

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**“JUEGO LIMPIO: IMPLEMENTACIÓN DE UNA ESTRATEGIA DE COMPLIANCE PARA EVITAR LOS RIESGOS LEGALES EN LA COMISIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CATEGORY MANAGEMENT (CATMAN) PARA LAS EMPRESAS DE CONSUMO MASIVO”.**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA CON MENCIÓN EN GESTIÓN EMPRESARIAL**

**AUTOR**

**JHAN CARLO VENERO CAMPANA**

**ASESOR**

**HEBERT EDUARDO TASSANO VELAUCHAGA**

**LIMA – PERÚ**

**Junio, 2021**



Dedicado a mis abuelos: Matilde y Manuel,  
por su esfuerzo y templanza.

## Resumen

El derecho en la actualidad es objeto de una transformación lenta, pero sostenida: los abogados son valorados cada vez más en el ámbito preventivo tanto en el sector privado como el público. De esta forma, el presente trabajo de investigación plantea una solución a los diversos riesgos legales vinculados a la competencia en la celebración y ejecución del contrato de *category management* (CATMAN) desde un enfoque legal preventivo, toda vez que esta estrategia de *trademarketing* es un mecanismo exitoso para el mejoramiento de las ventas para los supermercados como para las empresas de consumo masivo; sin embargo, en su aplicación pueden darse situaciones vinculadas a riesgos legales entre competidores, riesgos legales entre distribuidores y supermercados, riesgos en el seno del área de ventas de la empresa que ejecuta el servicio de CATMAN, riesgos de incumplimiento normativo vinculado a faltas administrativas reguladas por el INDECOPI y riesgos reputacionales para la empresa.

De esta forma, se plantea que la implementación de una estrategia de *compliance* en materia de libre competencia es un mecanismo eficiente para regular los diversos riesgos legales antes mencionados en la celebración y ejecución del contrato de CATMAN, para tal fin los objetivos de la investigación son determinar la naturaleza contractual del CATMAN, identificar y describir los diversos riesgos legales derivados del contrato y finalmente el desarrollo de la estrategia de *compliance* para la empresa que brinda del servicio de la administración de la categoría. La investigación se apoya en los enfoques metodológicos del análisis de riesgos para identificar una solución a la problemática del CATMAN y en el enfoque del derecho comparado para entender la naturaleza de esta figura contractual importada del extranjero.

Finalmente, la conclusión de este trabajo ha demostrado que la aplicación de una estrategia de *compliance* es efectiva para administrar los riesgos de la libre competencia al momento de celebrar y ejecutar el contrato de CATMAN, pues permite al área legal o al oficial de cumplimiento ejecutar medidas que puedan hacer que el contrato se desarrolle con un control adecuado de las áreas *trademarketing*, *marketing* y ventas al ejecutar la estrategia comercial.

## ÍNDICE:

Resumen .....	1
Lista de tablas.....	4
INTRODUCCIÓN .....	5
CAPÍTULO I ESTADO DEL ARTE .....	13
1. Sobre la naturaleza jurídica del contrato de <i>Category Management</i> .....	13
1.1 El desarrollo del Category Management desde una perspectiva Constitucional y su relevancia social en el Perú.-.....	13
1.2 El Desarrollo del Category Management desde la perspectiva del Derecho Civil.-	15
1.3 El Category Management y su desarrollo como un contrato moderno empresarial. - .....	17
1.4 El contrato de Category Management en sí. -.....	18
1.5 Sobre la naturaleza jurídica del contrato de Category Management en la doctrina extranjera.- .....	25
2. <i>Category Management</i> y libre competencia.....	29
2.1. Sobre las conductas anticompetitivas (colusión horizontal, colusión vertical y abuso de posición de dominio) en el contrato de category management en la doctrina nacional. - .....	29
2.2. Sobre la regulación de la libre Competencia en el TUO del D.L N° 1034 y su vinculación con el contrato de category management .- .....	31
2.3. Sobre la regulación en materia de la libre competencia en la Comunidad Europea y su vinculación con el Category Management.-.....	36
3. Jurisprudencia vinculada al <i>Category Management</i> ya los riesgos legales en su contratación .....	38
3.1. El caso de los Menudencieros y los acuerdos verticales, sancionado por INDECOPI. -.....	38
3.2 El caso de la concertación de precios del trigo. - .....	39
3.3 El caso Clorox y Quimpac, cuando los acuerdos de exclusividad con una empresa que detenta posición de dominio ocasiona una colusión vertical .-.....	40
3.4 El caso Conwood vs. United States Tobacco en los Estados Unidos . -.....	42
3.5 El caso El Águila Foods Products INC. Vs. Gruma Corp. En los Estados Unidos .- .....	44

<b>CAPÍTULO II PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	46
<b>1. Los riesgos legales y su gestión</b> .....	46
<b>1.1 Los riesgos legales:</b> .....	46
<b>1.2 La gestión de riesgos legales:</b> .....	49
<b>2 Los riesgos legales vinculados a la celebración del contrato de Category Management (CATMAN)</b> .....	52
<b>2.1 Prácticas anticompetitivas horizontales vinculadas al manejo de información sensible por parte del Capitán de Categoría:</b> .....	57
<b>2.2 Prácticas anticompetitivas verticales vinculadas a la eliminación de otros competidores del mercado:</b> .....	59
<b>2.3 La creación de una red “hub &amp; spoke” para la comisión de prácticas anticompetitivas horizontales y verticales:</b> .....	61
<b>2.4 Abuso de la posición de dominio del capitán de categoría:</b> .....	63
<b>2.5 Incumplimiento del contrato por parte del Capitán de Categoría para alcanzar mejores beneficios en detrimento del cliente:</b> .....	64
<b>2.6 Riesgo reputacional de pérdida de fidelización en la marca:</b> .....	66
<b>2.7 Riesgos vinculados al buen gobierno corporativo:</b> .....	67
<b>3 El derecho comparado y su análisis en los contratos</b> .....	69
<b>3.1 Análisis de la Sherman act como instrumento de regulación de los contratos de CATMAN vinculados a la libre competencia</b> .....	72
<b>3.2 Análisis de los contratos de CATMAN en relación a la ley de libre competencia colombiana.</b> .....	74
<b>3.3 Análisis de los contratos de CATMAN en relación a la ley de libre competencia chilena.</b> .....	75
<b>CAPÍTULO III DISCUSIÓN</b> .....	78
<b>1. El Compliance como mecanismo de solución frente a los riesgos legales derivados del contrato de CATMAN</b> .....	79
<b>2. Análisis de los riesgos legales en el contrato de CATMAN</b> .....	81
<b>CONCLUSIONES</b> .....	97
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	99
<b>BIBLIOGRAFÍA IV</b> .....	100

## Lista de tablas

Tabla 1: Diferencias con el contrato de *Know How*

Tabla 2: Diferencias con el contrato de *Joint Venture*

Tabla 3: Diferencias con el contrato de Distribución

Tabla 4: Diferencias con el contrato de Agencia

Tabla 5: Valoraciones probatorias para la comisión de acciones contra la libre competencia

Tabla 6: Descripción de los riesgos legales

Tabla 7: Identificación de los riesgos legales del CATMAN en la empresa de consumo masivo

Tabla 8: Probabilidad del Riesgo

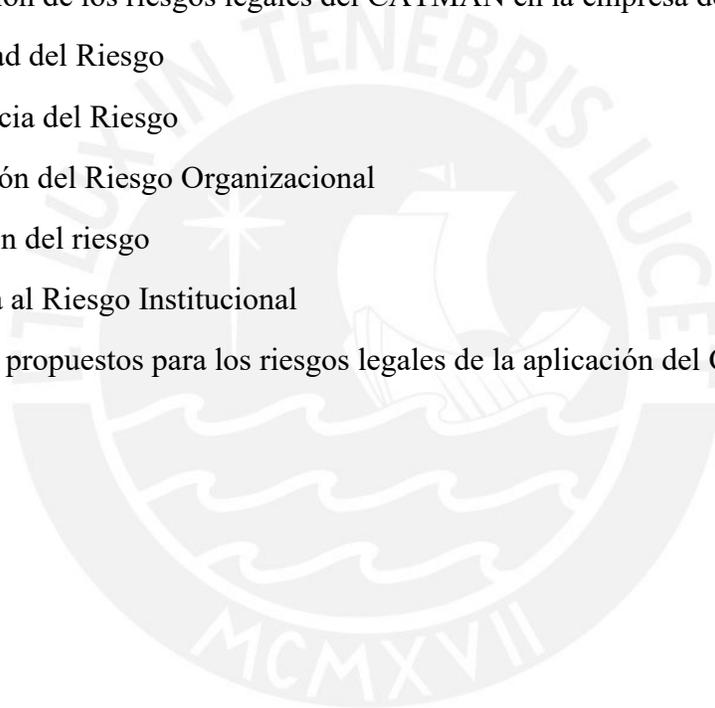
Tabla 9: Consecuencia del Riesgo

Tabla 10: Calificación del Riesgo Organizacional

Tabla 11: Evaluación del riesgo

Tabla 12: Respuesta al Riesgo Institucional

Tabla 13: Controles propuestos para los riesgos legales de la aplicación del CATMAN



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación busca establecer los mecanismos necesarios para que las empresas de consumo masivo puedan celebrar de manera adecuada un contrato de *Category Management* (CATMAN), en ese sentido, es necesario indicar que este contrato presenta diversos riesgos legales que podrían implicar un incumplimiento a la norma de libre competencia y afectar tanto a la empresa que brinda el servicio como al supermercado o *retail*.

El desarrollo de las empresas de consumo masivo en el Perú ha traído consigo la habilitación de nuevos canales de venta al consumidor, desde inicios de la segunda década del presente siglo en nuestro país ha tomado fuerza el crecimiento de ventas en el denominado canal moderno (PerúRetail, párr. 06), este canal tiene la característica principal de la venta productos de consumo masivo a los consumidores minoristas a través de supermercados o *retails*, convirtiéndose así en una alternativa adicional a la venta tradicional a los consumidores minoristas que se hacía a través de bodegas y mercados tradicionales. Por ello, resulta importante definir la relevancia que tienen tanto proveedores, supermercados y consumidores, tal como señala Aguirre y Requejo:

Los supermercados se diferencian con las tiendas de abarrotes comunes por la cualidad de autoservicio, la cual conlleva a la inexistencia de una negociación directa entre el vendedor y el consumidor. Los productos ofrecidos por los supermercados se exponen en góndolas y están debidamente distribuidos buscando maximizar el recorrido de los consumidores por el local (2016, pág. 52).

En consecuencia, la relación tripartita entre proveedores (productores o distribuidores), supermercados y consumidores tiene relevancia económica, toda vez que todos los agentes participantes de la cadena de producción y venta de los bienes de consumo masivo establecen relaciones que son jurídicamente relevantes, por ejemplo: la venta o entrega en consignación de los productos entre el distribuidor y los supermercados tendrá un contrato de distribución de por medio con condiciones beneficiosas para ambos. Así también la venta de los productos al consumidor se hará a través de un contrato, el mismo que tendría relevancia para el análisis de la

disciplina del derecho de protección al consumidor si, por ejemplo, los productos no estarían en buen estado de conservación o carecieran de un etiquetado adecuado. De esta forma, todos los actores que integran la relación de consumo buscarán obtener los mayores beneficios de forma eficiente.

Es en ese contexto que los supermercados, quienes se abastecen de productos de consumo masivo de acuerdo con la demanda de los consumidores, realizan una serie de estudios a fin de tener una maximización de la venta de los bienes a través de estrategias de *marketing* y *trademarketing*. De igual manera, los productores y/o distribuidores realizarán sus mayores esfuerzos no sólo para vender sus productos, sino también para abastecer de forma eficiente a los supermercados buscando que sus procesos de promociones y logística sean efectivos. Por esta razón, se hace capital entender que la relación entre proveedores y supermercados pase por una negociación, pues como lo distingue Aguirre y Requejo:

Quando un supermercado toma posesión de los productos que los proveedores ofrecen, está asumiendo un riesgo como dueño de la mercancía. El supermercado deja de ser un simple nexo entre proveedores y consumidores finales para convertirse en parte del proceso lineal de abastecimiento (2016; P. 53)

Por lo que el Supermercado buscará herramientas que permitan tener un mayor manejo de la información para así vender mayores cantidades y atraer mayores consumidores. En consecuencia, la formulación de nuevas estructuras de negocio que permitan la venta y la distribución más eficaz y eficiente de los productos. Para esto las empresas deberán de establecer negociaciones que permitan por la orilla de los productores tener mayores ventas de su producto y por la orilla de los supermercados será necesario tener un stock adecuado de productos priorizando aquellos que tienen una mayor demanda y teniendo en cuenta un orden lógico que permita que el consumidor final pueda acceder a ellos de forma rápida a través de las góndolas, más aún cuando en el caso peruano los supermercados y los productores y/o distribuidores negocian por los espacios ofrecidos en los establecimientos (Aguirre & Requejo, 2016; P. 56).

Las negociaciones para la distribución de los productos de consumo masivo se realizan a través de estudios de *trademarketing* los mismos que implican que las partes asuman obligaciones entre ellas, intercambien información de carácter sensible y/o confidencial y finalmente

estructuren estudios para mejorar las ventas, una de estas herramientas multidisciplinarias es el *Category Management* que se define, de acuerdo con Carreón como:

“El proceso llevado entre fabricantes y cadenas comerciales para administrar las categorías de productos como unidades estratégicas de negocio, generando resultados comerciales mejorados, concentrados en entregar valor al consumidor” (2013, párr. 03).

Por lo que para llevar a cabo este proceso el productor y/o distribuidor designado deberá de firmar un contrato donde se tengan en cuenta los siguientes puntos: i) La cadena de supermercados entrega al Capitán de Categoría, que es el productor/distribuidor con la marca líder en ventas de dicha categoría, la información sobre todos los suministros de productos de la categoría a ser analizada y mediante esta información; ii) El Capitán de Categoría propone a la cadena de Supermercados los lineamientos en cuanto a los precios de los productos, ubicación de los productos en góndola, propuestas para realizar ofertas promocionales y otras medidas que permitan que maximizar las ventas por parte de la cadena. Sin embargo, el manejo de esta información genera potenciales riesgos que podrían atentar contra la libre competencia a través de la comisión de conductas anticompetitivas.

En síntesis, la fórmula presentada resulta exitosa en tanto los distribuidores conocen cuántas son las cantidades de productos- que a través de su proceso logístico- deberán de entregar al Supermercado. Asimismo, saben cómo es que su producto se estará vendiendo en el supermercado y cuál es el impacto de su marca en esa categoría. Por parte de los supermercados tienen un mejor conocimiento de las ventas que tienen los productos de esa categoría y de esta forma pueden escoger de manera más eficiente a qué empresa productora/distribuidora comprar dichos productos, para ponerlos al alcance del consumidor y así tener un mayor impacto en sus ganancias, pues tendrán un mayor stock de los productos con más preferencia en las ventas.

