario, aplicó un factor de actualización, señalando que ello permitiría preservar el valor en el tiempo de los beneficios percibidos por los infractores. En tal sentido, dicha instancia recurrió al IPC correspondiente al mes de abril de 2019.
286. Las empresas apelantes alegaron que la multa debe actualizarse utilizando el Índice de Precios al por Mayor (en adelante, IPM) y no el IPC, pues el índice propuesto es un indicador de los precios de los bienes y servicios que se transan en el canal de comercialización mayorista.
287. Al respecto, es importante señalar que el beneficio extraordinario obtenido por las empresas infractoras corresponde a una aproximación de carácter estático. Por ende, ante la existencia de un lapso entre la percepción del beneficio extraordinario y la declaración de ilicitud por parte de la autoridad, resulta necesario ajustar la referida suma para establecer su valor real al momento de la sanción por parte de la autoridad.
288. Independientemente del mercado donde se haya llevado a cabo la conducta anticompetitiva, el ajuste por inflación constituye una herramienta que permite actualizar el valor del beneficio extraordinario que habría sido obtenido en un determinado momento. De esta manera, es posible evitar que la conducta ilícita (a lo largo del tiempo) resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas, tal como lo prevé el Principio de Razonabilidad contenido en la LPAG.
289. En este contexto, según el Banco Central de Reserva del Perú (en adelante BCRP), la inflación se mide generalmente a través de la variación del IPC¹⁰³. Por tanto, el factor de ajuste por inflación utilizado en el presente caso (considerando la variación en el ratio del IPC¹⁰⁴ entre la fecha más cercana a la Resolución Final y el fin de la conducta anticompetitiva) se limita a corregir la pérdida de valor del dinero producida durante dicho espacio

¹⁰³ Conforme al Glosario de Términos Económicos del BCRP. Ver: <https://www.bcrp.gob.pe/publicaciones/glosario/i.html>. Fecha de última visita: 26 de febrero de 2021.

¹⁰⁴ Según señala el INEI "el IPC es un indicador económico que permite conocer las variaciones de los precios de un conjunto de "bienes y servicios" que consume habitualmente un grupo representativo de familias de diversos estratos socio económicos". Ver: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaes/Est/Lib1268/Glosario.pdf. Fecha de última visita: 26 de febrero de 2021.



temporal¹⁰⁵, sin que ello signifique necesariamente un ajuste por el tipo de canal en el cual se transan los bienes y servicios.

290. Asimismo, en el presente caso, tampoco es pertinente hacer uso del IPM para actualizar el beneficio ilícito como lo solicitan las apelantes, debido a que se ha verificado que las ventas afectadas por la conducta infractora estuvieron dirigidas a la impresión de material publicitario de productos y/o servicios de sus clientes, para los cuales el servicio de impresión tuvo un uso final y no intermedio o de reventa. Esto último permite reafirmar que resultaba adecuado el empleo del IPC para actualizar el valor de tales servicios.

291. En atención a lo antes expuesto, corresponde desestimar el argumento planteado en este extremo.

C. Sobre el alegato respecto al uso de la UIT como factor de actualización

292. Sin perjuicio de lo antes señalado, las empresas apelantes proponen la utilización de la UIT como factor de actualización, señalando que el propósito de creación de la UIT fue precisamente mantener el valor en el tiempo de las acreencias del Estado, como es el caso de las multas. Adicionalmente, Amauta - El Comercio alegaron que la Norma XV del Código Tributario señala que la UIT será utilizada, entre otros, para aplicar sanciones.

293. Sobre el particular, corresponde indicar que la Norma XV del Código Tributario¹⁰⁶ define la UIT como un “valor de referencia”, el cual puede ser considerado para la determinación de sanciones. Por tanto, no existe una obligación legal de emplear dicho elemento como factor de ajuste.

294. La UIT es un valor de referencia anual y de carácter tributario -construido a partir de supuestos macroeconómicos- que se utiliza para determinar la obligación contable que una empresa tendrá que asumir ante la autoridad.

¹⁰⁵ Es importante precisar que la inflación puede producirse por factores de oferta y demanda, entre otras variables de mercado. Por lo tanto, se trata de un fenómeno monetario que no depende en absoluto de la autoridad de competencia.

¹⁰⁶ **CÓDIGO TRIBUTARIO**
TÍTULO PRELIMINAR
Norma XV.- Unidad Impositiva Tributaria
La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es un valor de referencia que puede ser utilizado en las normas tributarias para determinar las bases imponibles, deducciones, límites de afectación y demás aspectos de los tributos que considere conveniente el legislador.
También podrá ser utilizada para aplicar sanciones, determinar obligaciones contables, inscribirse en el registro de contribuyentes y otras obligaciones formales.
El valor de la UIT será determinado mediante Decreto Supremo, considerando los supuestos macroeconómicos.



295. Asimismo, el artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece la fijación de las sanciones en UIT, considerando el valor vigente a la fecha de emisión de la decisión respectiva.
296. No obstante, es importante recordar que el importe determinado como sanción (el cual será convertido posteriormente en UIT) deriva de la aplicación de los criterios de graduación pertinentes, tales como el beneficio ilícito y, de ser el caso, la actualización del importe respectivo, con la finalidad de preservar el carácter disuasorio de la sanción. Lo anterior, en la medida que esto último podría verse afectado por la pérdida de valor del importe originalmente estimado como beneficio extraordinario, a la fecha de imposición de la sanción.
297. Por tal motivo, considerando que el IPC corrige la pérdida del valor del dinero en el tiempo con relación a una amplia gama de bienes y servicios en el país a lo largo de los años, resulta un indicador adecuado para actualizar el importe del beneficio extraordinario calculado y evitar que la sanción final (que luego será convertida en UIT) devenga en inadecuada o insuficiente.
298. En consecuencia, se desestima lo alegado por las recurrentes en este extremo.

III.2.6 Alegatos vinculados con la probabilidad de detección

299. En su recurso de apelación, Amauta - El Comercio alegaron que el documento empleado por la primera instancia (denominado "Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi" emitido por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi) había sido elaborado sobre la base de casos anteriores y únicamente contemplaba un rango de probabilidad de detección del 41% al 60%. Sin embargo, en este caso correspondería aplicar una probabilidad de detección del 100%, por tratarse de un procedimiento iniciado por una solicitud de clemencia.
300. Al respecto, es pertinente precisar que el referido documento de trabajo elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (en adelante Documento de Trabajo de la GEE), presenta una primera aproximación a la probabilidad de detección para los casos de prácticas colusorias más frecuentes, en función a la información obtenida de una encuesta a profesionales de la Secretaría Técnica y miembros de la Comisión¹⁰⁷.

¹⁰⁷ DOCUMENTO DE TRABAJO N° 01-2012/GEE. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA DETERMINACIÓN DE MULTAS EN EL INDECOPI.



301. Este estudio sugiere un intervalo de probabilidad del 41% al 60% que resultaría aplicable a las prácticas colusorias y fue realizado mediante una metodología válida (evaluación estadística sobre la base del juicio prudencial de expertos)¹⁰⁸, lo cual puede brindar resultados atendibles, siempre que las fuentes recurridas sean representativas en relación con el caso evaluado.
302. De acuerdo con lo señalado por la Sala en casos anteriores¹⁰⁹, ante la ausencia de estudios estadísticos que ofrezcan mayores datos, la estimación de la probabilidad de detección contenida en el Documento de Trabajo de la GEE resulta aplicable para los casos de complejidad ordinaria que sean similares a aquellos que habían sido detectados y sancionados a la fecha de elaboración del indicado estudio¹¹⁰ (abril de 2013). Lo anterior implica, entonces, que deben considerarse las características particulares de la práctica colusoria constatada en el presente caso.
303. En el presente procedimiento se observa: (i) la existencia de medios documentales en donde consta la realización de coordinaciones internas a través de llamadas telefónicas, convocatorias a reuniones, correos o acuerdos adoptados, y (ii) la evidencia del actuar concertado a partir de la revisión del comportamiento de las ventas¹¹¹.
304. Las características antes indicadas no difieren de manera significativa de los casos que fueron evaluados y sancionados por la autoridad a la fecha

(...)

2.2. ¿Cómo estimar la probabilidad de detección y sanción?

(...)

Con el objetivo de obtener una primera aproximación a las probabilidades de detección de las infracciones a la normativa que vigila el Indecopi, se efectuaron encuestas a las Secretarías Técnicas y Comisiones de primera instancia así como a los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos, tanto de la Sede Central como de las oficinas regionales del Indecopi, respecto a la probabilidad de detección de las conductas infractoras más frecuentes. Los resultados se presentan en los Cuadros 2 a 8.

(...)"

(Énfasis y subrayado agregados)

¹⁰⁸ MORALES VALLEJO, Pedro, *Tamaño necesario de una muestra: ¿cuántos sujetos necesitamos?*, Universidad Pontificia Comillas. Diciembre, 2012, España, página 3. Disponible en: <https://web.upcomillas.es/personal/peter/investigacion/Tama%foMuestra.pdf>.

¹⁰⁹ Por ejemplo, ver numeral 323 de la Resolución 508-2017/SDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2017, numeral 558 de la Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI del 26 de marzo de 2018, numeral 1132 de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019 y numeral 1058 de la Resolución 171-2019/SDC-INDECOPI del 12 de setiembre de 2019.

¹¹⁰ Pues resulta razonable que tales casos hayan sido los referentes considerados por los entrevistados al momento de responder a la encuesta efectuada con relación la probabilidad de detección de las conductas anticompetitivas en el mercado nacional.

¹¹¹ Esto implica que, en principio, no resulte necesario el empleo de herramientas estadísticas sofisticadas para determinar el actuar concertado de los agentes económicos involucrados, ni para establecer la fecha de inicio o fin del cartel.



en la cual se elaboró el Documento de Trabajo de la GEE¹¹². Asimismo, tampoco se desprende que la forma de coordinación de los agentes económicos investigados en este procedimiento contenga elementos especiales que supongan una dificultad excepcional para su evaluación por parte de la autoridad¹¹³.