En cuanto a los consumidores resultan beneficiados al tener espacios más ordenados dentro del supermercado para obtener el producto de su elección, también tendrán a su vez la posibilidad de ser beneficiados por las promociones que realice el supermercado. Sin embargo, existen riesgos legales que la empresa distribuidora (Capitán de Categoría) y el supermercado realizan al momento de celebrar este contrato, pues la elección en góndolas de los productos de la categoría escogidos

por el consumidor suelen estar distribuidas en los puntos de venta para tener en mayor volumen aquellos productos de marcas líderes (basta ver a simple vista la distribución de los productos en cualquier supermercado o *retail*) por lo que el consumidor o *shopper* tiende, por fenómenos tales como la aversión a la pérdida, a decantarse por el primer producto que encuentre frente a la indecisión que produce la probabilidad de escoger entre varios productos (Nightingale, 2018, pág. 439), estos conflictos de carácter conductual son bien conocidos por las áreas de *trademarketing* que trabajan de forma sostenida en la creación de estrategias que estudian las características de las decisiones al momento de comprar un producto.

Por lo expuesto, la presente investigación considera oportuno analizar los riesgos legales en materia de derecho de la libre competencia en la celebración del contrato de *Category Management* (CATMAN) en las empresas de consumo masivo. De esta forma, la investigación tiene como objetivo principal el análisis de los diversos riesgos legales y cuáles son las medidas que deberá de asumir una empresa para gestionar de forma adecuada dichos riesgos a fin de evitar multas administrativas y daño reputacional, todo esto enmarcado en una estrategia de autorregulación que procure generar un círculo virtuoso entre empresas productoras y/o comercializadoras, empresas dedicadas a la venta final de productos y consumidores. Los problemas encontrados en las empresas de consumo masivo requieren establecer acuerdos comerciales que puedan hacer sus procesos más flexibles teniendo en consideración la rapidez del mercado y de esta forma obteniendo mejores posibilidades de percibir mayores ventas a través de contratos como el CATMAN, como lo señala Pascual y Vicente en el marco de la definición de la libre competencia: “*es una pugna de carácter impersonal en la que cada una de ellas trata de alcanzar el objetivo, teniendo en cuenta sus propios recursos y los costos probables, comparándolos con los precios que supuestamente el demandante se dispondrá a pagar*”(2010; p. 118). En consecuencia, se entiende que las acciones que realicen las empresas en el mercado deberán de establecer un sistema que pueda garantizar la mayor cantidad de ventas, pero respetando las reglas establecidas por el Derecho y disminuyendo los riesgos legales que implican dichas actividades.

El CATMAN se presenta como una estrategia eficiente a nivel comercial, no obstante a ello, a nivel legal requiere de una revisión integral la cual permita que su viabilidad y se constituya en función al cumplimiento de la normativa de la libre competencia. Por lo tanto, la relación entre los distribuidores y supermercados podría implicar la existencia de los siguientes riesgos:

- i) Riesgos legales vinculados a las relaciones entre competidores, toda vez que el Capitán de Categoría maneja información sensible sobre precios y ventas de los productos de la misma categoría los cuales podrían servir para una posible concertación de precios de forma horizontal.
- ii) Riesgos legales vinculados a las relaciones entre distribuidores y supermercados donde los acuerdos colusorios pueden presentarse a nivel vertical, pues se buscaría concertar de tal manera que se termine excluyendo a un competidor de la categoría el cual sea el menos favorecido con las preferencias del público u ofrezca una estrategia de mercado que pueda desplazar al capitán de la categoría.
- iii) Riesgos legales vinculados al abuso de posición de dominio del Capitán de Categoría, los cuales traerían consigo la eliminación de otros competidores de la misma categoría haciendo que la constante competencia en la búsqueda de estrategias que mejoren la ventaja competitiva de los productos en el mercado de una determinada categoría quede relegada por el abuso de la posición de dominio que posee la empresa denominada Capitán de Categoría.
- iv) Riesgos económicos vinculados a las empresas que sean sancionadas económicamente por el INDECOPI por el incumplimiento de la norma rectora de la libre competencia peruana.
- v) Riesgos reputacionales vinculados a las empresas que vean a su marca inmersa en sanciones por procesos administrativos debido al incumplimiento de la norma de libre competencia lo cual en muchos casos podría traer la pérdida de la fidelización de los consumidores en la marca.
- vi) Riesgos vinculados al buen gobierno corporativo, toda vez que al determinarse investigaciones y posteriores sanciones por el incumplimiento de la norma de libre competencia ocasionaría un deterioro de la alta gerencia de la empresa, pues debido a la inexistencia de una estrategia preventiva frente a este tipo casos la empresa podría verse en una crisis interna.

En consecuencia, esta investigación busca analizar los riesgos legales asociados a la celebración del contrato de CATMAN, toda vez que la celebración de éste se muestra como un mecanismo para que el supermercado pueda conocer en qué condiciones puede negociar con un productor y/o distribuidor teniendo en cuenta la oferta que puede realizar en las góndolas, promociones, estrategia de *marketing* de los productos de acuerdo con la elasticidad de los mismos y a la preferencia que tengan estos en los consumidores (Wright, 2009; p. 336).

De esta manera, nos hacemos la siguiente pregunta a fin de establecer una posible solución a la suscripción de los contratos de CATMAN: ¿Qué estrategia legal se puede implementar como mecanismo para reducir los riesgos legales vinculados a prácticas colusorias verticales y abuso de posición de dominio generados por la celebración de este contrato? El desarrollo de la investigación considera que al momento de implementar una estrategia de *compliance* se estarían mitigando muchos de los riesgos vinculados a actos de colusión y abuso de posición dominante.

¿Por qué considerar al CATMAN un sistema que puede generar riesgos legales en el quehacer diario de la empresa? La intención de la presente investigación es brindar una solución práctica a problemas actuales del derecho de competencia en el seno de la empresa, tal es así que la Comisión de la Libre Competencia del INDECOPI ha abierto un PAS (procedimiento administrativo sancionador) a las cadenas de supermercado Cencosud, Makro y Supermercados Peruanos por haber presuntamente fijado los precios de la venta de carne de pavo entre los años 2009 al 2016; no obstante, las empresas productoras de este bien tales como Redondos y San Fernando habrían participado como facilitadores para que los participantes del cartel puedan cumplir con los acuerdos de fijación de precios (INDECOPI, 2020, párr. 05), en consecuencia, nos encontraríamos presuntamente ante la modalidad de una colusión en forma de “T” donde agentes económicos tanto aguas arriba como los competidores en sí participan de acuerdos para el establecimiento de un cártel, es decir, la práctica jurisprudencial nos advierte que los mecanismos para el establecimiento de conductas anticompetitivas se estructuran cada vez más con la participación de más agentes que aseguren el cumplimiento de los compromisos, por lo que transparentar dichos actos mediante un contrato podría ser un escenario perfectamente posible.

Por lo tanto, esta investigación tiene por objetivo en el primer capítulo determinar la naturaleza jurídica del contrato de CATMAN y su aplicación en las empresas de consumo masivo. Para este

fin se analizará doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera para conocer de manera profunda de qué se trata el servicio de administración de una categoría, pues no estamos frente a una simple prestación de servicios, sino ante un contrato de implica mayores complejidades tanto desde orilla comercial como desde la legal.

Luego de esto, en el segundo capítulo se desarrolla el planteamiento del problema y se buscará identificar y describir los posibles riesgos legales vinculados a prácticas colusorias y abuso de posición de dominio en la celebración del CATMAN a fin de establecer la relevancia de estos riesgos y analizar su impacto en las empresas de consumo masivo. Para este fin se analizará doctrina, legislación y jurisprudencia local e internacional, asimismo, se tendrá en cuenta el uso de un enfoque comparado, este enfoque se usará como una herramienta que permita ampliar el conocimiento sobre la naturaleza del contrato de CATMAN en diferentes países, así como en otras familias jurídicas. De esta forma al momento de abordar soluciones para su diligente implementación se tendrá en cuenta la normativa aplicada en otros países y cómo la misma puede ser aprovechada en nuestra realidad jurídica.

Finalmente, corroborando lo planteado en la hipótesis del problema se desarrollará una estrategia de *compliance* para evitar la comisión de prácticas colusorias y de abuso de posición de dominio a fin de que se pueda celebrar un contrato de CATMAN de forma segura y bajo el estricto cumplimiento de la normativa peruana sobre libre competencia. La administración de riesgos a través del *compliance* resulta eficiente toda vez que el área legal de la empresa que ejecuta el CATMAN realiza a través un análisis de herramientas de gestión como la ISO 31000 e instrumentos proporcionados por el INDECOPI para la aplicación del cumplimiento normativo de la norma de libre competencia, asegurando un CATMAN sostenible en el tiempo tanto para la empresa *retail* como para la empresa de consumo masivo que ejecuta el contrato.

Esta investigación ha tenido como marco de referencia el análisis tanto de libros nacionales como internacionales, el análisis de artículos que han podido acentuar la figura comercial del CATMAN a un ámbito legal y la presencia de herramientas de gestión de riesgos que permitieron demostrar que los tomadores de decisión dentro de la empresa tales como el área de *trademarketing*, *marketing* y ventas requieren fundamentalmente de un revisor legal que pueda

brindar herramientas que beneficien al CATMAN, no sólo en la experiencia de profundizar más en temas de libre competencia, sino también en establecer mecanismos que hagan de esta práctica un medio sostenible para la empresa que lo ejecute.



# CAPÍTULO I

## ESTADO DEL ARTE

En el presente capítulo se desarrollarán los diversos antecedentes que presenta la figura del contrato de *Category Management* a fin de definir desde diversos puntos de vista su naturaleza jurídica, por lo tanto, el objetivo será el de buscar sus raíces en el derecho constitucional, en el derecho civil y su desarrollo como un contrato moderno empresarial. Asimismo, se analizará el contrato a la luz de la disciplina jurídica de la libre competencia y finalmente se mencionará los diversos riesgos legales hallados preliminarmente en casos tanto en la legislación peruana como extranjera donde se haya encontrado actividades vinculadas al CATMAN tanto de forma directa como indirecta y hayan implicado la sanción de la autoridad de la libre competencia.

### **1. Sobre la naturaleza jurídica del contrato de *Category Management***

En este subcapítulo se desarrollará la naturaleza jurídica del contrato de CATMAN desde los principales cuerpos normativos que rigen las relaciones jurídicas entre privados: la constitución política y el código civil.

#### **1.1 El desarrollo del *Category Management* desde una perspectiva Constitucional y su relevancia social en el Perú.-**

El contrato de *Category Management* (o CATMAN) tiene relevancia económico-social, toda vez que su celebración no sólo vincula la obligación entre dos privados en el ejercicio constitucional de su derecho a la libre contratación, pues de por medio se encuentran también los efectos que pueda tener sobre la libre competencia. En ese conjunto de ideas, es importante destacar que el contrato de CATMAN se define dentro del marco de la Constitución política.

Para este fin, debemos definir en una primera instancia que la doctrina en materia Constitucional reconoce al contrato como la formalización de la relaciones patrimoniales jurídicamente relevantes, tomando en cuenta el análisis exegético que se realiza sobre el numeral 14 del artículo 2° de la Constitución, así Alexander Rioja nos señala que: “*para hablar de contrato debemos de referirnos a la autonomía de la voluntad, la cual describe la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad a su*

*propia voluntad*” (2016; p. 93). Entonces, se desprende que la contratación está vinculada a la licitud que deberá de tener el contrato, es decir, se establecen límites a la contratación entre privados, por lo mismo esta será residual, ya que no deberá ser contraria a la norma. En ese sentido, la autonomía se ejercerá siempre que cumpla con dos puntos: el fin lícito y el orden público (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0858-2003-AA, de fecha 24 de marzo de 2004. Fojas 22).

De esta manera, se distingue que la figura del fin lícito presente en los contratos tiene como principal característica determinar la finalidad de los contratos, es decir que la conclusión de la manifestación de la voluntad de las partes, y su producción de efectos jurídicos no sean contrarios al sistema normativo, por lo tanto, la libertad de contratación tendrá que cumplir la forma establecida en la norma y con los requisitos señalados en el Código Civil.

En alusión al orden público se entiende que el contrato no es una isla, sino que está ligada a la protección de otros derechos (Rioja, 2016), por lo que la garantía de la protección del orden público permitirá, por ejemplo, a las empresas realizar cualquier tipo de contrato que permita mejorar la competitividad de sus productos u obtener una mejor gestión, siempre y cuando, las mismas no colisionen con el contenido establecido en otros derechos fundamentales.

Por su parte, la libertad de contratación se encuentra enmarcada en el artículo 62° de nuestra Constitución y establece que los contratos no podrán ser modificados por leyes u normas de cualquier índole, en ese sentido, la libertad de contratación será una herramienta para la separación entre el ejercicio de los privados y la actuación pública permitiendo así como lo indica que Alexander Rioja (2016) al concluir lo dictaminado en la sentencia N° 00004-2004-AI-TC, lo siguiente: i) la autodeterminación para decidir la celebración de los contratos y la libertad para elegir quienes lo celebran y ii) la autodeterminación que tendrán los sujetos para establecer el contenido del contrato (pp. 392-393). Esta idea se refuerza con lo expuesto por Chamamé (2015) que considera que la existencia de los regímenes constitucionales en materia de contratos se fundamenta en que estos sean libres y voluntarios (pp. 614-615). Por lo tanto, los contratos no sólo tienen una dimensión privada establecida de forma aislada, sino que estos se deberán de corresponder en una primera instancia con la normativa y en una segunda instancia con los efectos sociales que puedan ocasionar.

De esta forma, reconocemos al CATMAN como un contrato privado vertical que se define como “[aquellos] acuerdos suscritos por empresas que (aun siendo competidoras en otros mercados) operan, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución” (Berenguer, 2011; p. 227). Es decir, que este tipo de negocio jurídico - si bien se desarrolla entre privados tiene una repercusión económica y social - por lo tanto, la suscripción del mismo y su aplicación debe de estar en comunión con las normas de orden público teniendo en cuenta que existe un riesgo potencial del daño a libre competencia.

Toda vez que un mal manejo en la información utilizada podría tener como consecuencia inmediata la comisión de prácticas anticompetitivas como la colusión vertical, tal como lo señala la norma peruana (Decreto Legislativo N° 1034 y su Texto Único Ordenado) que vendría a ser su límite con respecto a la protección de otros derechos o intereses sociales. De igual manera, en esta materia se identifica, por ejemplo, que el abuso de posición de dominio deja en situación desventajosa a otro competidor o incita a terceros (supermercados) a no proveer bienes de la competencia lo cual colisionaría con los intereses de terceros que tienen por objeto realizar actividades económicas como los consumidores o incluso el mismo Estado.

## **1.2 El Desarrollo del Category Management desde la perspectiva del Derecho Civil.-**

Ahora bien, toca desarrollar cómo es que el Derecho Civil tiene en cuenta al contrato de *Category Management* y cómo este es regulado en nuestro Código civil y en la doctrina vinculada al mismo.

Se define como negocio jurídico, de acuerdo con Rómulo Morales: “como categoría lógica, [que] constituye un concepto general abstracto que abarca en su extensión todos los contratos y todos los negocios jurídicos unilaterales” (2010, Pág. 134), es decir que el acuerdo entre privados y el efecto que pueda tener deben de ser reconocidos por el Derecho, así la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el Caso Gobierno Regional de San Martín, Exp. 047-2004-AI/TC, fundamento 44 reconoce que:

“El contrato, al expresar la autonomía de la voluntad como fuente de derecho tiene su fundamento en las siguientes disposiciones constitucionales. El inciso 14 del artículo

2 de la Constitución prescribe que toda persona tiene derecho: «A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público»” (Citado en Morales Hervías, 2010, P. 125).

Entonces se desprende que la naturaleza del contrato materia de análisis corresponde a tres conceptos: I) el voluntarista a través del reconocimiento de la manifestación de la voluntad de las partes por hacer cumplir una serie de obligaciones las cuales permitan obtener mayores beneficios económicos en la distribución de productos; II) La finalidad normativista, la cual tiene un énfasis particular pues el cumplimiento de la carga normativa que implica la licitud del contrato acuerdo, por lo que la suscripción de este tipo de acuerdos debe de sujetarse a la observancia del cumplimiento de las normas de libre competencia y finalmente; III) el concepto axiológico pues el contrato debe de ejecutarse en función de los valores constitucionales (Morales, 2010, pág. 126). El desarrollo de estos puntos va a tener su cimiento en la necesidad de que tanto el acto jurídico como de contrato posean un corte constitucional, de acuerdo con lo explicado en el capítulo anterior.

De esta forma, nos toca analizar la teoría del contrato y su vinculación con el CATMAN, para este fin es necesario citar a De la Puente y Lavalle (1983) que nos indica que a diferencia de los actos jurídicos y de sus reglas de establecimiento, los contratos tienen principios comunes que deben de respetarse, pero asimismo tienen estructura, reglas y disposiciones que los hacen particulares (pp. 41-43), de esta manera es como nos encontramos frente a un marco donde los contratos como fuente de las obligaciones tienen características – principalmente en la forma – que los hace uno diferentes de otros. En ese sentido, es necesario entender que cada uno de los contratos tendrá principios comunes, pero características particulares en su forma de ejecución, respetando la autonomía de la voluntad del mismo y entendiéndolo como “el producto del consenso de dos o más voluntades que buscan obtener una finalidad que el derecho les permite alcanzar” (De la Puente Lavalle, 1983; pág. 57), por ello, el detalle de la interpretación del contrato estará vinculado al respeto de sus características particulares.

En la interpretación del contrato debemos de tener en cuenta ciertas características que lo hacen funcional, así por ejemplo, debemos de destacar que el contrato tiene una diferenciación de interpretación entre este mismo y la norma, en el sentido que la ley es un mandato público mientras que el contrato deriva de un pacto o convención entre privados (Trazegnies, 2007; pp. 1612-1613),

por lo que a efectos del CATMAN dos empresas llegarán a una convención para que las mismas produzcan efectos jurídicamente relevantes para el derecho, la economía y los consumidores.

También debemos de destacar la buena fe, la cual se entiende como la adecuada presentación de los hechos y situaciones en los que las partes requieran involucrarse para gestar el contrato (Trazegnies, 2007; pp. 1615-1618), lo cual nos servirá para que estas mismas puedan identificar en dicho instrumento el contenido de las obligaciones de forma clara y precisa. Finalmente, encontramos a la conducta coherente contractual que no es otra cosa que la actuación de los sujetos participantes del contrato dentro de una sociedad de mercado en la expresión racional de sus voluntades (Trazegnies, 2007; pp. 1622-1623), este punto se engarza de forma adecuada en la interpretación que debe de hacerse sobre el cumplimiento del contrato en función a aquellos operadores económicos que deben de respetar diversas reglas para no lesionar, por ejemplo, la libre competencia.

Por lo expuesto, se concluye que la existencia del contrato de CATMAN tienen una carga normativa importante pues se les exige un grado de licitud para evitar el incumplimiento de normas de interés general lo cual implicaría un riesgo legal de daños patrimoniales para las empresas vinculadas, tales como una sanción administrativa por parte de INDECOPI, procesos administrativos que impliquen sanciones a sus funcionarios o finalmente un daño a la reputación de la empresa y la marca.

### **1.3 El Category Management y su desarrollo como un contrato moderno empresarial. -**

Una de las principales tareas que requiere el CATMAN para su adecuada implementación en la presente investigación es develar su naturaleza *per se*, esta tarea resulta compleja, toda vez que su desarrollo principalmente se dio en Estados Unidos donde los acuerdos comerciales están regidos por reglas tales como la eficiencia económica y su naturaleza no se encuentra determinada en la estructura del código civil peruano. En ese sentido, podemos calificar al contrato de CATMAN como un contrato moderno.

Ahora bien, ¿qué entiende la doctrina como un contrato moderno? Como ya se ha comentado, la vinculación del peso social que ha tenido el crecimiento del sector empresarial en la industria y

los servicios ha determinado que los contratos establecidos en el marco del Código civil no sean los únicos a ser considerados como lícitos, es así que aparecen los llamados contratos innominados a los cuales se le exige cumplir con la formalidad legal de las cláusulas generales, tal como lo establece el artículo 1353° de nuestro Código Civil, por lo tanto, un contrato moderno es aquel que se encuentra influenciado por la libertad de contratación que tienen las partes como lo señala Farina (2005) la libertad contractual permite a las partes realizar formas contractuales que no se ajuste de forma exacta a lo establecido en la ley, pues los contratos deben de adaptarse a la necesidad de los fines prácticos de las partes (pp. 370-371). En ese sentido, cobra relevancia la necesidad de que en un mundo donde las transacciones son cada vez más rápidas por el uso de la tecnología y el proceso de globalización, los contratos deban contener cláusulas que les permitan ser más flexibles expresando el objetivo que quieren alcanzar las partes.

En esa línea de ideas es importante destacar que estos contratos – si bien no se encuentran determinados en el código civil – presentan carácter lícito, por lo tanto su regulación es necesaria, así Farina reconoce que su naturaleza “ofrece una tipicidad en virtud de los usos antes que el legislador lo recoja y los deje legalmente acuñados” (2005; pág. 373), por lo tanto, nos encontramos ante el escenario donde el sujeto preponderante para la construcción de los contratos innominados o modernos están enmarcados en las relaciones establecidas por la concepción moderna de mercado, donde van a convergir diversos intereses, es así que para que estos mismos puedan lograrse los sujetos deben de ser cooperativos (Gutierrez,2000), por lo que para efectos de ejercer esta libertad deberán de poder utilizar su derecho a la libertad de contratación.

Finalmente, las empresas en general, por la velocidad que exigen el cierre y apertura de negocios, por la necesidad de contar con los insumos para la producción de productos más rápido o por la exigencia misma del consumidor requieren de contratos cada vez más flexibles y complejos que permitan adecuar un negocio con objetivos claros y cumplan con la norma.

#### **1.4 El contrato de Category Management en sí. -**

El contrato de *management* o contrato de gestión gerencial está vinculado a la organización empresarial y cuya utilización se puede enmarcar como: “en que una empresa constituida obtiene servicios específicos relacionados a su administración técnico gerencial” (Huayanay, 2010; pág. 460). De esta forma, su relevancia se ha ido fortaleciendo como parte de los contratos

empresariales, los cuales tienen un mayor uso a partir del crecimiento económico que vivió el Perú a partir del inicio de este siglo. Por ello, como indica Bravo, el contrato de *management* es “un contrato de derecho privado, así mismo diremos que es un contrato atípico, esto es que no existe una norma jurídica propia que la regule, por ende, se tendrá que acudir a normas supletorias en concordancia con la autonomía de la voluntad de las partes” (2014; pág. 521). De esta forma, el contrato de *management* deberá de precisar obligaciones que satisfagan la velocidad de un negocio teniendo en cuenta la necesidad del cumplimiento legal.

En ese orden de ideas, la importancia empresarial que tiene el contrato y su debido cumplimiento es el corazón del presente trabajo, por ello, es importante definir que el *management* como tal se entiende como la prestación de servicios administrativos, gerenciales y de asistencia (Bravo; 2014, Pág. 522), de esta forma, este contrato tendrá tres formas básicas:

- i) Aquella donde se realice la administración o *management* de la totalidad de la empresa, es decir, donde una empresa especializada se encargará de la gerencia de otra empresa usuaria que requiera de sus servicios haciendo las veces de un órgano gerencial.
- ii) Aquella donde se realice la administración o *management* de un área en específico de la empresa, por ejemplo, el área de Recursos humanos.
- iii) Aquella donde se realice la administración o *management* a través de la dación de consejos o estrategias sobre una parte o giro del negocio, que es el caso materia de análisis de la presente de investigación.

Asimismo, el contrato de *management* presenta las siguientes características: es un contrato complejo, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y tiene una duración temporal. Por lo que a continuación desarrollaremos cada uno de esos aspectos.

La importancia del *category management* radica en que al ser un contrato innominado va a tener reglas específicas de funcionamiento y obligaciones con un alto grado de responsabilidad, ya que como su nombre lo indica se trata de un manejo gerencial sobre un determinada categoría del negocio del supermercado, así como lo señala Huayanay: “constituye un importante instrumento de colaboración empresarial, en los que se exige precisión eficaz y especializada gestión” (2010; pág.461), por lo tanto la característica principal es la de la especialización, en ese sentido, la responsabilidad de la administración gerencial de una categoría de productos de

consumo masivo, debe de recaer sobre una empresa que tenga el suficiente *know how* así como la experiencia para que dicha categoría pueda ser más rentable para un supermercado, por ello, es que en virtud de la capacidad de su propia marca dentro de la categoría, el capitán de categoría resulta ser el sujeto idóneo para ejecutar la tarea, toda vez que es la empresa con mayor cantidad de ventas de un producto en dicha categoría.

El capitán categoría, como entidad con responsabilidad legal y empresarial que administra la categoría del *retail*, tendrá como parte de las obligaciones para potenciar la venta de los productos determinar a través del gerenciamiento, el acceso a diversa información de parte del supermercado y los competidores como lo son los márgenes de venta de precios de los competidores, las promociones, el volumen de venta y las estrategias comerciales para la distribución de los productos en dicha cadena de supermercados. Esta información deberá de ser analizada por un equipo especialista encargado del manejo de la categoría o *Trade Management*, los cuales deberán como parte de sus obligaciones entregar un documento denominado *planning* el cual servirá como guía de recomendación para la ejecución de estrategias de mayor venta de la categoría lo que incluirá necesariamente, el ordenamiento en las góndolas del supermercado para hacer más atractiva la venta a los consumidores.

Por lo expuesto, es necesario señalar que existen otros tipos de contratos de carácter empresarial que tienen vinculación y/o similitud con el manejo que hace el contrato de *management* sobre la empresa, por lo tanto es necesario tener en cuenta que este tipo de contratos pueden ejecutarse de forma indirecta al contrato de *management* o presentarse como parte de la estrategia aplicada por el equipo de *Trade Management* haciendo que de forma complementaria puedan ser aplicados ya sea una estrategia de potenciamiento en el punto de venta o en el establecimiento de promociones. A continuación, analizaremos una serie de contratos empresariales con vinculación y/o similitud al contrato de *category management*:

- i) **Contrato de *Know How***, este contrato se caracteriza por ser atípico, es decir, por no tener una norma en específico que pueda enmarcar los derecho y obligaciones de las partes involucradas. Asimismo, es un contrato netamente vinculado al desarrollo industrial por presentar el desarrollo de diversos aspectos técnicos tales como el otorgamiento de patentes o licencias o en palabras de Bravo “como el negocio jurídico celebrado entre personas físicas o jurídicas en virtud de la cual [...] el titular del Know

How autoriza a otra persona denominada el licenciatario a explotarlo durante un tiempo determinado” (2014; pág. 148), por lo tanto el uso de esta licencia estaría vinculada a una contraprestación hacia el dueño de este conocimiento industrial, para mayor detalle analizaremos el siguiente cuadro:

<b>Tabla 1: Diferencias con el contrato de <i>Know How</i></b>	
<b>Denominación del contrato:</b>	<b>Know How</b>
<b>Vinculación con el contrato de <i>category management</i>:</b>	<b>Indirecta</b> El contrato de <i>Know How</i> podría darse como un complemento para mejora de un producto de la categoría, toda vez que el Capitán de categoría dentro de su estrategia de mejoramiento de ventas podría recomendar el mejoramiento de algún producto de dicha categoría a través de la adquisición de una patente o licencia derivada de un contrato de <i>Know how</i> .
<b>Diferencias en el desarrollo del objeto:</b>	El objeto del contrato de <i>Know How</i> como se ha definido al inicio de este subtema versa acerca de la adquisición temporal de una patente o licencia industrial que permita al receptor tener una mejora en sus productos o mejorar un proceso en particular vinculado a temas industriales, por ejemplo, hacer más eficiente el proceso de fabricación de papel higiénico aplicando una fórmula secreta la cual requerirá que el receptor obtenga del dueño de la patente no solo la fórmula sino también el procedimiento aplicado en el proceso productivo del papel higiénico. De esta manera, si bien es cierto que el <i>Know How</i> puede implicar que un personal especializado del dueño de la licencia capacite al personal de la empresa receptora, esto solo se hará con fines complementarios al uso de la patente o licencia, puesto que el centro de las obligaciones derivadas del <i>Know How</i> está en el traslado de un conocimiento en particular el cual es muy específico. En cambio, en el caso del <i>category management</i> , estamos hablando de una mayor responsabilidad tanto en el manejo del negocio como en el riesgo legal, pues implica la administración de una categoría con nivel gerencial, la cual es otorgada a través del contrato para determinar no solo una recomendación o mejora puntual, sino un conjunto de estrategias de venta, <i>marketing</i> , <i>trademarteking</i> y distribución.