305. Existen casos en los cuales no se aplicó el rango de probabilidad de detección consignado en el Documento de Trabajo para las prácticas colusorias (41% a 60%), debido a que la autoridad observó la concurrencia de ciertos elementos particulares vinculados al mercado o a la conducta realizada por los agentes económicos involucrados¹¹⁴. Sin embargo, considerando lo constatado en el presente caso, es importante señalar lo siguiente:

- (i) No se aprecian mecanismos o actores adicionales en la coordinación colusoria entre los agentes económicos investigados (y, naturalmente, sus funcionarios), tales como terceros facilitadores, intermediarios o planificadores.
- (ii) La conducta analizada es un reparto de clientes específicos, siendo que -en la mayoría de los casos- implicaba una asignación sobre la integridad de las operaciones con tales clientes en los meses respectivos. Esto es diferente a casos más complejos, en los cuales, por ejemplo, los competidores fijan márgenes de precios, lo que aumenta la dificultad para constatar la aplicación de la conducta concertada y requiere evaluaciones económicas más detalladas.
- (iii) No se verificaron políticas diferenciadas que, de manera general y transversal, podrían complejizar la detección de la conducta (como podría ser, por ejemplo, el establecimiento de repartos de ciertas líneas en función de cada cliente).
- (iv) No se trata de una conducta realizada fuera del país (lo cual suele elevar las barreras para la investigación y reduce su

¹¹² Por ejemplo, los casos de *Avícolas* (Resolución 001-97-INDECOPI/CLC), *SOAT* (Resolución 025-2002/CLC-INDECOPI), *Seguros Vehiculares* (Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC), *Oxígeno Medicinal* (Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI), *Transportistas de Huaraz* (069-2010/CLC-INDECOPI).

¹¹³ Por ejemplo, la utilización de mecanismos de coordinación altamente complejos o la remisión de comunicaciones cifradas por parte de los imputados pueden reducir significativamente la posibilidad de descubrir la existencia de la conducta y conllevar a la aplicación de una probabilidad de detección fuera del rango establecido mediante el Documento de Trabajo de la GEE.

¹¹⁴ Ver Resoluciones 738-2017/SDC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2017, 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019 y 0171-2020/SDC-INDECOPI del 30 de diciembre de 2020.



detectabilidad), siendo que las coordinaciones estuvieron circunscritas al mercado nacional.

- (v) En este caso, se recabaron bases de datos y elementos que -de forma amplia- permitieron apreciar de manera integral los patrones de conducta de las empresas involucradas, mostrando clara y directamente una correlación entre la data económica y los indicios documentales.

306. Por consiguiente, no concurre de algún elemento de significativa relevancia que conlleve a considerar que la probabilidad de detección aplicable al presente procedimiento deba distanciarse del rango contenido en el Documento de Trabajo de la GEE.

307. En este punto, las empresas recurrentes indicaron que correspondía aplicar una probabilidad de detección del 100%, debido a que el presente caso se había iniciado por la solicitud de una clemencia. Esto último, a criterio de Amauta - El Comercio, implicaría que la autoridad contó con todos los elementos probatorios disponibles para la detección de la infracción.

308. Sobre el particular, cabe indicar que el programa de clemencia es una herramienta destinada a coadyuvar la labor de la autoridad competente para descubrir y desactivar conductas anticompetitivas en el mercado. Esto tiene como sustento, precisamente, que en muchas oportunidades la autoridad no logra detectar la existencia de ciertas infracciones administrativas que se dan en los diferentes mercados.

309. En aquellos casos en donde la autoridad no cuenta con elementos que brinden indicios razonables de una presunta conducta anticompetitiva (y, consecuentemente, no ha iniciado una investigación), se incentiva la intervención de los propios agentes involucrados, a fin de que puedan presentar una solicitud de aplicación al programa de clemencia tipo A¹¹⁵.

¹¹⁵ De acuerdo con el documento denominado “*Guía del Programa de Clemencia*”, la Clemencia Tipo A es aquella que otorga el beneficio de la exoneración total de la sanción impuesta, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- (i) Ser el primero en presentar una Solicitud de beneficios, cumpliendo los requisitos exigibles a toda Solicitud y obteniendo el marcador respectivo, antes de que la Secretaría Técnica cuente con indicios de la existencia del cartel a través del ejercicio de sus facultades como la realización de visitas de inspección, la recepción de denuncias, entre otras diligencias con tal finalidad.
- (ii) Proporcionar toda la información disponible sobre el cartel revelado, coadyuvando con la Secretaría Técnica en el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en contra de los presuntos infractores.
- (iii) Comprometerse a cumplir estrictamente, durante la investigación y el procedimiento administrativo sancionador, con su deber de colaboración contenido en el Compromiso de exoneración de sanción, coadyuvando con la Secretaría Técnica y la Comisión en la obtención de un resultado efectivo.
- (iv) Poner pronta terminación a su participación en el cartel revelado, salvo indicación en contrario de la Secretaría Técnica.
- (v) Cumplir con su deber de reserva, no pudiendo revelar a terceros su identidad como colaborador ni la presentación o tramitación de su solicitud de beneficios hasta el inicio de un procedimiento administrativo



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

310. Lo anterior muestra que la aplicación del programa de clemencia no conlleva a considerar que la conducta analizada tenga una probabilidad de detección del 100%, sino por el contrario, permite colegir que no fue posible para la autoridad detectar la infracción por sus propios medios, pues dicha práctica antijurídica pudo ser advertida con la intervención de uno de los agentes económicos involucrados.
311. Una interpretación en contrario implicaría asumir que las conductas colusorias siempre serán objeto de delación (probabilidad de detección del 100%) o que las características de este caso conllevan a considerar que indefectiblemente iba a ser materia de una solicitud de clemencia, lo cual no resulta cierto ni está evidenciado por ningún estudio o experiencia internacional. Por ello, corresponde desestimar el alegato de las recurrentes.
312. Sin perjuicio de lo antes señalado, resulta cierto que la existencia de una clemencia tipo A facilitó la entrega de diversa información documental y económica que permitió a la autoridad contar con más elementos de análisis. A mayor abundamiento, es importante señalar que se trató de un cartel de solo dos actores y que la otra empresa investigada se acogió a un compromiso de cese.
313. Estos elementos en conjunto permiten considerar la aplicación de un nivel alto de probabilidad de detección dentro del parámetro establecido en el Documento de Trabajo de la GEE. En tal sentido, resulta atendible estimar la probabilidad de detección de la conducta investigada en un 60%, conforme a lo realizado por la Comisión mediante la Resolución Final.

III.2.7 Otros alegatos de apelación

314. En apelación, Amauta – El Comercio han señalado que la primera instancia no consideró su cuota de mercado como un factor atenuante de la sanción. Si bien la Comisión habría afirmado que el cálculo del beneficio ilícito ya tenía en cuenta dicho elemento, para las recurrentes se debía considerar el hecho de que el número de sus clientes era reducido en relación con el universo de clientes de todo el mercado de impresiones.

sancionador. Luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, podrá revelar su identidad como colaborador y su solicitud de beneficios, previa coordinación con la Secretaría Técnica.

Ver: Guía del Programa de Clemencia. Disponible en:
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c> (fecha de consulta: 26 de febrero de 2021).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

315. Al respecto, la Comisión indicó que había tomado en cuenta la cuota de mercado de las empresas recurrentes para la estimación de la multa, pues fue el insumo principal para el cálculo del beneficio ilícito (lo cual, a su vez, es una aproximación a la afectación al mercado). De acuerdo con la primera instancia, el cálculo efectuado no solo consideró el número de clientes atendidos por cada una de las empresas imputadas, sino también el volumen de las operaciones realizadas como parte de la conducta anticompetitiva. Por lo tanto, la primera instancia señala que la graduación de la multa de Amauta - El Comercio incorporaría la participación relativa de dicho agente económico a través de sus operaciones, las cuales reflejarían su cuota de mercado.
316. Al respecto, esta Sala considera que la menor o mayor cuota de mercado de los agentes económicos involucrados, si bien es un aspecto que puede incidir en la afectación generada por la conducta investigada o el beneficio ilícito, no es un elemento que pueda calificar *per sé* como un atenuante de la responsabilidad administrativa. Esto último tiene sentido, pues al estimar el beneficio ilícito en función a las transacciones cada la empresa infractora, se pondera inherentemente su participación en el mercado (a mayor cuota en el mercado, más operaciones y una multa más elevada).
317. Una vez dimensionado el beneficio ilícito incluyendo la participación que tuvieron las recurrentes en el mercado afectado, no cabría adicionalmente emplear dicha cuota de mercado para reducir la sanción aplicable. Caso contrario, se generaría una infra valoración de la sanción imponible, mermando su efecto disuasorio (conforme a la fórmula señalada en el acápite III.2.3 de la presente resolución) por una circunstancia que ya estaría incluida en el cálculo de la sanción. Asimismo, no podría considerarse que la cuota de mercado de Amauta – El Comercio sea un elemento que haya mitigado los efectos de la conducta cometida (previamente calculados) o que reduzca el reproche de la infracción detectada.
318. A mayor abundamiento, ni en el expediente ni a través de fuentes públicas se verifica la existencia de información que permita sustentar la alegada baja participación de Amauta – El Comercio en el mercado de impresiones, conforme a lo señalado por las recurrentes.
319. Por lo expuesto, se desestiman lo señalado por Amauta - El Comercio en lo referido a la incorporación de la cuota de mercado como factor atenuante del cálculo de la multa.