- ii) **Contrato de *Joint Venture***, otra de las figuras contractuales importadas del extranjero que vinculan a una o más empresas en un emprendimiento cooperativo la misma que tiene un impacto positivo en el desarrollo de las empresas pues tiene la perspectiva de brindar un mayor margen de ganancias a las empresas que deciden iniciarse en este negocio nuevo ya sea a través de la salida al mercado de un nuevo producto o de una

estrategia conjunta que abarque una nueva operación en una nueva zona geográfica, así Sindy Bravo citando a Figueroa Bustamante define al *Joint Venture* como “un contrato donde dos o más personas naturales o jurídicas establecen una relación jurídica consistente en explotar un negocio o proyecto común o desarrollar una actividad económica específica por un tiempo determinado sin constituir una sociedad” (2014, pág. 258). De esta forma nos encontramos frente a un contrato donde existe la exploración de un nuevo nicho de negocio donde las personas jurídicas deciden aportar bienes materiales, asumir gastos y participar en las pérdidas y utilidades que les de como fruto el negocio, por lo tanto, este tipo de contrato merece un análisis más detallado en relación con el *category management*, el cual podemos observar en la siguiente tabla:

<b>Tabla 2: Diferencias con el contrato de <i>Joint Venture</i></b>	
<b>Denominación del contrato:</b>	<b>Joint Venture</b>
<b>Vinculación con el contrato de <i>category management</i>:</b>	<b>Ninguna</b> El contrato de <i>Joint Venture</i> , como se especifica líneas arriba, es un mecanismo asociativo donde dos o más personas jurídicas deciden de forma cooperativa abrir un nuevo sector de negocio o producto con la finalidad de diversificar su producción, esta vinculación tiene como rasgo principal la creación de una asociación (donde se comparten bienes, se asumen gastos y se establece una estrategia de negocio), pero principalmente se busca que las personas jurídicas cooperantes obtengan una utilidad producto del negocio establecido, hecho que no ocurre en el contrato de <i>Category management</i> donde solo se aplica una estrategia de manejo de una categoría y la empresa contratada para este servicio, recibe una contraprestación por la administración de la categoría a efectos de tener un mejor desempeño en el mercado.
<b>Diferencias en el desarrollo del objeto:</b>	De esta forma nos encontramos que el contrato de <i>Joint Venture</i> busca generar aperturas en nuevos espacios de producción o penetración en nuevos campos geográficos, mientras que el <i>Category management</i> busca consolidar y/o mejorar el desempeño de una empresa en una determinada categoría de productos. En el <i>Joint Venture</i> existe una responsabilidad compartida por los resultados del negocio, mientras que en el <i>Category management</i> el Capitán de Categoría recibe una contraprestación por la adecuada administración de la categoría asignada, por lo que no implica una ampliación del giro del negocio del capitán ni menos la incorporación de este en un nuevo mercado geográfico.

iii) **Contrato de Distribución**, este tipo de contrato definitivamente contiene una estrategia de alto impacto en dos sectores sensibles para el manejo de las categorías: los puntos de venta y la distribución estratégica de los productos a fin de garantizar un adecuado abastecimiento que garantice la demanda del producto, por lo tanto, tiene incidencia directa sobre los efectos que podría tener en la libre competencia. Ahora bien, el contrato de distribución no solo es una herramienta que asegure el transporte de determinados bienes a un punto de venta, sino que su lógica obedece a una estrategia de ventas la cual busca asegurar que los *retail* o cualquier otro punto de venta tenga (minimarkets, girfos, etc.) un stock asegurado del producto, pero a su vez este concuerde con la planificación determinada por el área de ventas, por lo tanto, su administración está también enmarcada en la celebración de acuerdos comerciales que permitan, por ejemplo, brindar descuentos (*rebates*), promociones y/o la introducción de un nuevo producto al público objetivo del distribuidor.

En ese orden de ideas, se define al contrato de distribución como uno atípico, consensual y en algunos casos exclusivo, ya que otorga al fabricante la oportunidad de vender diversos productos a una persona natural o jurídica para que esta pueda luego vender estos productos (evidentemente con un margen de ganancia) al menudeo, es decir, el distribuidor cumple una función de intermediación entre el productor y el consumidor final (Bravo, 2014, pp. 509-510). A continuación, presentamos una tabla para determinar las diferencias específicas con el contrato de *category management*:

<b>Tabla 3: Diferencias con el contrato de Distribución</b>	
<b>Denominación del contrato:</b>	<b>Distribución</b>
<b>Vinculación con el contrato de <i>category management</i>:</b>	<p><b>Directa</b></p> <p>Existe una vinculación directa entre el <i>Category Management</i> y el contrato de Distribución toda vez que al ser el Capitán de categoría el administrador de esa unidad de negocio del <i>retail</i>, puede decidir de acuerdo a la estructura del <i>planning</i> a qué puntos de venta y cuánto es el volumen de ventas que se hará de un determinado producto de una determinada marca (incluyendo la de los competidores), por ende, nos encontramos ante el caso de manejo de información sensible, pues al ser el Capitán de categoría el administrador de la distribución de los productos podría ejercer de forma arbitraria o consensuada con el <i>retail</i> la exclusión de un determinado producto de la competencia o eliminación de un determinado mercado geográfico. De esta forma la distribución se convierte en parte estratégica del <i>Category Management</i>, por lo que su manejo debe de hacerse de forma muy imparcial, ya que podría implicar algún abuso a la libre competencia.</p>
<b>Diferencias en el desarrollo del objeto:</b>	<p>Como se ha explicado líneas arriba, el contrato de <i>Category management</i> al ser un mecanismo de administración de una categoría de productos por parte de un competidor (generalmente el que tiene un mejor posicionamiento en el mercado) hacia un determinado <i>retail</i> o supermercado, implica también el manejo y distribución de los productos, por lo que podríamos decir que parte de la estrategia del <i>category management</i> podría incluir también la suscripción de contratos de distribución para la aplicación de la estrategia de <i>trademarketing</i> y potenciar de esta manera las ventas de dicha categoría para dicho <i>retail</i>.</p>

- iv) **El contrato de Agencia**, es una figura natamente empresarial, pues permite potenciar aspectos dedicados ya no a la colocación del productos en determinados puntos de venta para así asegurar el volumen adecuado de stock, sino que está vinculado a temas más ligados con el *marketing*, *trademarketing* y experiencia del cliente, por lo que se define como la actividad de intermediación que ejerce el agente (contratado) entre la oferta y la demanda de un producto, donde este informa al agenciado (contratante) sobre la demanda existente de un determinado producto, sino también buscar generar nueva demanda o por lo menos mantenerla, por lo tanto, no es un intermediario imparcial sino que está inclinado a a favor de un determinado agenciado (Bravo, 2014, pág. 713). En ese sentido, el contrato de agencia tiene como principal actor en la ejecución del objeto a la denominada “fuerza de ventas” a efectos de cumplir los

siguientes elementos: promoción y mediación, actuación por cuenta del agenciado, estabilidad o permanencia y finalmente independencia. A continuación, se presenta una tabla para explicar las diversas diferencias entre ambos contratos:

<b>Tabla 4: Diferencias con el contrato de Agencia</b>	
<b>Denominación del contrato:</b>	<b>Agencia</b>
<b>Vinculación con el contrato de <i>category management</i>:</b>	<b>Directa</b> El contrato de agencia podría realizarse como consecuencia de una recomendación de la ejecución del <i>planning</i> otorgada por el Capitán de categoría en la ejecución del contrato de <i>Category Management</i> , por lo que su implementación implicaría la ejecución de una estrategia de potenciamiento de las ventas en los locales del <i>retail</i> de la categoría de productos asignada al capitán.
<b>Diferencias en el desarrollo del objeto:</b>	Como se ha mencionado el contrato de Agencia tiene una función de promoción, ya que la fuerza de ventas del agente realiza labores de cumplimiento de las promociones a través de promotoras, por ejemplo, en la fidelización de un nuevo producto al consumidor final. Por lo que actúa como un gestor del incremento de la demanda de los productos del agenciado. Este tipo de contrato se brinda por un determinado tiempo, pues el agente tendrá que cumplir las estrategias de <i>marketing</i> y <i>trademarketing</i> vigilando el <i>stock</i> de productos en el punto de venta, la realización de activaciones promocionales para mejorar las ventas o fidelizar clientes, esto podría ser consecuencia derivada de la estrategia del <i>planning</i> del contrato de <i>Category Management</i> que, por ejemplo, recomienda alguna estrategia de venta en particular. Finalmente, la independencia radica en que la fuerza de ventas del agente no es personal de la empresa contratante, sino que se brinda como un servicio puntual. En consecuencia, encontramos que el <i>Category Management</i> tiene una característica de administración de la categoría en general, mientras que el contrato de Agencia se centra en la potenciación de las ventas del producto de esa categoría.

### **1.5 Sobre la naturaleza jurídica del contrato de Category Management en la doctrina extranjera.-**

El CATMAN se desarrolla en escenarios de negociaciones puramente comerciales de distribución de productos, como lo menciona Felipe Palau (1998), en la Constitución española, la libertad de empresa está subordinada al interés social, por ende, el límite de la misma será cuando esta pueda colisionar con los intereses sociales en consecuencia la libertad de entrada y salida al

mercado y la determinación de la conducta competitiva estarán subordinados a este interés (pp. 89-94). Por lo tanto, las acciones que desarrolle el capitán de categoría en el contrato de CATMAN están vinculadas necesariamente a estos límites, en ese sentido como lo señala Palau podría implementarse lo siguiente: “un acuerdo de distribución integrado con cláusulas no vinculantes de recomendación de precios de reventa” (1998; pág. 201). Esta inserción de cláusulas de “no vinculación” sirve de herramientas para que el Capitán de categoría (quien conoce la información de precios sobre los competidores) pueda estratégicamente hacer un deslinde con una posible conducta colusoria horizontal, pues los precios que recomendó al supermercado fueron no vinculantes.

Asimismo, la doctrina extranjera ha ido desarrollando una visión que ha permitido adaptar los contratos en general con el desarrollo de las nuevas manifestaciones sociales, entre ellas la empresa que juega un papel preponderante en las sociedades capitalistas, por lo tanto, la evolución de la construcción que tengan los nuevos contratos se hará en función de la necesidad que opere para la empresa y la repercusión que tenga sobre la sociedad. De esta forma, es como Guido Alpa en referencia a los contratos su relación económica y su dimensión social:

“Las reglas del contrato son, por así decir, desenmascaradas donde predicen una igualdad jurídica que no corresponde a la igualdad de hecho; el uso del derecho privado como derecho común es desenmascarado como empleo del derecho privado para favorecer a los operadores privados frente a la administración pública” (2015, p.377).

En consecuencia, la sistematización del contrato no estará solo en función al ordenamiento formal dispuesto por la ley, sino que la exigencia actual hará que su constitución este impregnada también de las directrices económicas y sociales. Esta modificatoria de los contratos irá acompañada de una regulación por parte del Estado, por lo tanto, la autonomía privada se verá orientada a la satisfacción de exigencias político-sociales.

Distinta es la opinión de Richard Posner que considera que el sistema adversario deberá de regirse en función de la eficiencia, de esta forma debemos de tener en cuenta que al igual que en el mercado – entendido como un sistema – las reglas de sanción estarán en función al coste de

oportunidad del infractor: “cuando los daños compensatorios son el remedio en caso de incumplimiento de una obligación legal, el efecto de la responsabilidad no es obligar a cumplir la ley sino obligar al violador a pagar un precio igual a los costos de oportunidad de la violación” (1998, pág. 489). A guisa ilustrativa, el infractor de un contrato preferirá asumir la responsabilidad de llevar a cabo diligentemente su actividad, a pagar los costos que implicaría cumplir una sanción monetaria muy fuerte, puesto que su costo de oportunidad será mucho mayor si es que comente la falta que si no la cometería, ya que las sanciones impuestas por el ente regulador del Estado son efectivas y altas.

De esta forma, encontramos dos posiciones contra puestas, la primera que nos indica que el Estado debe de intervenir por razones políticas las cuales tienen de fondo la necesidad de la protección social de los “más débiles” en este caso los consumidores, por lo tanto, el Estado deberá de intervenir este tipo de actuaciones a fin de que se proteja esta relación asimétrica para que el consumidor no se vea afectado por la actuación de dos empresas privadas que es ventajosa, así el Estado dispondrá de normas que regulen la libre competencia. De distinta opinión es Posner que nos propone que el sistema legal debe de asemejarse al mercado pues las normas que disponga para la regulación de las actividades empresariales deberán de estar en función de la búsqueda la eficiencia y la maximización de los beneficios que puedan tener los operadores económicos, por lo tanto, fuertes y efectivas sanciones harán que los posibles infractores a las normas de libre competencia no las cometan, evitando así un costo social sea asumido por los consumidores y sea enteramente asumido por el operador económico privado.

El contrato de CATMAN requiere de ese análisis para su celebración, pues los contratantes deberán de evaluar si su accionar va en contra de lo establecido en la norma de libre competencia, así teniendo en cuenta las posibles sanciones impuestas por el Estado y por la sociedad en general (daño reputacional) deberán de sopesar si implicar conductas colusorias en dicho contrato además de ser ilegal resulta ineficiente para los objetivos de la empresa y las propuestas por las reglas de distribución del Estado y la sociedad.

En ese contexto, es que esta rama del derecho ha tenido que tomar en cuenta la necesidad de establecer una estrategia que ya sea del lado de la influencia política de la empresa o de la

eficiencia para alcanzar mejores resultados que permitan ejecutar este tipo de contratos de forma exitosa y evitando las sanciones del Estado regulador. Por tanto, las empresas que encuentren una forma de establecer una serie de parámetros para la celebración del contrato de CATMAN, por ejemplo, deberán de tener en cuenta ciertos aspectos tan importantes como la libre determinación del precio que deberá de aplicar un supermercado sobre un producto de una categoría, esto teniendo en cuenta que el Capitán de Categoría brindará una recomendación.

Finalmente, es necesario destacar que el contrato de *Category Management*, ha sido establecido como práctica común y habitual en los Estados Unidos, por lo que analizarlo desde la perspectiva de desde el *common law* es parte fundamental del presente trabajo, para este fin es necesario detenernos en la figura del *contract* norteamericano que es una figura distinta al contrato europeo continental que fue el adoptado por el Perú, en ese sentido, la definición del contrato en el país del norte parte por entender la idea de *consideration* que hace referencia al concepto de acuerdo con Posner como la promesa donde la situación del contratante “A” mejora y también la del contratante “B” al momento de cumplirse el contenido de esa promesa (1998, pág. 96), entonces, el legislador norteamericano identifica de acuerdo con la *Restatement of Contracts* que el contrato es “La ejecución de una conducta o el intercambio de una promesa se pactan si a cambio de la promesa del prominente se busca que el promisor otorgue en reciprocidad una promesa” (Saavedra, 2016, pág.373). Es decir, la legislación norteamericana establece un marco general donde la principal función es el cumplimiento de una promesa que asegure una retribución, obviamente distinta al marco normativo peruano que trata de establecer una definición donde se declara la voluntad de constituir una relación jurídica patrimonial, por ende partimos de una regulación que busca identificar la existencia de un acuerdo como expresión de dos o más voluntades en contraposición de la idea del cumplimiento de una promesa y sus consecuencias, por lo que buscará establecer remedios si es que el cumplimiento de las condiciones de la promesa no generaron un mejor estado a los promitentes. Estas ideas han sido desarrolladas con mayor énfasis en la segunda parte de esta investigación que versa sobre los enfoques metodológicos aplicados como lo es el caso del enfoque de análisis comparado.

En efecto, la regla para la constitución de los contratos en Estados Unidos es amplia porque hace referencia al cumplimiento de una promesa, así el CATMAN y cualquier contrato “atípico”

puede desarrollarse siempre que mejore las condiciones patrimoniales de los promitentes y siempre que cumpla con lo establecido por ciertas reglas tales como la *Sherman Act* que delimita que el CATMAN se desarrolle en concordancia con la libre competencia, así lo podemos ver en casos como *Conwood vs. United States Tobacco* y *El Águila Foods Products INC. Vs. Gruma Corp.*, donde la autoridad judicial norteamericana encontró como fuente de la comisión de acciones anticompetitivas la suscripción de contratos de CATMAN que perjudicaron a una determinada empresa y dañaron la libre competencia, eso dos casos son desarrollados más ampliamente en la siguientes páginas de la presente investigación.

## **2. *Category Management* y libre competencia**

En este subcapítulo se señalará la relación que tiene el CATMAN con la legislación de protección de la libre competencia tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

### **2.1. Sobre las conductas anticompetitivas (colusión horizontal, colusión vertical y abuso de posición de dominio) en el contrato de category management en la doctrina nacional. -**

En el Estado Social de Derecho como principio medular para la articulación del Estado peruano es necesario delimitar los aspectos que tendrá el desarrollo de la economía de mercado en función al ejercicio de la libertad de empresa y a la protección de la propiedad privada. Empero, el ejercicio de ambos derechos está vinculado con la acción que tengan los agentes de mercado sobre el mismo, por lo que el Estado deberá de establecer pautas para que la competencia se desarrolle de forma libre siguiendo una regulación. En ese sentido, todo el ejercicio de libertad empresarial y el respeto a la propiedad privada tendrá su límite en la protección y desarrollo del interés social.

En ese orden ideas, resulta importante señalar que el concepto de la libre competencia ha ido transformándose dentro de nuestro ordenamiento jurídico así, en la constitución de 1979 se puede indicar lo siguiente: se establecieron los contenidos propios del derecho de la competencia, pero de forma desordenada y muy genérica mencionando que estaban prohibidos los monopolios, oligopolios y acuerdos relevantes a la actividad industrial y mercantil (Malpartida, 1999; pág. 08)

esta visión hacía demasiado énfasis en los temas netamente sociales no permitiendo que se tenga un mecanismo adecuado para el desarrollo empresarial. Es así que la constitución política de 1993 establece de forma más clara y ordenada la manera cómo el Estado desarrollará su rol como observador en el mercado estableciendo que será un facilitador y vigía de la competencia y combatirá toda práctica que la limite, así como el abuso de las posiciones dominantes y resalta el hecho de la asimetría que existe entre el consumidor y la empresa (Malpartida; 1999, pág. 10). Por lo que el rol del Estado pasa a tener una doble función: por una parte garantiza a los empresarios libertad para producir y comerciar bajo reglas claras de juego que respeten la libre competencia y por otro lado, garantiza los derechos de los consumidores, haciendo de este instrumento legal una herramienta más flexible y eficiente en relación al entorno económico y político latinoamericano.

De esta forma, la normativa de libre competencia peruana buscará a través del Decreto Legislativo N° 1034, su TUO y otras normas afines la regulación de los agentes de mercado a fin de que la aplicación de la misma no inhiba el funcionamiento de propuestas innovadoras para el mercado, sino que permita que éste funcione de forma más competitiva y por lo tanto eficiente (Quintana, 2011, pp. 25-26), que es precisamente lo busca el CATMAN al implementarse como una herramienta donde los beneficios serán tripartitos.

De esta manera la legislación peruana tendrá en la designación de la figura de la eficiencia económica la protección del libre mercado y la protección indirecta de los consumidores, esto en consonancia con la mano invisible que a través de los conceptos de oferta y demanda regula los precios de los productos. Por ende, como menciona Quintana: *“la tendencia mayoritaria a considerar que el objetivo de las normas de la competencia es la maximización del bienestar del consumidor”* (2011, pág.37). Por lo tanto, frente a una conducta colusoria por parte de una empresa tendríamos un resultado en la disminución de la producción de productos y un impacto social, pues la no competencia encarece la calidad de los bienes.

Por ende, se considera que la elaboración del CATMAN comprende que existen riesgos legales vinculados necesariamente al manejo de información confidencial como lo son los márgenes de precio o las estrategias de venta de la competencia, pues su mal manejo podría conllevar a la realización de un cartel que termine impactando dentro del bienestar social.

En ese orden de ideas, Pascual y Vicente señala que el derecho de la libre competencia tiene tres frutos prohibidos los cuales los directivos de las empresas no podrán tomar, ya que de hacerlo podrían tener no sólo problemas legales sino también serios problemas con el valor de la marca y de sus productos estos son: las conductas colusorias horizontales, las conductas colusorias verticales y el abuso de posición de dominio (2010, pp. 33-34). En consecuencia, las acciones que las empresas deberán ser muy cuidadosas al momento de intentar asumir el riesgo, pues podrán ser sancionados con una multa por la comisión de cualquiera de estas acciones. Un ejemplo de cómo es que las acciones negativas de una empresa se pueden traducir en prácticas colusorias es la firma de acuerdos que puedan encerrar la formulación de cárteles, ya que podrían tratarse de: “cualquier pacto verbal o escrito, mediante el cual varios empresarios se comprometen en un comportamiento real o potencial a restringir la competencia” (Pascual y Vicente; 2010, pág. 37).

## **2.2. Sobre la regulación de la libre Competencia en el TUO del D.L N° 1034 y su vinculación con el contrato de category management .-**

Como parte de la investigación, debemos señalar que nuestra partida inicial es entender al contrato de *category management* como un contrato atípico (como se ha explicado en capítulos anteriores), por lo tanto, el análisis que se realiza sobre el mismo versará sobre las implicancias de los riesgos legales contra la libre competencia que pudiera acarrear, ya que son los límites que deberá de respetar este contrato a fin de que pueda ejecutarse adecuadamente. En ese sentido, el capitán de categoría o el supermercado quien encarga el estudio de *category management* enfrentaría una situación donde podría cometerse ciertos tipos de acciones contra libre competencia, las cuales podrían traer diversas sanciones tanto administrativas como reputacionales a la empresa. En consecuencia, es importante delimitar qué es lo que nuestra doctrina local entiende por un acto contra la libre competencia y cómo este concepto ha ido evolucionando en el tiempo. De esta manera como lo señala Bullard:

El acto dañino a la competencia es uno que desvía la demanda de los consumidores (o la oferta de los proveedores) basándola no en un daño concurrencial legítimo (causado por mejores precios, calidades y condiciones) sino en elementos que distorsionan el proceso transparente del mercado, como información falsa o violación de los derechos de propiedad asignados por el sistema legal (2007, pág. 16).

En ese orden de ideas, tendremos una primera formulación del concepto de competencia el cual será enmarcado en lo que la doctrina denomina el “modelo social o institucional” que se caracteriza principalmente porque el derecho considerará como parte del sistema de la libre competencia no sólo a los comerciantes, sino también a otros operadores como los consumidores, los proveedores, los medios de comunicación quienes coinciden en el mercado (Sainz de Aja, 2007). Por lo que la celebración del contrato de CATMAN, deberá de realizarse en el marco del cumplimiento del modelo social implementado en el Perú a través del INDECOPI.

Por esta razón el bien jurídico tutelado es el interés sobre la libre competencia que tienen estos agentes de mercado, toda vez que los mismos participan de forma libre en el mismo y cuyas acciones buscan alcanzar no sólo el bienestar individual, sino también el social (Eyzaguirre, 2007; Sainz de Aja, 2007). En ese sentido, esta definición que nos brinda la doctrina satisface la necesidad que tenemos sobre el CATMAN pues la esencia del mismo tiene vinculación con los operadores económicos como los distribuidores y productores (agentes de mercado que buscan obtener mayores réditos económicos), Estado quien busca que los comportamientos de las empresas se ajusten a la mecánica de la regulación nacional y al funcionamiento de la mano invisible y finalmente los consumidores quienes son los beneficiados que se realice en los supermercados una correcta distribución de los productos en las góndolas.

Así es importante destacar las aproximaciones que tenga la norma peruana para libre competencia en este caso es el Decreto Legislativo N° 1034 y su Texto Único Ordenado el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, ambos cuerpos normativos tendrán la tarea de establecer la represión de conductas anticompetitivas y a su vez la de sancionarlas. Ambas normas no hacen una referencia directa a ningún tipo de contrato como el CATMAN, pero sí se considera cuáles son las acciones anticompetitivas que podrían dañar la relación entre operadores económicos del mercado, de esta forma el artículo segundo señala que se sancionará a aquellas personas jurídicas que puedan cometer actos contra la libre competencia, así también la norma sanciona tres tipos de prácticas: las conductas horizontales, las verticales y el abuso de posición de dominio.

De las conductas anticompetitivas antes señaladas aquellas que estarán vinculadas con el contrato de CATMAN, son las siguientes:

- i) Las conductas abusivas de posición de dominio siguientes: “*e) establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de competencia o similares que resulten injustificados y g) incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicio, o a no aceptarlos* (DL. 1034, art 10.2). Estas mismas conductas se refuerzan en el D.S N° 030-2019-PCM.
  
- ii) Las conductas colusorias horizontales y verticales siguientes: “*a) la fijación de forma indirecta de precios; d) el reparto concertado de clientes; obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado; i) concretar injustificadamente una distribución o venta exclusiva* (DL. 1034, art 10.2). Sobre estas mismas se refuerzan conceptos en el D.S N° 030-2019-PCM, donde también se van a sancionar la fijación de condiciones comerciales, la fijación de cuotas de venta y el reparto de proveedores, estas últimas serán sancionadas como prohibiciones absolutas.

Se puede hallar que en las práctica realizada por el CATMAN existe el riesgo de comisión de cualquiera de estas prácticas, por la misma naturaleza de este contrato que implica la entrega de información de carácter relevante para establecer una serie de estrategias de mejora en las ventas de una determinada categoría de productos, es así que a nivel del establecimiento de cárteles (prácticas colusorias horizontales) la información que maneja el capitán de categoría encargado de realizar el *management* puede concertar con otros competidores a través de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas al interior de un gremio o asociación (Quintana; 2015) la exclusión de un competidor o la fijación de precios para el canal moderno o incluso la distribución dosificada de productos a un determinado supermercado.

De esta manera, en la segunda parte de la presente investigación se desarrollará de forma más precisa los riesgos legales vinculados a la libre competencia que pueden incluirse dentro del desarrollo del CATMAN de manera que se pueda observar punto por punto los riesgos legales que

están enmarcados en el desarrollo de herramientas como *planning* y su vinculación con las actuaciones de las áreas involucradas en la ejecución del CATMAN. No obstante, debemos de valorar diversos aspectos que implican altos riesgos de comisión de acciones contra la libre competencia derivadas del CATMAN, así “un cartel puede ser efectivo solamente cuando sus integrantes cuenten con medios de monitoreo y sanción que les permitan controlar mutuamente el incentivo a desviarse” (Quintana, 2011, pág. 20), es precisamente la estructura del CATMAN la que puede servir como base de comunicación para la ejecución del cartel por ello la necesidad de su exhaustiva revisión desde un punto de vista legal, además el cártel requiere que sus integrantes puedan obtener de primera fuente información valiosa como márgenes de venta, volúmenes de mercadería distribuidos, condiciones de venta planteadas la competencia siendo el CATMAN una herramienta que permite que el Capitán de categoría tenga acceso y maneje esta información sobre toda una categoría de productos.

Por este motivo, es importante que podamos analizar de forma adecuada cuáles son los tipos de prueba que valora el INDECOPI al momento de estructurar una investigación y cuáles son los mecanismos económico-legales que las empresas deben de valorar para evitar la creación de cárteles. Así la aplicación tanto de la regla *per se* como de la regla de la *razón* para la determinación de alguna de las acciones anticompetitivas catalogadas en el TUO del Decreto Legislativo N° 1034 requerirán que se valore pruebas sucedáneas para su investigación siempre que este tipo de pruebas se sometan a un análisis lógico-legal el cual pueda permitir generar certeza sobre un hecho desconocido tal como lo prescribe el artículo 166° de la Ley General del Procedimiento Administrativo N° 27444: “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”. En ese sentido, es necesario valorar que cualquier inicio de algún procedimiento administrativo sancionador (PAS) en materia de competencia debe de estar imbuido por la presunción de licitud, tal como lo define el artículo 230° de la LPAG, de esta manera la pruebas que acompañen la investigación deberán de ajustarse a un razonamiento contra-fáctico o en palabras de Quintana “[...] luego deben de elaborarse las presunciones que se deriven de los indicios identificados y que impliquen la responsabilidad de los presuntos infractores. Las presunciones deben de inferirse de forma razonada y con base en a la experiencia del juzgador [...] si dichas explicaciones son rechazadas resulta necesario precisar las razones que

los justifican” (2011, pág. 24). De esta manera la aplicación de esta prueba ácida propuesta por el mencionado autor deberá de centrarse buscando posibles conclusiones que pueda ser razonablemente rechazadas por un contrargumento en contra de los indicios; sin embargo, si esto no puede cumplirse nos encontramos ante un indicio o indicios razonablemente válidos para la ejecución de una investigación en materia de libre competencia.