III.2.8 Cálculo de la multa aplicable en el presente caso



320. Acreditada la conducta y considerando lo expuesto con relación a los alegatos de apelación, este Colegiado procederá a calcular la multa que correspondería a las empresas recurrentes.
321. Sobre la base del escenario contrafactual desarrollado en el acápite III.2.5 de la presente resolución, se aprecia que la dinámica respecto al cliente Plaza Norte en el año 2015 generó que los precios de Amauta - El Comercio se redujeran en un 17%¹¹⁶, por lo que el valor estimado del parámetro (t) equivale a dicho porcentaje.
322. Lo anterior permite señalar (para efectos de la graduación de la sanción) que el sobreprecio de las operaciones efectuadas por Amauta - El Comercio como consecuencia de la asignación colusoria de clientes (en cuyo caso, no enfrentó real competencia por parte de Quad Graphics) fue del 17%. Por ende, al aplicar dicha tasa al valor de las transacciones llevadas a cabo con los clientes “asignados” durante el período infractor, se puede calcular el beneficio extraordinario de la conducta cometida, tal como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 4
Cálculo del beneficio extraordinario
(En soles)

Año	Beneficio Extraordinario Amauta- El Comercio
2011	4,347,586.48
2012	6,216,528.94
2013	6,694,133.99
2014	5,851,666.58
2015	4,420,684.74
2016	4,337,779.94
Total (S/)	31,868,380.68

Fuente: Información presentada por las empresas investigadas
Elaboración: ST-SDC

323. Conforme a lo desarrollado en el presente pronunciamiento, corresponde utilizar el IPC general a fin de actualizar el valor del beneficio extraordinario. Por tanto, el monto final del beneficio extraordinario total actualizado para Amauta – El Comercio asciende a treinta y siete millones ciento sesenta y dos mil cuatrocientos setenta y dos y 00/100 soles (S/ 37,162,472.00), como se detalla en la siguiente tabla:

¹¹⁶ Al respecto, ver el numeral 274 de la presente resolución.
95/119

Tabla 5
Cálculo del beneficio extraordinario actualizado por inflación

Año	Beneficio extraordinario actualizado Amauta-El Comercio
2011	5,441,490.10
2012	7,580,249.57
2013	7,935,806.99
2014	6,720,010.76
2015	4,862,825.82
2016	4,622,088.78
Total (S/)	37,162,472.00

Fuente: Información presentada por las empresas investigadas
Elaboración: ST-SDC

324. En aplicación de la fórmula para el cálculo de la multa base, corresponde dividir el beneficio extraordinario actualizado entre la probabilidad de detección establecida para el presente caso (60%). De este modo, se obtiene una multa base para Amauta - El Comercio de sesenta y un millones novecientos treinta y siete mil cuatrocientos cincuenta y tres y 34/100 soles (S/ 61,937,453.34).

Tabla 6
Cálculo de la multa base
(En soles)

Año	Multa Base Amauta-El Comercio
2011	9,069,150.16
2012	12,633,749.28
2013	13,226,344.98
2014	11,200,017.94
2015	8,104,709.69
2016	7,703,481.30
Total (S/)	61,937,453.34

Fuente: Información presentada por las empresas investigadas
Elaboración: ST-SDC

325. Finalmente, se debe considerar la gravedad de la conducta sancionada, a efectos de corroborar que las multas calculadas no superen los límites establecidos en el artículo 43.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

326. Sobre el particular, la Sala coincide con la Comisión en que la conducta anticompetitiva cometida por las empresas imputadas es muy grave, en

atención a los siguientes criterios: (i) se trató de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto de mercado, la cual es especialmente perniciosa para el proceso competitivo y por ello está sujeta a una prohibición absoluta; (ii) la dimensión del mercado afectado, la cual en el presente caso ha sido significativa, al tratarse de una conducta llevada a cabo a nivel nacional; y, (iii) la duración de la restricción de la competencia, debido a que la conducta antijurídica investigada se implementó durante varios años, desde 2011 a 2016¹¹⁷.

327. En atención a ello, según los estados financieros de los agentes económicos al cierre del año 2019 (los cuales obran en el expediente)¹¹⁸, se verifica que el valor de la multa calculada en la Tabla 6 no supera el 12% de los ingresos brutos de las recurrentes.

328. Por lo tanto, la multa finalmente aplicable a Amauta – El Comercio se detalla a continuación y asciende a un total de catorce mil cuatrocientos cuatro y 06/100 (14,404.06) UIT¹¹⁹.

Tabla 7
Multa final aplicable

Año	Multa Base (UIT) Amauta-El Comercio
2011	2,109.10
2012	2,938.08
2013	3,075.89
2014	2,604.66
2015	1,884.82
2016	1,791.51
Total UIT	14,404.06

Fuente: Información presentada por las empresas investigadas
Elaboración: ST-SDC

329. Es importante señalar que, con la finalidad de cumplir la función disuasiva de la multa, en el presente caso se llevó a cabo una aproximación del beneficio ilícito derivado del reparto clientes acordado por las empresas involucradas en el mercado de impresiones nacional. Por consiguiente, esta estimación es pertinente exclusivamente para efectos de la graduación

¹¹⁷ Un análisis similar se efectuó en un caso previo de alcance nacional (ver Resolución 508-2017/SDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2017).

¹¹⁸ Para estos efectos, se sumó la información de Amauta del año 2018 (ver foja 841 del Expediente) y de la Empresa Editora El Comercio S. A. al 2019, según se señala en el siguiente enlace: <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/EEFF%20Consolidado%202019.pdf> (Fecha de último acceso: 26 de febrero de 2021).

¹¹⁹ Corresponde al valor de la UIT para 2020, pues en dicho año se emitió la Resolución Final que impuso la sanción que ha sido materia de revisión en este pronunciamiento.



de la sanción aplicable (bajo los parámetros de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas) y responde a las características propias de la conducta anticompetitiva, a partir de la mejor información disponible en el expediente.

III.3. Sobre las sanciones aplicables a las personas naturales

330. La imposición de sanciones a las personas naturales que participan de una conducta anticompetitiva tiene una doble finalidad: (i) que asuman las consecuencias de participar en una práctica ilegal y no pretendan escudarse en la ficción de la persona jurídica¹²⁰; y, (ii) desincentivar que otras personas naturales se involucren en este tipo de conductas a futuro¹²¹.

331. La multa y la metodología empleada por la Comisión para graduar la sanción aplicable a las personas naturales fue cuestionada por el señor Isasi. Dicho administrado criticó los factores empleados por la primera instancia para el cálculo de multas, pues sus alcances y análisis serían cuestionables, en la medida de que no existía un sustento probatorio o técnico que justificara la aplicación de tales factores. Asimismo, el señor Isasi alegó que no se había identificado de manera clara la fuente estadística o económica real, ni el origen legal de las fórmulas empleadas para dicha cuantificación.

332. En particular, sobre los tres factores utilizados por la primera instancia, el señor Pedro Isasi manifestó lo siguiente:

- Respecto del primer factor (referido a la afectación al mercado), el monto utilizado por la Comisión se encontraría distorsionado, pues dicho factor sería resultado de especulaciones sin sustento probatorio. A criterio de dicho recurrente, sin una explicación de por medio, la Comisión asumió que debía emplearse el supuesto mayor ingreso percibido por una de las personas jurídicas involucradas en

¹²⁰ Cabe recordar que toda persona jurídica implica una ficción, pues no tiene existencia propia en la realidad. 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 ejercen la dirección, gestión o representación respectiva.

¹²¹ Al respecto, se ha señalado que, "(...) 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 un desincentivo adecuado. Las empresas se involucran en carteles a través de la conducta de sus representantes que son personas naturales. Las sanciones impuestas a individuos pueden por lo tanto complementar las multas impuestas a corporaciones/empresas y mejorar el desincentivo."

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.



un solo año (2011), a pesar de que no en todos los años investigados existirían los mismos beneficios ilícitos.

- Respecto al segundo y tercer factor (referidos a la responsabilidad del imputado en la empresa y su grado de participación en la práctica), llama la atención que la Comisión haya indicado que “usualmente” una persona con mayor rango en una empresa involucrada en una conducta anticompetitiva tendría más poder de decisión en la implementación de dicha conducta. El apelante afirmó que no hay una certeza respecto a la referida afirmación, pues la Comisión asumió que el apelante habría tenido poder de decisión sobre los hechos que se le imputan, sin tomar en cuenta que los acuerdos y las actuaciones de una persona jurídica pudieron ser adoptados por numerosos representantes o apoderados. En ese sentido, la Comisión habría concluido que el apelante era la única persona que pudo adoptar los acuerdos anticompetitivos en nombre de Quad Graphics, desconociendo el rol de otros representantes y sin contar con medios probatorios que acrediten su supuesta participación en la conducta.
333. Al respecto, es importante señalar que la metodología utilizada por la Comisión para determinar las sanciones aplicables a las personas naturales no constituye una creación arbitraria para este caso específico, pues ha sido empleada y corroborada por la Sala en diversos procedimientos anteriores (ver Resoluciones 0190-2018/SDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2018 y 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019).
334. De acuerdo con esta metodología, la multa a las personas naturales que sean parte de una conducta anticompetitiva es determinada en función a criterios objetivos y cuantificables, los cuales están asociados a tres factores que se expresan en un puntaje asignado a cada persona: (i) el nivel de afectación que se generó al mercado desde la empresa en la cual trabajó una persona investigada, (ii) su responsabilidad en la empresa, lo cual está asociado a su cargo; y, (iii) su grado de participación en la conducta, considerando si fue parte del planeamiento, realización y/o ejecución.
335. En cuanto a la afectación al mercado, la Sala considera que dicho factor busca tomar en cuenta el impacto de la infracción imputada sobre el bien jurídico protegido: la libre competencia en el mercado. Cabe resaltar que las personas naturales infractoras participaron directamente en la adopción de la conducta anticompetitiva e hicieron posible que las personas jurídicas cuya representación, dirección o gestión ejercieron, generen dicha afectación al mercado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

336. Lo antes señalado resulta coherente con el objeto de la sanción a imponer, pues penaliza de forma más intensa (mediante el empleo de los índices más elevados) a aquellas personas naturales que participaron en los períodos de mayor afectación, lo que se ve reflejado en la respectiva proporción de la multa correspondiente al agente económico en el cual las personas naturales realizaron tales actividades.
337. De esta manera, la afectación al mercado se estima considerando un elemento objetivo que está sustentado en la sanción calculada para los agentes económicos involucrados, la cual ha sido graduada en función a la información económica existente en el expediente sobre las operaciones efectuadas con los clientes objeto de la conducta investigada (reparto de clientes), durante los años en los cuales las correspondientes personas naturales ejercieron sus actividades en las empresas infractoras y formaron parte de la realización y ejecución de la práctica anticompetitiva.
338. Para la estimación de dicho factor, la Comisión efectuó una indexación simple, atribuyendo al año durante el cual un agente económico generó la mayor afectación al mercado (reflejada en la multa atribuible más alta), un valor igual a 1, mientras que la afectación producida durante el resto de los años por cada empresa fue representada mediante una proporción del valor antes indicado. En el presente caso, el momento de mayor afectación ocurrió en el año 2011 y es imputable a Quad Graphics, siendo que la multa atribuible por este año hubiera ascendido a S/ 18,481,389.80.
339. La Sala considera adecuada y razonable la estimación efectuada para construir este primer factor, pues no deriva de especulaciones, sino de las evidencias existentes a nivel probatorio sobre los efectos generados por cada empresa, y correlativamente, por las personas naturales imputadas que participaron en la respectiva conducta anticompetitiva, en ejercicio de sus actividades dentro de tales agentes económicos.
340. A diferencia de lo señalado por el apelante, si bien la Comisión consideró la mayor afectación de una empresa (Quad Graphics) para establecer el indicador de referencia (indicador base), esto no implica que haya asumido que durante todos los años de la conducta anticompetitiva se obtuvieron los mismos beneficios. Es importante remarcar que en los demás años se aplicó un índice que refleja una proporción de dicho indicador base, considerando -en efecto- los beneficios ilícitos propios de cada año y empresa.
341. En la medida que este primer factor sí tendría sustento y no estaría distorsionado, corresponde desestimar lo alegado por el recurrente al respecto.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