En ese orden de ideas, Quintana reconoce 04 actividades que pueden servir como base para la investigación de posibles acciones contra la libre competencia las cuales son: i) *Plus Factors* que acrediten la coordinación, ii) Paralelismo de conductas y iii) Indicios que demuestren el arreglo entre competidores (2011, pág. 27), a continuación, desarrollaremos en una tabla cada uno de estas acciones y su vinculación con el CATMAN:

<b>Tabla 5: Valoraciones probatorias para la comisión de acciones contra la libre competencia</b>		
<b>Nombre de la acción</b>	<b>Desarrollo</b>	<b>Vinculación con el CATMAN</b>
<b><i>Plus Factors</i></b>	Mercados donde ciertas características puedan generar la presencia cárteles tales como la presencia de productos similares, productos sin sustitutos cercanos, información de ventas ampliamente disponible y mercados con presencia de pocas firmas.	Sí, el contrato de CATMAN permite la disponibilidad de información de los competidores de manera amplia.
<b>Paralelismo en las conductas</b>	Los precios de los competidores tienen un comportamiento similar en el mercado, así debe de buscarse las razones económicas para este paralelismo o en su defecto revisar la existencia un determinado cartel implique el arreglo de los precios en el mercado.	Sí, el contrato de CATMAN a través del <i>planning</i> puede servir como un mecanismo para sugerir paralelismo en las conductas de los precios.
<b>Indicios que demuestren arreglo entre competidores</b>	Incluye documentos de diversa índole, tales como contratos, actas de Juntas de socios, planes de <i>marketing</i> y <i>trademarketing</i> , etc.	El contrato de CATMAN <i>per se</i> .

### **2.3. Sobre la regulación en materia de la libre competencia en la Comunidad Europea y su vinculación con el Category Management.-**

En este punto de la investigación hablaremos principalmente de la aplicación en materia de libre competencia en la comunidad europea, principalmente en España y cuál es su vinculación legislativa en con el contrato de CATMAN.

Al igual que la gran parte de la legislación continental americana, la legislación europea bebió como fuente para la construcción de su sistema de libre competencia de la *Sherman Act* norteamericana la cual le permitió establecer sus bases y adaptarlas al derecho continental europeo, estableciendo así un régimen que garantice que la competencia no pueda ser alterada o falseada en el sistema que desarrolla el mercado. De esta manera, los artículos 81° y 82° del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (en adelante TCE) determinarán la base el establecimiento de conductas anticompetitivas. Por ejemplo, la premisa inicial del artículo 81° del TCE prescribe:

Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Esta premisa es compatible con la legislación peruana, toda vez que la misma sanciona todo tipo de acuerdos y decisiones; no obstante a ello, la norma europea es más severa, pues declara nulo de pleno derecho cualquier acuerdo que implique el incumplimiento de esta norma, tal como se señala en el numeral segundo del artículo 81°. De esta manera ambas legislaciones establecen una cláusula general que a medida que se desarrolla una serie de tipos o conductas sancionadas por ambas normas.

El derecho de la libre competencia europeo reconoce la existencia de tres requisitos necesarios para la aplicación de la norma *antitrust* que son los siguientes: i) elemento subjetivo que vendrían a ser los sujetos afectados por la prohibición, ii) el elemento estructural, que vendrían a ser las

modalidades de acuerdos o conciertos prohibidos y iii) el elemento funcional el cual viene a ser la restricción de la competencia en el mercado común (Velasco, 2005; pp. 59-80). De estos tres elementos resulta relevante para el presente capítulo el análisis de los dos primeros a fin de delimitar cuál de qué manera ambos estarán vinculados con el contrato de CATMAN.

En ese orden de ideas, debemos señalar que para el derecho comunitario europeo los sujetos afectados por la prohibición son las empresas, que extrapolándose del Código de comercio, realizaran determinadas acciones. Sin embargo, la imputación jurídica recaerá sobre la persona que desarrolla dicha actividad, es decir, el empresario y que dicha actividad se definirá como: “el ejercicio de un actividad económica en el mercado, ofreciendo productos y servicios” (Velasco, 2005; pág. 59), este aspecto se condice con la normativa peruana enmarcada en el artículo 2° del D.L N° 1034 que establece también las personas naturales serán imputados dentro de la realización de una conducta anticompetitiva, más aún nuestra legislación encuentra responsables aquellos que hayan tenido participación en la planeación de la conducta anticompetitiva.

De la misma manera, la norma europea identifica como segundo punto el elemento estructural para indicar cuáles son las modalidades de cómo se puede cometer infracciones a libre competencia, en ese sentido, señala como uno de los elementos a los acuerdos. Ahora bien la definición de acuerdos para la norma europea estará vinculada a la obligatoriedad con la que la se ejecuten las promesas pactadas entre operadores económicos, ya sea a través de contratos con cláusulas vinculantes para las partes o incluso los llamados pactos de caballeros, que puedan llevar a la práctica de conductas anticompetitivas (Velasco, 2005), es decir aquellos acuerdos que no requieran de una formalidad escrita, pero sí de un cumplimiento de las partes de la conducta ilícita.

Como podemos ver del análisis de ambos requisitos, el contrato de CATMAN se encuentra perfectamente delimitado como un potencial acuerdo que podría contener cláusulas que vulneren la libre competencia ya sea por el manejo de la información que se obtenga por parte del capitán de categoría sobre la competencia o ya sea por las recomendaciones que este haga al *retail* a fin de administrar sus promociones y góndolas, de esta forma el rigor que se tenga en su desarrollo requerirá necesariamente de la observancia del cumplimiento del artículo 81° TCE a fin de que su existencia no pueda correr el riesgo de ser declarada nula de pleno derecho.

### **3. Jurisprudencia vinculada al *Category Management* ya los riesgos legales en su contratación**

La jurisprudencia nacional en materia de libre competencia ha establecido una serie de lineamientos para robustecer las sanciones y tipología del establecimiento de conductas anticompetitivas como el abuso de posición de dominio y las conductas colusorias. Para este fin se analizarán diversos casos nacionales vinculados con la temática.

#### **3.1. El caso de los Menudencieros y los acuerdos verticales, sancionado por INDECOPI. -**

Para estos efectos de la presente investigación debe de resaltarse que el manejo de información es vital para el conocimiento del mercado, por lo tanto, el manejo indebido de dicha información podría ocasionar una alteración en la aplicación de las reglas del funcionamiento del mismo, así por ejemplo debe de destacarse la resolución N° 039-95-INDECOPI/CLC donde se va a tratar la denuncia de la Asociación de Menudencieros de Ganado vacuno de la provincia de Huaral en el departamento de Lima contra el Consejero de la provincia de Huaral, Carlos Medina Morales, pues a través de la autoridad del camal se comprobó que la administración había concertado con los proveedores a fin de determinar un precio que beneficiara a estos últimos en detrimento de los menudencieros (Comisión de la libre competencia del INDECOPI, Res. N° 039-95-INDECOPI/CLC). En consecuencia, la comisión dictaminó que los proveedores de ganado vacuno del camal determinen de forma individual sus precios.

Esta resolución de la Comisión de Libre Competencia es un hito importante en el caso peruano, pues la venta de la menudencia estaba administrada por un conjunto de comerciantes del camal de la ciudad de Huaral quienes mantenían un aparente abuso de su posición de dominio y una concertación del precio con los proveedores sobre la venta de dicho bien (mercado del producto) y quienes poseían un control sobre la venta en el camal de la ciudad (mercado geográfico), ya que la cúpula de la administración dirigida por el Consejo provincial tenía la labor acordar los precios que los ganaderos venderían la menudencia, en consecuencia este caso del año 1995 es uno de los primeros casos peruanos donde observamos una colusión para la comisión de conductas anticompetitivas en forma de “T” donde a su vez un grupo de comerciantes usa un

instrumento de carácter imparcial (la asociación del camal) para abusar de su posición de dominio y brindarle así una fechora de legalidad a las acciones que realizaban, pues la compra de la menudencia “se venía monopolizando [...] pagando el precio y en la fecha que ellos fijaban por medio de un sistema de entrega rotativa”(Flint, 2002, pág 1000). Sin embargo, la comisión resolvió que no existió un abuso de posición de dominio, pues los comerciantes que no formaban parte sí podían acceder a la menudencia; no obstante, sí se encontró culpable a la asociación de establecer una concertación mediante el uso de la venta rotativa del producto a los diversos proveedores, todo esto en incumplimiento del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701, que era la norma de libre competencia que regía en esos años que en su numeral “a” prescribía la sanción por lo siguiente: “La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”.

Esto nos lleva a la siguiente conclusión, como vemos al igual que en CATMAN existen una serie de proveedores los cuales a través de la administración del camal (que haría las veces de supermercado) conocía cuánta demanda existía y por lo tanto, al ser el único canal de venta de esta menudencia podía ponerse de acuerdo con los proveedores a fin de que estos puedan tener un mejor precio, afectando a otros menudencieros – fuera de la asociación que funcionaba como una organización que transparentaba la práctica ilegal - quienes tenían que comprar este producto a precios altos trasladando el costo final al consumidor del mercado.

### **3.2 El caso de la concertación de precios del trigo. -**

Otro caso digno de destacar es el sanciona la concertación de precios en la comercialización del trigo, a través de la resolución N° 047-95-INDECOPI/CLC, donde se sanciona la concertación de precios a través de conductas colusorias horizontales, pues luego de una guerra de precios entre las molineras durante el año 1994 y tras una difícil situación financiera producto de esta guerra deciden coludirse a fin que al siguiente año pudieran tener una mayor ganancia por sus productos, es así que “se habría llegado a un acuerdo entre firmas competidoras a fin de hacer un reajuste, elevar los precios de productos a niveles razonables”, toda vez que las molineras Consorcio de alimentos Fabril S.A, Cia. Molinera del Centro S.A, Molino Italia S.A, Alimentos procesados S.A, Nicolini, entre otros habrían incurrido en un aumento de precios del trigo, para este fin se encontró que los márgenes de precio de las ventas de la competencia por lo tanto podrían manejar de forma

tal que pudieran conocer cómo es que sus competidores vendían la harina (Comisión de la libre competencia del INDECOPI, Res. N° 047-95-INDECOPI/CLC).

Este caso nos lleva a un nuevo escenario donde vamos a encontrar el desarrollo de figuras importantes que la autoridad que regula la libre competencia, determina como importante para señalar las formas cómo se organizarán las empresas para la afectación de la libre competencia en ese sentido de acuerdo a Quintana encontramos que existen i) los acuerdos entre competidores que son contratos o convenios que ponen de manifiesto la voluntad de los competidores de establecer un mecanismo de alteración a la libre competencia de forma que el documento contenga de forma explícita este acuerdo y ii) aquellos pactos no formalizados o “pactos de caballeros” que se determinan como prácticas concertadas (2011, pp. 16-17), de esta forma el segundo grupo de conductas son las analizadas en el marco del caso de la concertación del trigo, pues el hilo conductor para determinar la existencia del cartel se estableció a través de conductas paralelas derivadas de documentos diversos, como lo menciona Quintana “se encuentran actas de directorios utilizadas en el caso de concertación de precios entre las empresas productoras de haría de trigo” (2011, pág. 30), es decir, los documentos usados para el establecimiento del cartel no fueron documentos que acrediten de forma directa la existencia de acuerdo, sino que los efectos del acuerdo se estableció a través de cumplimiento de órdenes de la alta gerencia.

A manera de colofón, es importante destacar que el CATMAN se puede presentar como un mecanismo del control para el cumplimiento de prácticas concertadas, así como un mecanismo fuente que permita conocer de forma integral información sensible de los competidores en manos del Capitán de Categoría, por lo tanto, los posibles actores del cártel pueden actuar de manera sincronizada estableciendo a través de, por ejemplo, actas de directorio, correos electrónicos, etc., estableciendo de forma indirecta el cumplimiento de la alteración de la libre competencia.

### **3.3 El caso Clorox y Quimpac, cuando los acuerdos de exclusividad con una empresa que detenta posición de dominio ocasiona una colusión vertical .-**

En el establecimiento de la estrategia comercial del CATMAN los actores principalmente son empresas que tienen ya un posicionamiento en el mercado de la categoría sólido, no obstante, este

posicionamiento además de traer ventajas en la mejora de los productos y una mejor estrategia de ventas si es que se establecen las asociaciones comerciales adecuadas de esta forma las empresas muchas veces establecen contratos de exclusividad como en el caso de Quimpac productor de hipoclorito de sodio para todo el Perú (es decir esta empresa presentaba la posición de dominio de todo el mercado, pues era el único país que lo detentaba) firmó un acuerdo de exclusividad de venta de su producto con la empresa Clorox, lo que trajo consigo que de forma indirecta esta empresa consiguiera la posición dominante en el mercado del hipoclorito de Sodio necesario para la fabricación de líquidos para la limpieza como lo son la lejía.

El caso fue resuelto mediante la Res. N° 005-2008-INDECOPI/CLC, los denunciantes fueron las empresas Dispra E.I.R.L y Gromul S.R.L empresas que identificaron que a raíz del convenio de exclusividad Clorox tenía una posición dominante en la venta del hipoclorito de sodio asimismo usaba sólo el 20% de lo que le compraba a Quimpac (para satisfacer su producción) y el resto era vendido a precios inflados, de acuerdo a los denunciantes (Fernández-Baca Llamosas, 2011, pág. 74). De esta manera, el contrato de exclusividad traía consigo un perjuicio a los competidores y una ventaja doble a Clorox, por lo que permitía vender sus productos a un menor precio y la discriminación de precios a otros competidores. Uno de los puntos a destacar para efectos de la presente investigación es el informe de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI que fue presentada para este caso en la cual determina lo siguiente: “existen barreras estratégicas vinculadas principalmente con la relación comercial entre Quimpac y Clorox y el grado de utilización de la capacidad instalada por parte de Quimpac, las cuales son suficientemente altas como para disuadir la entrada de algún competidor” (Fernández-Baca Llamosas 2011, pág. 81), en consecuencia, el contrato entre ambas habría permitido que el control de información del producto comercializado sea detentado solo por Clorox, esta empresa por lo que los otros competidores estarían excluidos de obtener un mejor precio y competir de forma adecuada.

La discriminación de precios, producto de la implementación del contrato de exclusividad entre Quimpac y Clorox se estableció como una de las posibles consecuencias de la colusión vertical entre ambas empresas, no obstante, tanto la resolución de la Comisión como la del Tribunal de INDECOPI señalaron que el control que establecía Clorox sobre la distribución del producto podría traer consecuencias perjudiciales para la competencia y los consumidores. Un hecho similar se puede dar en el CATMAN, toda vez que el capitán de categoría quien es una empresa que tiene

usualmente posición de dominio, puede establecer algún tipo de contrato de exclusividad con la cadena de mercado haciendo que se presenten riesgos de existencia de una colusión vertical.

### **3.4 El caso Conwood vs. United States Tobacco en los Estados Unidos . -**

Durante este primer capítulo de la presente investigación se ha determinado las ventajas comerciales que trae consigo la suscripción del CATMAN, no obstante, también se han descrito los diversos riesgos legales que trae consigo la suscripción y aplicación de este contrato. De esta forma, el caso Conwood vs. United States Tobacco en Estados Unidos es una piedra angular en los casos de libre competencia y CATMAN, pues es el primer caso sentenciado por parte de una autoridad de libre competencia por la aplicación indebida en todo el mundo. A nivel de un análisis de mercado es importante destacar que ambas empresas son productoras/distribuidoras de tabaco en hojas secas se vende como un producto que puede usarse como una variante del consumo de tabaco en cigarrillos, ya que el consumidor puede usar las hojas de tabaco secas y colocarlas en la boca a fin de masticarlas y obtener los mismos efectos que produce el tabaco, siendo una forma opcional de consumirlo. Este producto también conocido como tabaco húmedo presenta las mismas restricciones de la publicidad que tiene el tabaco en cigarrillos por lo que su distribución y publicidad se encuentra muchas veces limitada a la distribución en los puntos de venta que pueda darse en los supermercados, por lo tanto, la distribución en góndolas de estos productos resulta de enorme importancia para el presente caso que fue un tema de discusión en el presente caso.

El caso Conwood vs. United States Tobacco dos empresas las cuales iniciaron un proceso ante el sexto círculo de justicia, toda vez que United States Tobacco (en adelante UST) realizó un abuso de posición de dominio a través la información obtenida de un contrato con CATMAN con una cadena de supermercados local de esta forma, la venta de su marca de tabaco buscó desplazar al producto de la competencia incumpliendo la sección segunda de la Sherman Act norteamericana. La importancia de este caso radica en la identificación de diversos riesgos legales al momento de celebrar el contrato de CATMAN, tales como: I) facilitar la colusión vertical entre el capitán de categoría y el supermercado a través de un “hub and spoke”. II) Como segundo supuesto los contratos de CATMAN presentan también riesgos tales como que el capitán de categoría pueda excluir de forma sistemática la participación de otros competidores más pequeños a través de reporte de planeamiento que dará como parte de la gestión de la categoría que tiene a cargo

(Wright; 2009. pp. 316-317). De esta forma, la comisión de conductas anticompetitivas tanto verticales como el abuso de posición de dominio se presentaban en este caso, por lo tanto una lesión a la eficiencia que podría darse en el funcionamiento del mercado y por lo tanto un encarecimiento del producto; no obstante a ello, el daño que pueden tener los competidores ajenos a la elaboración del CATMAN tienen que estar plenamente identificados y asimismo debe de señalarse lo siguiente: cuál es el impacto que tendrían de forma razonable lo que en el caso señalado no se presenta toda vez que Conwood debió acreditar que el daño producido por UST por excluirlos de las estanterías de los supermercados tuvo como efecto que no pudieran alcanzar una mínima eficiencia en la venta de sus productos (Wright; 2009, pp. 333-334).

La denuncia presentada por Conwood se centraba en 03 (tres) puntos resaltantes: i) que UST estaba excluyendo de forma deliberada los productos de Conwood de los diferentes puntos de venta aprovechando su posición de capitán de categoría, ii) distorsión de los precios reales en volumen de ventas que UST reportaba a los *retails* sobre la venta de los productos de la competencia y iii) UST habría buscado a través de la firma de acuerdos de exclusividad para limitar el ingreso de nuevas marcas de tabaco húmedo a fin de beneficiarse de la menor cuota de competidores existe en un mercado pequeño como es el caso de esta categoría (Tribunal de apelaciones de los Estados Unidos – 6to Circuito, 2002). Los descargos de UST se centraron básicamente en señalar que la eliminación de productos de los estantes de la competencia fue una cuestión aislada y que no tuvo mayor repercusión, asimismo, indicó que la práctica del CATMAN era práctica comercial que llevaba muchos años y que no había tenido mayores repercusiones sobre la libre competencia.

Una vez advertidos y analizados todos los argumentos expuestos por las partes y asimismo presentados los descargos de UST el tribunal identificó que durante el periodo que esta empresa desarrolló la estrategia de CATMAN en la categoría de tabaco húmedo afectó de forma sustancial el crecimiento sostenido que tenía Conwood en dicha categoría, por lo que, de no haber existido una intervención de parte de UST, los productos de Conwood lo hubieran superado en ventas. De igual manera, el tribunal señala que existió una estrategia para eliminar productos de la competencia de UST en la categoría para lo cual se valieron de estrategias dictadas de forma directa por los gerentes de venta de la empresa a fin de obtener una ventaja de forma ilícita en cuanto a las ventas y finalmente el tribunal determina que este tipo de conductas alteran la libre competencia

no permitiendo que los consumidores puedan escoger dentro de la variedad de productos ofrecidos en los diversos puntos de venta (Tribunal de apelaciones de los Estados Unidos – 6to Circuito, 2002).

En conclusión, podemos identificar que el CATMAN puede traer riesgos legales de diversa índole, no obstante, en el presente caso analizado se determina que el manejo de los puntos de venta que tiene el capitán de categoría presenta una serie de ventajas en relación al manejo del mercado geográfico y a la disposición en los diversos puntos de venta de los productos de la categoría que tiene a cargo lo cual podría implicar un conocimiento mayor en cuanto a los volúmenes para la venta que la competencia destina a un determinado mercado geográfico y lo cual podría hacer que a la larga la información que tiene el capitán de categoría pueda ser destinada a la eliminación de la competencia o a un sutil reducción de su participación como ocurrió en el presente caso.

### **3.5 El caso El Águila Foods Products INC. Vs. Gruma Corp. En los Estados Unidos .-**

El presente caso se resolvió en el año 2003 por el Tribunal Distrital de Texas Sur e implicó la participación de los demandantes El Águila Products, Anita's Mexican Foods Corp entre otros, contra Gruma Corporation toda vez que se habría producido una conducta anti competitiva por parte de la demandada en cuanto a la categoría de venta de tortillas en *retails* en diversos estados del sur de Estados Unidos tales como California, Arizona, Texas y Michigan, resulta importante destacar la existencia de un mercado geográfico relevante en dicha zona toda vez concentran una cantidad importante de migración mexicana por lo que la tortilla es un elemento básico para la preparación de comidas como en el desayuno en dichos Estados, además de tradicionalmente haber estado vinculados con México por haber sido parte de este país durante el siglo XIX, en consecuencia, a criterio de los demandantes estos habrían Gruma Corp. Habría infringido las secciones 1 y 2 de la Sherman Act al haber utilizado su cuota de posición de dominio para excluir a otros competidores y monopolizar la venta de tortillas.

Los demandantes señalaron que a raíz de la suscripción de un CMA (Category Management Agreement) los diversos demandados habrían incurrido en prácticas monopólicas al haber sido nombrados como capitanes de categoría para estos *retails*, por lo tanto, existiría dentro del

CATMAN suscrita una serie de acuerdos con los supermercados para tener precios y descuentos con GRUMA CORP. Y sus productos, aprovechando estos últimos de la información que tienen y de la posición dominante que detenta. Por su parte GRUMA CORP., respondió señalando que si bien es cierto ejerció como capitán de categoría para diversos *retails*, la estrategias que propusieron para la venta de espacios en góndolas y adquisición de espacios en punto de venta para los competidores se hicieron a precios muy bajos de tal suerte que los beneficiaba, asimismo la demandada señaló que el mercado relevante del producto no es el señalado por los demandantes pues debe en el mercado de tortillas debe de tenerse en cuenta aquellas que son derivadas de la misma como los chip o aquellas que se producen de forma artesanal y que se venden en mercados tradicionales y bodegas; finalmente, aseguraron que el ingreso al mercado de tortillas es de muy fácil acceso y que cualquier empresa – incluso con muy poco capital puede entrar en el mismo- por ende no habría posibilidad de exclusión de dicho mercado y finalmente señalaron que el mercado geográfico relevante no debe de solo equipararse a los Estados de la frontera sur de los Estados Unidos sino a todo el país en general (Tribunal del Distrito sur de Texas, 2003).

De acuerdo con lo señalado por los demandantes del caso, el CATMAN *per se* implica una violación a las leyes *antitrust* norteamericana, no obstante, la Corte determinó que si bien existen acuerdos de “exclusividad” entre los *retails* y GRUMA CORP., se demostró que esta empresa solo tiene el 50% en los puntos de venta mientras que marcas blancas como las del supermercado HEB tienen mayor presencia de mercado y por lo tanto mayor venta en California (Tribunal del Distrito sur de Texas, 2003) por lo tanto, no prueba que GRUMA CORP., tenga exclusividad sobre la venta del producto, asimismo se puede encontrar productos de la competencia donde GRUMA CORP., tiene acuerdos de exclusividad en las góndolas con los *retails*, en consecuencia la Corte determinó que no existía la posibilidad exclusión de otras marcas de la categoría de la competencia.

Finalmente, es necesario mencionar que frente a la existencia de un monopolio por parte de GRUMA CORP., la Corte valoró como hechos importantes que los diversos testigos presentados por los demandantes fueron excluidos por razones procesales, no obstante, la valoración final que hizo la Corte fue la de desestimar la demanda, pues no se encontró que exista un daño grave a la libre competencia ni tampoco una exclusión de las diversas marcas denunciadas de la categoría, toda vez que incluso las propias marcas se negaron a la firma de un acuerdo para los puntos de venta autoinfligiéndose una exclusión de las góndolas.

## **CAPÍTULO II**

### **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

En esta etapa de la investigación se va a desarrollar los diversos problemas vinculados al contrato de CATMAN tanto desde un punto de vista legal, contractual y reputacional a fin de determinar los diversos casos en los cuales se podría cometer una infracción a la libre competencia. Asimismo, se desarrollará el enfoque comparado donde veremos cuál es la carga contractual que trae consigo el contrato de CATMAN creado en Estados Unidos.

#### **1. Los riesgos legales y su gestión**

En esta sección se desarrollarán los diversos riesgos legales vinculados a la suscripción del contrato de CATMAN.

##### **1.1 Los riesgos legales:**

Los riesgos en general están presentes en las actividades humanas, los diversos quehaceres que se planteen las empresas y las personas conllevan a la toma de decisiones las cuales muchas veces pueden implicar una situación donde el resultado de esa decisión podría manifestarse en la generación de un accidente de trabajo, en la pérdida de una inversión en la bolsa de valores o en el incumplimiento de la ley. De esta forma el riesgo se define de acuerdo con la norma ISO 45001:2018 (2018) como el efecto de la incertidumbre, se caracteriza por referenciar a eventos potenciales y sus consecuencias o una combinación de ambos, de esta manera, se podrá expresar en los términos de las consecuencias que tenga un evento y la probabilidad asociada de que este evento ocurra y cuyos efectos pueden ser negativos o positivos, por tanto, el riesgo se manifestará como una desviación de lo esperado, planificado o establecido (pág. 06). Por lo tanto, queda claro que las personas en su día a día tendrán que lidiar con la incertidumbre de las decisiones que vayan a tomar si es que estas no están vinculadas a la una reflexión sobre las consecuencias que obtendrían al momento de ejecutar una acción riesgosa.

Esta lógica también se aplica a los negocios, pues vemos que las empresas toman decisiones constantes a través de sus gerentes y directores de línea para así obtener los mejores beneficios que permitan a las empresas mejorar su rendimiento, utilidades y competitividad en el mercado. Sin embargo, estas decisiones requieren de un proceso de reflexión para que puedan identificarse desde todos ángulos los riesgos que implican la toma de decisiones que pueden afectar directamente al desempeño de la empresa. Es de esta forma que- en un estado ideal de las cosas- las empresas consultarán a sus diversas áreas para que puedan tener un panorama técnico de la toma de decisión frente a una acción que contenga un posible riesgo y determinar sus posibles consecuencias, en ese sentido, por lo tanto, cabe preguntarse ¿deben de gestionarse los riesgos de forma preventiva o debemos de reaccionar ante ellos recién cuando se hayan materializado?

En ese orden ideas, queda establecido que los riesgos están vinculados a la debida diligencia con la cual actuarán los tomadores de decisión de un determinado negocio y/o empresa, por lo que si esta decisión trae consigo un posible o probable impacto de carácter legal ya sea por el incumplimiento de una norma o por un acuerdo desventajoso asumido en un contrato, estaremos frente a un riesgo legal. Este tipo de riesgo de acuerdo Avendaño se define como: “la posibilidad de ver disminuido el valor de la empresa como consecuencia del incumplimiento, cumplimiento incorrecto o inoportuno, de normas legales o de obligaciones de cualquier naturaleza, ya sea por desconocimiento o por mala redacción de normas o contratos” (2016), por lo tanto, la gestión de los diversos aspectos económicos vinculados a la empresa estarán evidentemente vinculados al cumplimiento de ciertas características, las cuales van a encontrar su fuente en la norma, en el mantenimiento de la buena reputación, en la generación de una ventaja competitiva o en la generación de medidas para obtención de mayor utilidad. De aquí que los riesgos legales puedan identificarse en cada uno de los puntos antes citados, por ello, es necesario que frente a escenarios cada vez más competitivos, las medidas a tomar sean audaces, pero siempre con una reacción rápida a nivel legal para evitar las consecuencias negativas de un riesgo y afectar a la empresa.

En ese orden de ideas, los riesgos legales pueden estar vinculados a tres (03) grandes supuestos los cuales traerán consigo diferentes efectos negativos a la empresa, estos tres supuestos de acuerdo a la norma del Comité de Basilea para los riesgos legales financieros pueden ser: i) Cumplimiento de la norma; ii) acuerdos privados entre las partes; iii) Procesos judiciales y/o procedimientos

administrativos (citado en Pineda, 2019, pp. 125-126), así estos supuestos pueden desarrollarse de la siguiente forma:

- i) **Cumplimiento de la norma**, es un tema básico para el funcionamiento de cualquier empresa, desde los permisos con las municipalidades para el funcionamiento del establecimiento de producción y/o distribución, la toma de medidas vinculadas a la salud y a la bioseguridad de las personas en las instalaciones de la empresa, al cumplimiento de las reglas de libre competencia establecidas por el Estado para regular las buenas prácticas en el mercado o al cumplimiento de normas técnicas que determinen estándares de calidad. De esta forma el incumplimiento de una norma puede darse por negligencia o desconocimiento de un determinado cuerpo normativo que impacte negativamente en la compañía, evidentemente el incumplimiento de una norma puede traer consigo muchas más complicaciones a las empresas, pues al haber sobrepasado los límites de las reglas establecidas por la norma podríamos estar de sanciones económicas o peor aún frente a un caso de corrupción para intentar mitigar el impacto de dicho incumplimiento. Es decir, la empresa deberá de cumplir de forma diligente y responsable todas las reglas emanadas de una norma a fin de establecer su funcionamiento en los márgenes del marco normativo, generando un impacto positivo en su nicho de mercado, en su relación con los consumidores y en su respuesta frente a la supervisión de la regulación emitida por el Estado.
  