342. En cuanto al segundo y tercer factor, el señor Isasi cuestionó que la Comisión asumiera que, por el hecho de ser Gerente General, su persona habría contado con mayor poder de decisión.
343. Sobre este punto, corresponde indicar que el segundo factor (responsabilidad en la empresa) responde al funcionamiento regular de las organizaciones, pues resulta evidente que las personas con altos cargos y responsabilidades tengan una mayor incidencia en los actos de la empresa. Esto último se debe a que dichas personas cuentan con más influencia y sus comportamientos tienen un alcance más amplio y determinante.
344. Lo antes señalado es perfectamente trasladable al desarrollo de actos ilícitos en los cuales dichas personas hayan participado, pues sus acciones producirán efectos más relevantes para el desarrollo de la conducta antijurídica evaluada (en este caso, un acto anticompetitivo).
345. Ello no implica desconocer la existencia de otras personas que también pudieron haber participado en la conducta investigada, pero tal hecho no releva de responsabilidad a las personas naturales imputadas ni desvirtúa la relevancia de su posición en las respectivas empresas a fin de estimar el grado reproche de su comportamiento (reflejado en la sanción aplicable).
346. Este análisis considera la situación y conducta de cada imputado y no significa que el señor Isasi haya sido la única persona que pudo participar en los acuerdos anticompetitivos dentro de Quad Graphics. Sin embargo, dicha alegación no desvirtúa la posición del recurrente en la referida empresa ni el consiguiente impacto de su proceder antijurídico para la ejecución y realización de la conducta investigada.
347. De otro lado, el señor Isasi alegó que el monto de los ingresos percibidos por una persona natural no puede implicar *per se* alguna relación directamente proporcional con el supuesto grado de participación, pues ello significaría aplicar una lógica de *“a mayor cantidad de ingresos, mayor participación en la práctica anticompetitiva”*.
348. La Sala considera importante destacar que los ingresos de las personas naturales, a diferencia de los ingresos percibidos por las personas jurídicas, no se emplean con la finalidad de determinar el beneficio ilícito que pudieran haber obtenido al participar en una conducta anticompetitiva. Por el contrario, como correctamente lo señaló la primera instancia, estos ingresos sirven para estimar el nivel responsabilidad de las personas naturales imputadas en la toma de decisiones dentro de la compañía y -en particular- en el marco de la práctica colusoria.



349. Dicho razonamiento ha sido recogido en un pronunciamiento anterior¹²² y resulta lógico, pues una mayor remuneración es un elemento adecuado que permite reflejar el rango y jerarquía de las diversas personas dentro de una organización con fines de lucro (como lo son, en este caso, los agentes económicos involucrados).
350. Para el cálculo de este factor, corresponde hacer una indexación de los ingresos de las personas naturales por empresa y por año. Dentro de cada agente económico, se asignó un puntaje de 1 a la persona con el mayor ingreso y al resto de personas naturales imputadas se les otorgó un puntaje en proporción a su propio ingreso, el cual será menor o igual a 1.
351. En el presente caso, a las personas naturales que ostentaron los cargos más elevados (como, por ejemplo, Pedro Isasi y Cesar Pardo Figueroa, ambos Gerentes Generales) se les atribuyó un mayor puntaje en este factor (1), sin perjuicio de sus ingresos. En ese sentido, contrariamente a lo alegado por el recurrente, el factor a considerar ha sido el cargo ejercido por su persona, de manera que los valores más altos aplicados al señor Isasi no sustentaron exclusivamente en su sueldo.
352. Por su parte, quienes ostentaban puestos sujetos a una mayor subordinación, tienen puntajes menores, pues su posición dentro de la jerarquía de la empresa respectiva implicaba que sus actos tuvieran un menor alcance e impacto, en la medida que su conducta se encontraba influida por los actos y decisiones de aquellas personas con mayor nivel de responsabilidad (como el señor Isasi).
353. Bajo dicha premisa, al señor Radovic se le asignó un puntaje de 0.29, quien tenía un nivel de responsabilidad menor (Gerente de Ventas Internacionales) y esto se ve reflejado en su correlativo menor sueldo.
354. Respecto al tercer factor, corresponde indicar que está orientado a reflejar el nivel de participación de las personas naturales infractoras en la conducta colusoria.
355. La diferenciación entre el segundo y tercer factor puede explicarse mediante el siguiente ejemplo hipotético: dos gerentes comerciales perciben una remuneración similar por la naturaleza de su cargo y tienen la responsabilidad de ejecutar determinadas políticas de una empresa y monitorear sus ventas; sin embargo, existiría evidencia de que solo uno de ellos estuvo involucrado en la planificación de la conducta, mientras que el otro brindó una colaboración menos activa y su participación fue focalizada a la realización de ciertas acciones concretas.

¹²² Ver Resolución 0157-2019/SDC-INDECOPI.

356. Por consiguiente, resulta atendible aplicar un índice más elevado para la determinación del tercer factor (que puede ser de 1.00, 1.20 y 1.50), a quien evidencie un mayor nivel de participación. Esto es acorde con los criterios legales establecidos para dicha clase de infracciones, que incluyen como un elemento de evaluación a la participación de la respectiva persona natural en la práctica colusoria.
357. En el caso del señor Isasi, al haber participado activamente en la realización y ejecución del reparto de clientes, le correspondía correctamente un puntaje de 1.20 (puntaje que también fue asignado al señor Radovic).
358. Conforme a todo lo antes señalado, se concluye que los tres factores de graduación empleados por la primera instancia para determinar la multa aplicable a las personas naturales infractoras tienen sustento en aspectos vinculados a hechos probados en el expediente analizado y cuentan con base económica y jurídica.
359. Tomando en consideración lo expuesto, esta Sala considera que los puntajes para cada uno de los factores analizados son los siguientes:

Tabla 8
Índice de afectación al mercado para los señores Pedro Isasi y Mirko Radovic, en función de la multa indexada por año de Quad Graphics (primer factor)

Persona Natural	Empresa	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Pedro Isasi	Quad Graphics	1.00	0.98	0.93	0.77	0.73	0.61
Mirko Radovic							

Fuente: información de ventas entregada por las empresas

Elaboración: ST-SDC

Tabla 9¹²³
Índice de responsabilidad por año (segundo factor¹²⁴)

Persona Natural	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Pedro Isasi	1.00	1.00	1.00	1.00	1.00	0.42
Mirko Radovic	0.00	0.00	0.29	0.24	0.00	0.00

Fuente: información de ingresos de personas naturales entregada por Quad Graphics.

Elaboración: ST-SDC

¹²³ La información de ingresos de los señores Mirko Radovic y Pedro Isasi ha sido declarada confidencial por la Comisión mediante Resolución 011-2020/CLC-INDECOPI y Resolución 010-2020/CLC-INDECOPI, respectivamente, del 20 de mayo de 2020.

¹²⁴ En el caso del señor Pedro Isasi, para el año 2016, su responsabilidad se calcula en base a los 5 meses del año que laboró en Quad Graphics, pues abandonó la empresa en mayo de dicho año.



Tabla 10
Participación en la conducta por año (tercer factor)

Persona Natural	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Pedro Isasi	1.20	1.20	1.20	1.20	1.20	1.20
Mirko Radović	0.00	0.00	1.20	1.20	0.00	0.00

Fuente: determinación de responsabilidad de cada persona natural realizada en la sección III.1.3 de la presente Resolución

Elaboración: ST-SDC

360. Luego de calcular los factores de graduación de la sanción, para obtener el monto de la multa base aplicable a cada una de las personas naturales, la Comisión procedió a multiplicar los tres factores por cada año, para luego sumar los índices resultantes para todo el período infractor, obteniendo un puntaje total. Este último resultado fue comparado con un puntaje de referencia contrafactual.
361. Para tales efectos, la Comisión tomó como punto de referencia hipotético el puntaje máximo obtenido por las personas naturales imputadas en cada año, obteniendo un puntaje de 7.53 y a partir de dicho nivel se procedió a determinar la multa para el resto de las personas naturales de forma proporcional, a través de una regla de tres simple.
362. Sobre el particular, la Sala discrepa sobre el puntaje de referencia contrafactual empleado por la Comisión, pues este contrafactual debe considerar un escenario hipotético, que no necesariamente coincidirá con un escenario realmente ocurrido.
363. De acuerdo con lo expuesto en anteriores pronunciamientos¹²⁵, el escenario contrafactual debe contemplar la situación más grave en la cual podría encontrarse una persona natural infractora, la cual ostentaría el nivel más alto de responsabilidad en la empresa que habría causado la mayor afectación al mercado en cada año y que habría tenido un rol activo en la planificación durante todo el período investigado. Bajo dicho escenario, el puntaje de referencia contrafactual en este caso asciende a 9¹²⁶ y sería equivalente a la multa tope de 100 UIT.
364. Considerando este puntaje de referencia contrafactual ajustado y los puntajes totales correspondientes a cada persona natural apelante

¹²⁵ Resolución 0157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019 y la Resolución 0138-2020/SDC-INDECOPI del 30 de octubre del 2020.

¹²⁶ Este puntaje se obtiene de multiplicar los más altos puntajes posibles de los tres factores: $1 * 1 * 1.5 = 1.5$ y este monto se sumará por cada año que duró la conducta (6 años). Por lo tanto $1.5 + 1.5 + 1.5 + 1.5 + 1.5 + 1.5 = 9$

(calculados en función de la sumatoria de los puntajes obtenidos por cada uno de los años¹²⁷), se aprecian los siguientes resultados:

Tabla 11
Puntaje total de personas naturales

Persona Natural	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Puntaje Total
Contrafactual	1.50	1.50	1.50	1.50	1.50	1.50	9.00
Pedro Isasi	1.20	1.18	1.12	0.92	0.88	0.31	5.59(*)
Mirko Radovic	0.00	0.00	0.33	0.22	0.00	0.00	0.55

Nota: (*) Cabe señalar que los puntajes anuales por cada imputado han sido redondeados a dos decimales. Por ende, si bien la suma de tales cifras ascendería a 5.61, es importante precisar que la suma de los puntajes específicos da como resultado 5.59.

Fuente: Información presentada por las empresas investigadas

Elaboración: ST-SDC

365. Como se ha señalado, para el cálculo de las multas de cada persona natural se utiliza una regla de tres simple, en función a su respectivo puntaje total (consignado en el numeral anterior) y tomando como base el puntaje de referencia contrafactual (9) con su multa equivalente (100 UIT). En consecuencia, lo antes indicado da como resultado las multas base que se presentan a continuación:

Tabla 12
Multas base de las personas naturales apelantes

Persona Natural	Puntaje Total	Multa Base UIT
Contrafactual	9.00	100.00
Pedro Isasi	5.59	62.17
Mirko Radovic	0.55	6.07

Fuente: Información presentada por las empresas investigadas

Elaboración: ST-SDC

366. El señor Isasi solicitó que se aplique como límite para la imposición de la sanción, los porcentajes de ingresos previstos en el artículo 46.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Ello permitiría considerar el contexto existente, pues en la actualidad, dicho recurrente se encontraría en una difícil situación personal y económica.

367. Sobre el particular, corresponde indicar que el marco legal aplicable para el cálculo de la sanción para las personas naturales está contemplado en el artículo 46.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Dicha norma establece como único límite la cantidad de cien (100) UIT y no un tope en función a los ingresos percibidos por dicha persona (el cual sí se encuentra previsto para las personas jurídicas, conforme a lo

¹²⁷ Cabe señalar que dicho cálculo se llevó a cabo de forma similar a lo indicado en el numeral 360 de la presente resolución, debido a que resulta acorde a la metodología propuesta por esta Sala.

establecido en el artículo 46.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas).

368. Por lo tanto, en un pronunciamiento anterior¹²⁸, la Sala señaló que los límites previstos en el artículo 46.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas son únicamente aplicables a la graduación de la sanción de los agentes económicos infractores, mas no a las personas naturales involucradas en la planificación, realización y/o ejecución de la conducta.
369. Con relación a lo alegado por el señor Isasi, referido a que se encontraría en una difícil situación económica debido a la existencia de procesos en su contra seguidos ante el Poder Judicial, corresponde indicar que la normativa aplicable no contempla como atenuante la situación alegada por el recurrente. Sin perjuicio de lo antes señalado, esta Sala considera que dicha circunstancia personal y particular del señor Isasi: (i) no constituye un elemento que disminuya su responsabilidad ni el grado de reproche de su conducta; y, (ii) tampoco se aprecia que el contexto invocado por el señor Isasi dé cuenta de alguna mitigación de los efectos de su conducta.
370. En consecuencia, no existen elementos para acoger el argumento antes expuesto y aplicar el presunto factor atenuante invocado por el señor Isasi.
371. Por todo lo indicado, esta Sala determina que las multas para las personas naturales investigadas quedan de la siguiente forma:

Tabla 13
Multas aplicables a las personas naturales apelantes

Persona Natural	Multa Base UIT
Pedro Isasi	62.17
Mirko Radović	6.07

Fuente: Información presentada por las empresas investigadas
Elaboración: ST-SDC

III.4. Sobre las medidas correctivas

372. La finalidad de las normas que tutelan la libre competencia es la protección del funcionamiento eficiente del proceso competitivo (como un mecanismo para lograr el bienestar de los consumidores¹²⁹). En tal sentido, la actuación de la autoridad de competencia no puede estar orientada únicamente a

¹²⁸ Ver Resolución 0190-2018/SDC-INDECOPI.

¹²⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

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



identificar y sancionar las conductas anticompetitivas, sino también a corregir las distorsiones que producen o pueden producir dichas prácticas en el mercado.

373. Bajo la premisa antes expuesta, se evaluará la medida correctiva establecida por la primera instancia, a fin de atender los cuestionamientos planteados por las partes y determinar si resulta necesario modificar o precisar lo ordenado a Amauta – El Comercio.

III.4.1 Medida correctiva ordenada en el presente procedimiento

374. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 46 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Comisión tiene la facultad de dictar una serie de medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, dentro de las que se incluye -de forma enunciativa- el cese o la realización de determinadas actividades¹³⁰.

375. En ejercicio de dicha potestad legal, la primera instancia ordenó a Amauta – El Comercio que implementaran un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia (en adelante Programa de Cumplimiento), con el objetivo de contrarrestar aquellas condiciones que promovieron o permitieron la comisión de la conducta analizada y, además, evitar su reiteración.

376. A continuación, se precisan -de forma resumida- aquellas características señaladas en la Resolución Final¹³¹ que, como mínimo, debe contener el Programa de Cumplimiento antes aludido:

CAPACITACIÓN EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA	Duración del programa de cumplimiento: 3 años
	Capacitaciones dictadas de manera presencial por un especialista en libre competencia o una universidad de prestigio y con una duración no menor a veinte (20) horas. En atención a la emergencia sanitaria por la pandemia del Covid-19, se podrán dictar las capacitaciones de manera virtual durante el primer año. Para ello, se deberá privilegiar que las clases virtuales se realicen con transmisiones en vivo que permitan la interacción de los participantes con los expositores.

¹³⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 46.- Medidas correctivas.-

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones; (...)

Cabe señalar que en el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (aprobado por Decreto Supremo 030-2019-JUS), las medidas correctivas a aplicar se encuentran recogidas en el artículo 49 de dicha norma e incluyen las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1396.

¹³¹ Para mayor detalle sobre los alcances de la medida correctiva ordenada, ver el acápite VII de la Resolución Final. 107/119



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

	<p>Las capacitaciones deberán abordar, como mínimo, la explicación de las reglas generales establecidas en la normativa vigente en materia de libre competencia, así como una explicación sobre el contenido de la Resolución Final y otros casos de libre competencia. Después de cada capacitación se realizará una evaluación escrita a los participantes, quienes también deberán firmar una carta que exprese que: (i) han leído, entienden y se comprometen a acatar las normas de libre competencia; y, (ii) no han tomado conocimiento de alguna violación a la normativa de libre competencia y, si lo hicieran, reportarán al Oficial de Cumplimiento.</p> <p>La capacitación debe estar dirigida al personal que participe en el diseño, ejecución o supervisión de la política comercial de la empresa. La primera de estas capacitaciones deberá ser realizada en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles contados luego de la aprobación del programa de capacitación por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión. Las demás capacitaciones se llevarán a cabo en los dos (2) años siguientes y en un período no mayor a un (1) año contado desde la última capacitación.</p>
<p>DESIGNACIÓN DE UN OFICIAL DE CUMPLIMIENTO</p>	<p>No podrá tener relación con los Gerentes Generales o Directivos de la empresa hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o haber sido abogado, asesor o representante legal de la empresa en los últimos 5 años.</p>
	<p>Podrá requerir cualquier tipo de información a la empresa o a sus representantes, cuando haya sospecha de una práctica anticompetitiva.</p>
	<p>Podrá realizar entrevistas sin previo aviso a funcionarios, directivos o gerentes de la empresa.</p>
	<p>La empresa le reportará sus políticas y decisiones de precios, inmediatamente después de implementarlas.</p>
	<p>Los directivos, gerentes o funcionarios le deberán informar con 3 días de anticipación, en caso vaya a existir una reunión con un funcionario de la competencia. A dicha reunión podrá asistir el Oficial de Cumplimiento.</p>
	<p>La empresa deberá informar a los empleados, proveedores y clientes que pueden reportar ante el Oficial de Cumplimiento -de manera confidencial- cualquier indicio de violación a la normativa de libre competencia. De darse el caso, dicho oficial comunicará ello a la Gerencia General de la empresa y a la Secretaría Técnica de la Comisión. Posteriormente, la empresa deberá informar a la Secretaría Técnica sobre las acciones implementadas al respecto.</p> <p>La Secretaría Técnica de la Comisión podrá solicitar a la empresa la remoción del Oficial de Cumplimiento y la designación de uno nuevo, en caso considere que dicha persona no está cumpliendo debidamente sus funciones.</p>
<p>AUDITORÍA</p>	<p>La empresa propondrá una consultora (persona jurídica) especialista en identificación de riesgos y con experiencia en libre competencia.</p>
	<p>El Gerente General, los directores o personas a cargo de la consultora propuesta no podrán tener relación con los Gerentes Generales o Directivos de la empresa hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.</p>
	<p>La consultora elaborará un reporte sobre la actualización en la identificación de riesgos y los mecanismos para su mitigación, los cuales serán comunicados: (i) al Gerente General de la empresa, para que disponga su implementación; (ii) al oficial de cumplimiento, para su supervisión; y, (iii) a la Secretaría Técnica de la Comisión.</p>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

	La implementación de las medidas necesarias para la mitigación y revisión de riesgos será reportada por el Gerente General a la Secretaría Técnica de la Comisión. El procedimiento de identificación, evaluación, mitigación y revisión de riesgos se repetirá, una vez al año, por los 2 años siguientes.
--	---

Fuente: Acápites VII Medidas Correctivas de la Resolución Final
Elaboración: ST-SDC

III.4.2 Análisis de los argumentos planteados por las partes respecto de la medida correctiva dictada en primera instancia

377. En apelación, Amauta - El Comercio han cuestionado determinados aspectos del Programa de Cumplimiento dictado por la Comisión en calidad de medida correctiva. Por tanto, se han presentado alegatos contra algunas características de las capacitaciones exigidas y contra las reglas para la designación del oficial de cumplimiento. En tal sentido, el análisis de la Sala se centrará en tales elementos expresamente objetados ante esta instancia.

A. Sobre las capacitaciones

378. En apelación, Amauta - El Comercio alegaron que las capacitaciones podrían impartirse en modalidad mixta (es decir, semipresenciales) y no estar sujetas a un mínimo de horas. Al respecto, las recurrentes manifiestan que sus funcionarios han tenido una capacitación previa en materia de libre competencia y cuentan con los conocimientos respectivos, por lo que no sería necesaria una capacitación presencial de veinte (20) horas. Asimismo, en anteriores pronunciamientos (Resoluciones 100-2017/CLC-INDECOPI y 99-2017/CLC-INDECOPI), la primera instancia no había indicado un número mínimo de horas.

379. Sobre el particular, es importante resaltar que en la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019, se estableció que correspondía precisar la Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI, señalando que las capacitaciones debían tener una duración mínima de cuarenta y ocho (48) horas.

380. Por otra parte, mediante Resolución 225-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019, la Sala también consideró pertinente precisar el mandato contenido en la Resolución 99-2017/CLC-INDECOPI, indicando que -en dicho caso en particular- las capacitaciones debían tener una duración mínima de veinticuatro (24) horas.

381. Como se observa, en última instancia, la autoridad sí ha establecido un número mínimo de horas para las capacitaciones a dictarse en el marco de los programas de cumplimiento. Ello resulta importante para ponderar de forma objetiva la extensión e intensidad que tendrán tales capacitaciones,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

lo cual coadyuvará a la efectividad de la medida correctiva ordenada. Este número mínimo de horas es un elemento que permite medir el período que los funcionarios participantes tendrán que dedicar a esta capacitación y la amplitud con la que se podrán tocar los temas relevantes a ser impartidos.

382. La empresa recurrente manifiesta que habría dictado una capacitación en materia de libre competencia a los recurrentes, por lo que correspondería una reducción de las horas de la capacitación ordenada.
383. El mandato de la Comisión consistió en que Amauta - El Comercio lleven a cabo tres capacitaciones, a razón de una por cada año de la medida correctiva, con una duración de veinte (20) horas. Cabe señalar que en dichas capacitaciones se explicarán las reglas generales establecidas en la normativa vigente en materia de libre competencia, así como el contenido de la Resolución Final y otros casos de libre competencia.
384. Teniendo en cuenta que en la Resolución Final se precisan características mínimas de la medida correctiva dictada, resulta razonable que la autoridad señale la extensión cronológica que sea necesaria para el normal desarrollo de los temas a impartirse. Por ende, el hecho de que haya existido una capacitación anterior no es un elemento que justifique una reducción en las horas de estudio establecidas, pues ello podría afectar el desenvolvimiento de tales capacitaciones, las cuales deben brindar los mismos elementos conceptuales y prácticos elementales a todos sus participantes, al margen de que -por su experiencia o formación académica- algunas personas hayan accedido previamente a cierta información sobre dichos temas. Esto es especialmente relevante, considerando que se trata de una capacitación que se dictará anualmente por un período de tres (3) años.
385. De acuerdo con la extensión e importancia de los temas a abordar, la Sala considera que estas capacitaciones deberían contar con una extensión mínima de veinticuatro (24) horas¹³². Sin embargo, en la medida que no se puede agravar la situación de las apelantes (interdicción de la reforma en peor), corresponde únicamente desestimar los argumentos de las recurrentes y confirmar este extremo de la medida correctiva.
386. De otro lado, Amauta - El Comercio solicitaron que esta Sala precise que las capacitaciones sean dictadas de manera "mixta", es decir, bajo una modalidad semipresencial. A criterio de las recurrentes, lo antes indicado permitiría otorgar una mayor eficacia en las capacitaciones, asegurando su calidad.

¹³² Ello, de forma similar a lo establecido en la Resolución 225-2019/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

387. Sobre el particular, la Sala considera que el reforzamiento del aprendizaje buscado en las capacitaciones ordenadas requiere un grado de involucramiento tangible de los participantes en las sesiones respectivas. Por consiguiente, resulta importante la interacción entre las personas sujetas a la capacitación y los instructores, pues ello permitirá absolver dudas a tiempo real, tener una enseñanza que se ajuste de mejor manera a la experiencia e interrogantes del grupo capacitado, y que puedan concretizarse determinados temas expuestos.
388. La existencia de medios de educación a distancia implementados en diversos programas educativos a nivel universitario (pregrado y postgrado), evidencian que la interacción antes referida puede generarse también a través de plataformas tecnológicas, que permitan una interacción visual, oral y escrita de forma simultánea entre los participantes y el instructor.
389. Por ende, resulta razonable permitir que las empresas recurrentes -en función a su organización empresarial y necesidades- puedan optar por realizar estas capacitaciones de forma presencial, virtual o semipresencial, siempre que se garantice la simultaneidad de la interacción y el cumplimiento de las demás características ordenadas por la autoridad¹³³. En caso las capacitaciones se realicen de forma virtual o semipresencial, las clases a distancia deberán efectuarse mediante sesiones en vivo que permitan la interacción antes señalada.

B. Sobre el Oficial de Cumplimiento

390. En su recurso de apelación, Amauta - El Comercio cuestionaron que, dentro de las incompatibilidades del Oficial de Cumplimiento, se encuentre el haber sido abogado, asesor o representante legal de las empresas. Al respecto, indicaron que su actual oficial de cumplimiento contaba con una posición en la estructura orgánica, lo cual permitiría que reporte directamente a los directivos del *holding* empresarial al que pertenecen, pues se trata del gerente legal de las empresas.
391. Sobre este punto, el Colegiado observa que la incompatibilidad cuestionada recae en el vínculo que podría existir entre las empresas sancionadas -sus órganos de dirección o de representación, así como sus abogados o asesores- y el eventual Oficial de Cumplimiento a designar.
392. Las condiciones impuestas como parte de una medida correctiva deben tener como objetivo lograr el cumplimiento de dicho mandato, el cual -en este caso- consiste en contrarrestar aquellas condiciones que promovieron o permitieron la realización de la conducta analizada.

¹³³ Al respecto, ver tabla consignada en el numeral 376 de la presente resolución.



393. Tomando en cuenta ello, las incompatibilidades vinculadas a la relación entre la empresa sancionada y el eventual Oficial de Cumplimiento a designar, encuentran sustento en la independencia e imparcialidad que se requiere para asegurar la eficacia de la medida ordenada. En efecto, las funciones del Oficial de Cumplimiento conllevan una labor objetiva, destinada a cumplir el propósito del Programa de Cumplimiento.
394. Conforme a lo señalado en casos anteriores en los cuales se dispuso medidas correctivas similares¹³⁴, la cercanía o afinidad entre la empresa sancionada y el eventual Oficial de Cumplimiento, así como el hecho de que este último haya prestado recientemente ciertos servicios profesionales o de asesoría legal al respectivo agente económico, podría incidir en el adecuado ejercicio de su labor.
395. De esta manera, se busca que el Oficial de Cumplimiento sea alguien ajeno a los funcionarios existentes en los respectivos agentes económicos, pues precisamente ellos -dentro de sus actividades- podrían estar tentados a incurrir en conductas contrarias a la competencia, lo cual incluye a los gerentes respectivos (tal como ocurrió en el presente caso).
396. En este contexto, la Sala encuentra que las incompatibilidades establecidas por la Comisión para ejercer la función de Oficial de Cumplimiento (en el marco del Programa de Cumplimiento ordenado) resultan razonables.
397. El hecho de que las recurrentes hayan designado previamente como oficial de cumplimiento a la persona que ocupa el cargo de Gerente Legal, no constituye una situación que condicione o delimite los alcances y reglas que establezca la Autoridad para el óptimo cumplimiento de la medida correctiva ordenada.
398. Por otra parte, este objetivo no podría verse enervado por un aspecto organizativo interno de las personas jurídicas infractoras (como, por ejemplo, que formen parte de un conglomerado empresarial). Asimismo, de acuerdo con la medida correctiva dictada por la Comisión, el Oficial de Cumplimiento reporta al Gerente General y a la Secretaría Técnica de la Comisión, siendo que, en cualquier caso, este Gerente General podrá trasladar lo informado a los directivos del conglomerado empresarial o a quien corresponda para tomar las medidas pertinentes.
399. Finalmente, ante esta instancia se ha hecho mención expresa de las credenciales profesionales y valores éticos de la persona que actualmente

¹³⁴ A manera de ejemplo, ver Resoluciones 157-2019/SDC-INDECOPI y 225-2019/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

ocupa el cargo de gerente legal de El Comercio y Amauta, quien funge en la actualidad de oficial de cumplimiento.

400. Al respecto, es importante indicar que el mandato de la autoridad en este punto no puede sustentarse en la evaluación de las cualidades de una persona en concreto, sino que corresponde establecer reglas generales y claras que -en abstracto- garanticen que las funciones del Oficial de Cumplimiento se efectúen en las mejores condiciones. Ello, más aún considerando que dicho cargo posteriormente podría ser ocupado por una persona diferente.
401. Por consiguiente, sin perjuicio de las características profesionales y éticas de la persona que actualmente ostenta el cargo de gerente legal de El Comercio y Amauta, los argumentos antes indicados sustentan la relevancia de garantizar que el Oficial de Cumplimiento sea una persona ajena a las decisiones empresariales y comerciales de los agentes económicos involucrados. Por lo antes expuesto, corresponde desestimar la alegación planteada por las apelantes en este extremo.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 en la parte que halló responsable al señor Pedro Isasi Rivero por su participación, durante el período comprendido entre enero de 2011 hasta mayo de 2016, en la realización y ejecución del reparto concertado de clientes en el mercado de impresiones comerciales a nivel nacional incurrido por Quad/Graphics Perú S.A. La conducta de la referida persona natural se encuentra tipificada en los artículos 2.1 y 43.3 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 en la parte que halló responsable al señor Mirko Radovic Barreto por su participación, durante el período comprendido entre febrero de 2013 hasta diciembre de 2014, en la realización y ejecución del reparto concertado de clientes en el mercado de impresiones comerciales a nivel nacional incurrido por Quad/Graphics Perú S.A. La conducta de la referida persona natural se encuentra tipificada en los artículos 2.1 y 43.3 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

TERCERO: confirmar la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 en la parte que sancionó a Empresa Editora El Comercio S.A.C. y Amauta Impresiones Comerciales S.A. con una multa ascendente a catorce mil cuatrocientos cuatro y 06/100 (14,404.06) Unidades Impositivas Tributarias.

CUARTO: modificar la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 en la parte que sancionó a los señores Pedro Isasi Rivero y Mirko Radovic



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

Barreto con multas de setenta y cuatro y 29/100 (74.29) y siete y 26/100 (7.26) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente; y, reformando dicho extremo, se imponen multas de sesenta y dos y 17/100 (62.17) y seis y 7/100 (6.07) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente.

QUINTO: confirmar la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020 en la parte que ordenó a Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. una medida correctiva consistente en la implementación de un programa de cumplimiento en los términos dictados por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, precisándose que las capacitaciones ordenadas podrán hacerse de forma presencial, virtual o semipresencial, siempre que se garantice la simultaneidad de la interacción y el cumplimiento de las demás características ordenadas por la autoridad, lo cual implica que las clases virtuales o semipresenciales deberán hacerse mediante sesiones en vivo.

SEXTO: requerir a Pedro Isasi Rivero y Mirko Radovic Barreto el cumplimiento espontáneo de las multas impuestas en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS¹³⁵, precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, José Francisco Martín Perla Anaya y José Enrique Palma Navea.



Firma Digital

Firmado digitalmente por HOOKER
ORTEGA Silvia Lorena FAU
2013840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23.03.2021 13:38:57 -05:00

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidenta

135

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS

Artículo 205.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

114/119

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

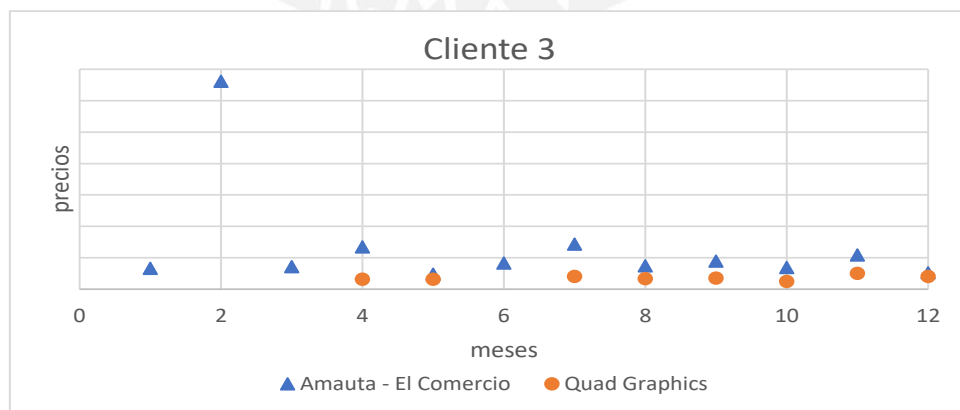
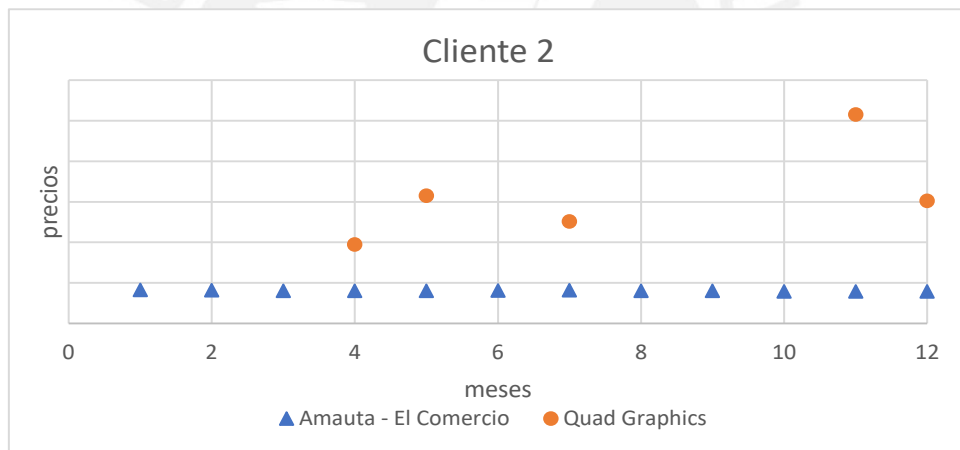
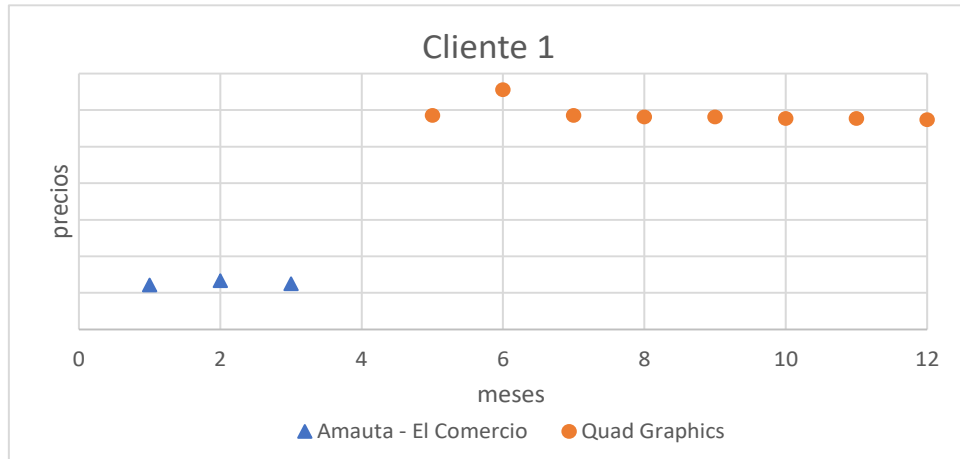
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

Anexo 1 Precios de Amauta- El Comercio y Quad Graphics

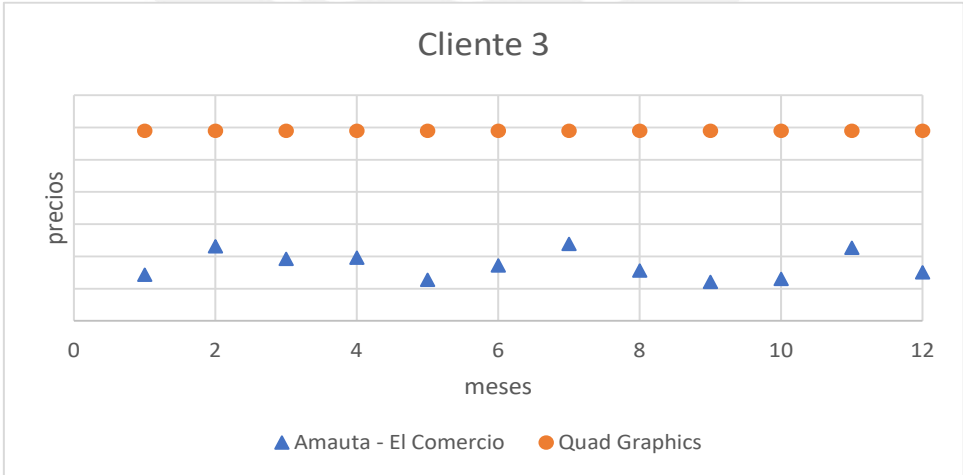
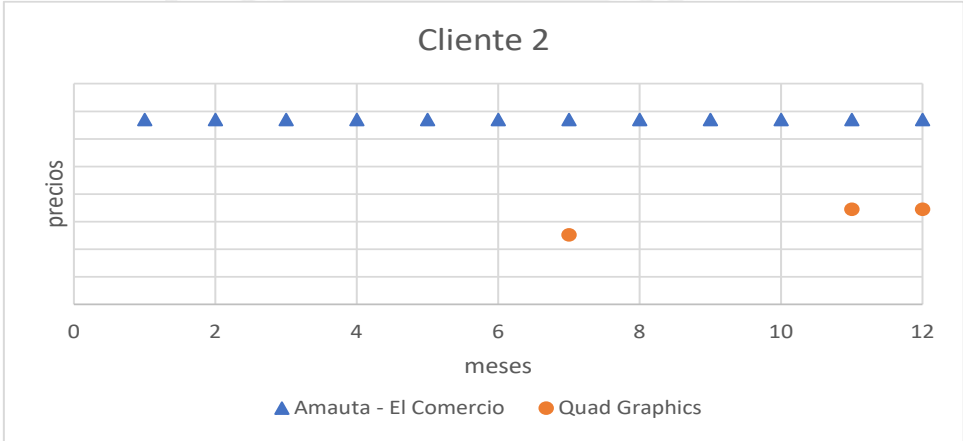
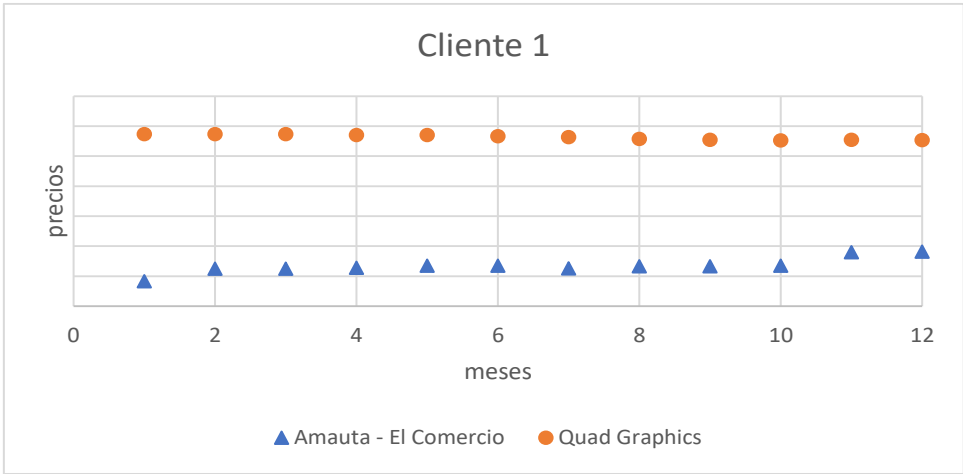
Año 2011



Fuente: Información presentada por Amauta- El Comercio y Quad Graphics
Elaboración: ST-SDC



Año 2012



Fuente: Información presentada por Amauta- El Comercio y Quad Graphics
Elaboración: ST-SDC



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

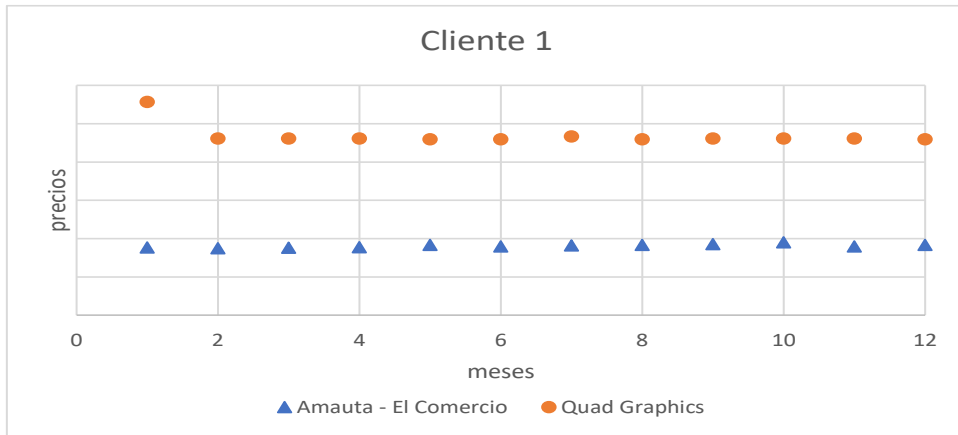
INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

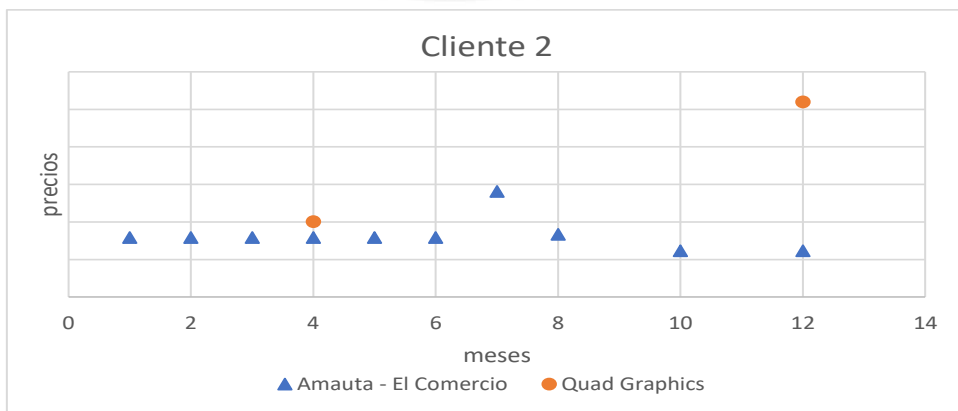
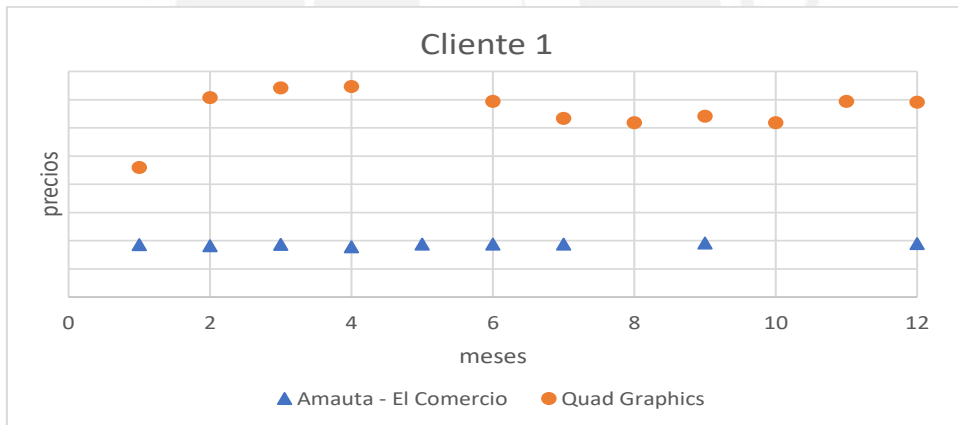
EXPEDIENTE 012-2018/CLC

Año 2013



Fuente: Información presentada por Amauta- El Comercio y Quad Graphics
Elaboración: ST-SDC

Año 2014



Fuente: Información presentada por Amauta- El Comercio y Quad Graphics
Elaboración: ST-SDC



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

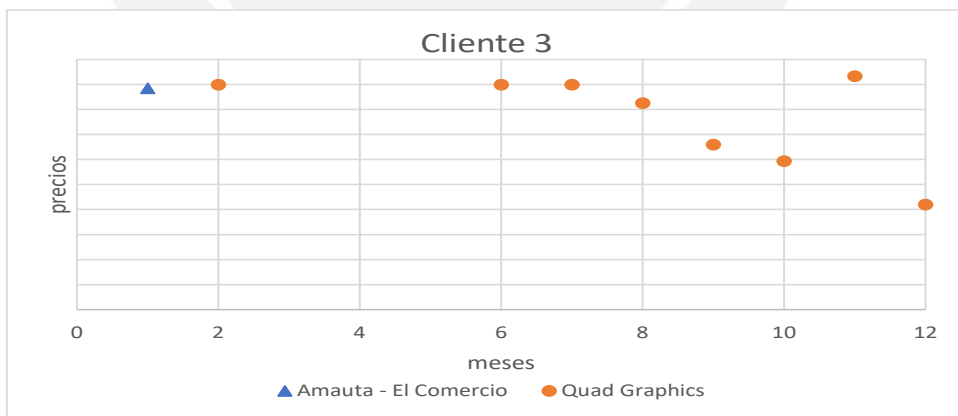
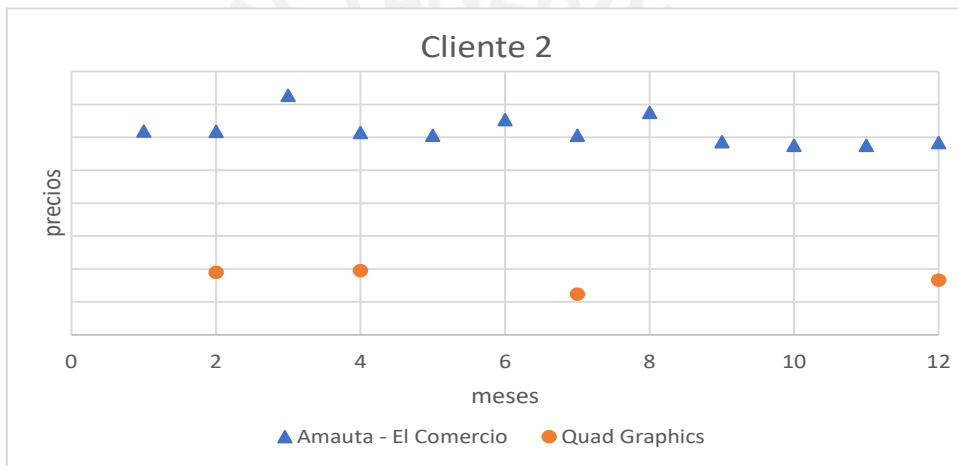
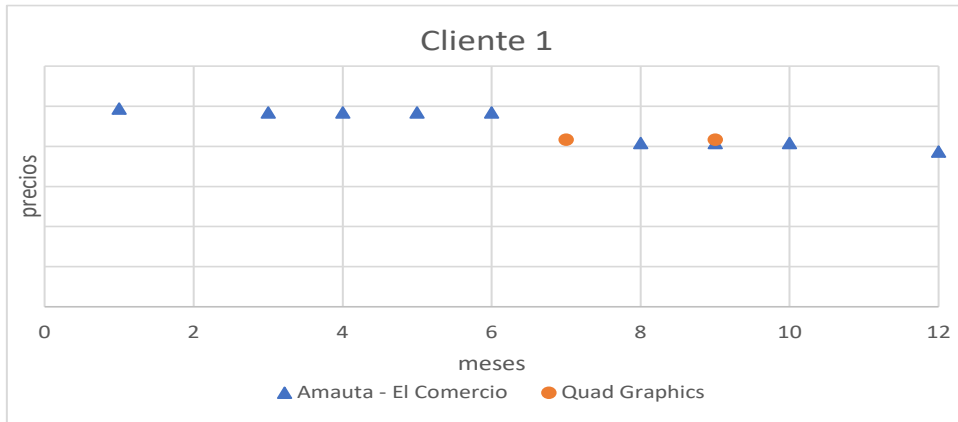
INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

Año 2015



Fuente: Información presentada por Amauta- El Comercio y Quad Graphics
Elaboración: ST-SDC



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

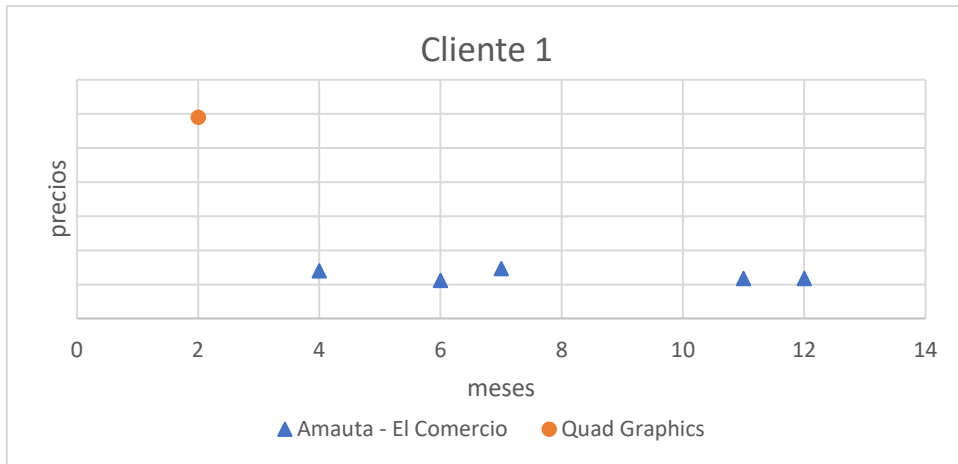
INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0037-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 012-2018/CLC

Año 2016



Fuente: Información presentada por Amauta- El Comercio y Quad Graphics
Elaboración: ST-SDC