- ii) **Los acuerdos privados entre las partes**, también son una fuente de posibles riesgos es así que la necesidad de tener un funcionamiento más eficiente del negocio, en el estrés producido por la competencia establecida en el mercado así como por el apetito que tiene una empresa por generar mayor utilidad, lleva a los privados realizarán diversas acciones las cuales les permitan establecer relaciones jurídicamente relevantes las cuales podrán decantar en beneficios positivos para las partes que participan en dicho acuerdo. Así tenemos que los privados entre sí podrán firmar acuerdos, los cuales se encuentran básicamente determinados en contratos, convenios y acuerdos propiamente dichos. De esta forma, si en el establecimiento de cualquiera de estos tres existiera, por ejemplo, el incumplimiento del objeto generado por una de las partes, esto traerá consecuencias jurídicas tal como lo sería una demanda interpuesta por la

parte afectada o si dos privados deciden firman un acuerdo que contenga términos ilegales, los mismos podrán ser pasibles de sanción por parte de la autoridad o finalmente porque el acuerdo contiene cláusulas confusas las cuales no permiten su adecuada ejecución.

- iii) **Procesos judiciales y/o administrativos**, como consecuencia del incumplimiento de las normas legales y de las responsabilidades asumidas por parte de la empresa con terceros surge un tercer nivel de riesgos legales, aquellos que están a vinculados con los procesos frente a la autoridad que tendrá que afrontar una empresa por el incumplimiento de sus obligaciones los cuales podrían tener como consecuencia multas para la empresa generando pasivos innecesarios, daño reputacional frente a sus consumidores, competencia e incluso la liquidación de la empresa así como penas de cárcel para sus funcionarios si la falta fuera muy grave de perder una contienda judicial o arbitral.

## 1.2 La gestión de riesgos legales:

La práctica del derecho actualmente se ha convertido en una actividad dinámica, hemos pasado de ser abogados de escritorio con una fuerte carga de conocimiento de aplicación de la norma en la resolución de conflictos a ser un apoyo en el funcionamiento general de las empresas. Es así que el abogado o gerente legal hoy trasciende en la empresa, pues su búsqueda está en el conocimiento transversal de la empresa para que al momento de establecer estrategias de toma decisiones el abogado podrá brindar un soporte a los gerentes en función a la administración de los riesgos a través de un conocimiento de la norma y la planificación del negocio, es decir generará un componente que permita actuar de forma preventiva frente a los riesgos.

En ese sentido la herramienta que se utilizará para afrontar la problemática en la empresa de forma general será la gestión de riesgos que la ISO 31000:2018 define: “como todas aquellas acciones coordinadas para dirigir y controlar los riesgos a los que puedan estar abocadas las organizaciones” (2018), así la creación de este sistema se hará a través de cuantificar de qué manera le riesgo podría impactar en la organización, en ese sentido, la norma técnica señala que para establecer ese criterio se utilizarán dos medidas: i) la probabilidad y ii) el impacto.

- I) La probabilidad, entendida como la posibilidad que un determinado suceso ocurra, de esta forma se buscará tener en cuenta en qué medida la empresa la decisión de negocio riesgosa pueda ocurrir dentro de la compañía, teniendo en cuenta que existen dos fuentes: la primera, probabilidades derivadas de riesgos internos como por ejemplo la firma de un contrato y la segunda, aquellas derivadas de fuentes externas como por ejemplo una crisis financiera o sanitaria.
  
- II) El impacto, está vinculado con la magnitud que tenga el efecto del riesgo sobre la empresa, en la cual todas las partes interesadas empezarán a cuestionarse de qué forma ya sea positiva o negativa impactará un determinado riesgo sobre la empresa. Por ejemplo, el hecho de despedir a un conjunto de trabajadores sin ningún tipo de negociación es una acción riesgosa que podría tener un impacto negativo en la empresa, pues traerá consigo probables juicios los cuales tienen altas probabilidades de ser perdidos.

De este modo es como a través de la gestión de riesgos las empresas buscan establecer un mecanismo oportuno y eficiente que les permita hacer frente a las decisiones que haya tomado, así la empresa iniciará un análisis integral para la toma de decisiones frente al riesgo legal, para lo cual el gerente legal o el abogado que tenga a cargo el área legal de una empresa deberá en primera instancia contextualizar el evento a fin conocerlo en toda su magnitud, luego de esto se deberá de identificar qué riesgos se encuentran enmarcados en dicho evento, una vez hecho esto se evaluarán los posibles impactos que tenga el riesgo y finalmente se hará un tratamiento para dicho riesgo legal, de tal forma se establezca una estrategia dinámica entre el área legal y los tomadores de decisión de la empresa.

El proceso dinámico de la gestión de riesgos requiere en una primera instancia de encontrar un instrumento regulatorio que le permita tener un panorama de actuación, por lo que en el caso de las empresas este instrumento es la norma del sector al cual está vinculado es riesgo, de esta forma, el área legal deberá de enfocarse en el estudio de la norma en cuestión a fin de determinar sus alcances y límites. Mientras que de forma interna el área legal buscará concretar con las áreas internas vinculadas al negocio: finanzas, ventas, marketing, logística y recursos humanos la

estrategia conjunta para afrontar el evento riesgoso. Así luego de haber establecido una estrategia conjunta para el riesgo la aplicación de dicha estrategia se podrá traducir en las siguientes acciones de respuesta, tal como lo establece la norma técnica ISO 31000:2018:

- a) **Supresión del riesgo**, a través de medidas que puedan hacer que las empresas eliminen el evento riesgoso de su operación.
- b) **Transferencia del riesgo**, a través de medidas que en las que la empresa traslade el riesgo a un tercero para que este responda sobre sus consecuencias.
- c) **Mitigación del riesgo**, a través de medidas que permitan minimizar los impactos que pudiera tener el evento riesgoso.
- d) **Explotación del riesgo**, en el caso que los efectos del riesgo sean positivos la empresa deberá de establecer mecanismos que los efectos del mismo puedan maximizarse.
- e) **Aceptación del riesgo**, si el mismo no puede ser resuelto por ninguna de las respuestas anteriores, de esta forma, la empresa tendrá en cuenta que debe de convivir con el riesgo, para lo cual deberá de establecer un plan de adaptación al riesgo.

En ese orden de ideas, la estrategia que tomará en cuenta para el tratamiento de los riesgos implicados en la suscripción de los contratos de *Category Management*, será el establecimiento de un *compliance* legal que permita tomar decisiones estratégicas para determinar respuestas a los diversos riesgos de este tipo de evento, así el *compliance legal* se entiende en palabras de Teijeira (2015) como la interacción que tendrá el Órgano de administración con los diversos Órganos operativos para la toma de decisiones sobre el manejo de riesgos legales, los cuales puedan involucrar a los actores internos (accionistas, gerentes, trabajadores y terceros) así como de aquellos actores externos (clientes, proveedores y consumidores), a través del cumplimiento (*compliance*) de una norma o de un conjunto de normas, generando así una estructura de manejo del riesgo que esté vinculada de forma directa con el buen gobierno corporativo (pp. 938-939), por lo tanto, la estrategia de gestión de riesgos vinculada al cumplimiento normativo o *Compliance* es una herramienta que abarca de forma transversal a toda la compañía y sus diversas relaciones tanto internas como externas, asimismo, esta estrategia debe de ser dirigida por el gerente/abogado de la empresa o el oficial de cumplimiento, quien conoce la norma y también tiene conocimiento del funcionamiento y necesidades del negocio.

En adición, el *compliance* legal se presenta como una herramienta de autogestión de los riesgos legales ejecutada por la propia empresa, la cual busca dotar de soluciones ágiles y prácticas a problemas vinculados con la toma de decisiones para los negocios. Esta herramienta a su vez se encuentra sustentada en el cumplimiento del marco normativo para cada materia en el cumplimiento de las políticas del buen gobierno corporativo de la empresa, en consecuencia estas soluciones a los eventos riesgos estarán traducidas en contratos y acuerdos con cláusulas de *compliance* robustas, códigos de conducta, reglamento interno de trabajo, políticas de estrategia de ventas, establecimiento de buenas prácticas en relación a las negociaciones que se establezcan con terceros y la creación de un área de *compliance*.

## **2 Los riesgos legales vinculados a la celebración del contrato de Category Management (CATMAN)**

El contrato de Category Management como se describió en anteriores capítulos de la presente investigación presentan dos características básicas: i) se trata de un contrato atípico vinculado a la práctica comercial de las grandes cadenas de supermercados, ii) es un contrato complejo, porque abarca no sólo una simple prestación de servicio, sino como su nombre lo indica, también abarca el gerenciamiento de un área específica de una parte del negocio de un *retail* (cadena de supermercado), esta administración se otorga evidentemente a la empresa que tenga el mejor *know how* acerca de la venta de un determinado producto en una determinada categoría es así que el Capitán de Categoría o *Category Management* será quien asuma las decisiones del manejo de una determinada marca que el *retail* considere oportuno a fin de administrarle mejores beneficios.

De esta manera el contrato de *Category Management* tiene como fundamento comercial en el *marketing* y en el *trade marketing*, por lo que su gestión está estrechamente vinculada con dichas áreas, ya que como herramienta de *marketing* es una potente fórmula para alcanzar mejores ventas y establecer mecanismos fidelización del consumidor con los *retail*; sin embargo, esta relación puede implicar también infracciones la libre competencia. De esta manera encontraremos que el contrato de *Category Management* se plasmará en dos documentos principales:

- i) Un contrato *per se* el cual contenga las cláusulas generales del derecho vinculadas al ejercicio de los derechos constitucionales y a las disposiciones determinadas por el

código civil peruano, así como una serie de cláusulas que enmarcarán las obligaciones derivadas netamente objeto del contrato, tales como la duración, obligaciones, restricciones y demás.

- ii) Un acuerdo comercial como anexo principal al contrato en el que se plasmará los lineamientos de la planificación del manejo de la marca para lo cual el capitán de categoría expondrá las estrategias que tomará en cuenta para una venta mayor por parte del *retail* en comparación a sus otros competidores (otros supermercados), así como podrá contener los aspectos técnicos vinculados a información netamente cifras otorgadas por el área de *marketing* como de *trade marketing* en relación al desempeño de las diversas marcas en dicha categoría.

Entonces, el contrato de *category management*, tendrá presente las siguientes características que son relevantes para el análisis de la presente investigación:

- a) Los diferentes proveedores y/o productores de productos pugnan para ser elegidos por las empresas *retail* como los capitanes de categoría, usualmente se escoge a la empresa que tenga la posición dominante en el mercado, ya que es evidentemente, quien tiene mejor conocimiento de ese tipo de producto y sus estrategias de venta, ya que lidera en el mercado.
- b) Una vez nombrado el capital de categoría el cliente *retail* compartirá con el primero toda la información que tiene en su poder relacionada a la venta de los productos en dicha categoría, esto incluye el precio de venta al público, los volúmenes de venta de las diferentes marcas, los diversos puntos de venta de las diferentes marcas, la estrategia de promociones del *retail* para la venta de los productos de la categoría.
- c) Con dicha información, el capitán de categoría iniciará un proceso de análisis de la información a través del *Category Trade* (que será el equipo designado para establecer una estrategia que potencie las ventas), este equipo tendrá a su cargo principalmente las estrategias para mejorar la rotación (venta) del producto en los puntos de venta del *retail*, establecerá mecanismos para el mejor posicionamiento del *retail* en relación a la venta de

los productos de esa categoría, realizará la gestión a través del ordenamiento de las góndolas en los diversos punto de venta a fin de que sean más atractivos al consumidor y recomendará la creación de promociones y/o ofertas al cliente (*retail*).

- d) La información que le proporcione el *retail* al capitán de categoría deberá de ser confidencial y tendrá que cumplir los márgenes establecidos por el contrato y el acuerdo comercial.
- e) El equipo conformado por los miembros de la empresa denominada capitán de categoría liderados por una suerte de gerente o especialista en la categoría y el equipo de *trade category* serán los responsables de establecer los precios de los productos del cliente (*retail*) en los distintos canales de venta y el precio sugerido final al consumidor.

Bien se puede observar en el listado anterior, existe una serie de actividades las cuales podrían determinarse como riesgos potenciales para la libre competencia, esto toda vez que como señala Bush (2005), los gerentes de *marketing* de las empresas productoras/distribuidoras, determinan sus cuotas de bonos o recompensas de la alta dirección o del accionariado en función no al volumen de ventas sino en relación a la cuota de mercado que logran en relación a una determinada categoría (pp. 95.96), en consecuencia resulta muy atractivo a las gerencias tanto de *marketing* como de *trade marketing* el manejo de esta información pues les asegura tener dentro portafolio una cantidad de información que la competencia del sector no pueden tener y esta información puede ser usada para ser canalizada a través de la fuerza de ventas de la propia empresa que ejecuta el *category management*.

En ese orden de ideas, la legislación peruana para la protección de la libre competencia el Decreto Legislativo N° 1034 y en particular su Texto Único Ordenado aprobado a través de D.S N° 030-2019 PCM, define en su artículo 6° los criterios para el mercado relevante, así nos encontramos que el mercado de producto relevante será el bien o servicio materia a investigar que en el presente caso serán los productos de la categoría determinada en el contrato y el mercado geográfico, el cual se define como el conjunto de las zonas geográficas donde se realizará la venta o el aprovisionamiento de dichos productos que para efectos de la presente investigación se determinan como los locales del cliente (*retail*) ubicados en todo el país, en ese sentido, los diversos riesgos hallados en la presente investigación son los siguientes:

**Tabla 6: Descripción de los riesgos legales**

N°	RIESGO LEGAL	TIPOLOGÍA DEL RIESGO EN LA NORMA	ACCIÓN EN EL MARCO DEL CONTRATO DE CATEGORY MANAGEMENT
1		Colusión horizontal (norma de libre competencia)	El capitán de categoría al tener información tan relevante como los márgenes de precio y estrategias de venta de las empresas de la misma categoría podrán: a) generar intercambio de información sensible entre competidores y la estandarización de sus precios u ofertas comerciales.
2		Colusión vertical (norma de libre competencia)	El capitán de categoría al tener información tan relevante como los márgenes de precio y estrategias de venta de las empresas de la misma categoría podrá: a) Eliminar a competidores de la misma categoría que impliquen márgenes de venta que generen ventas mínimas al cliente ( <i>retail</i> ), b) Consolidar una relación de exclusividad en la venta de sus productos con la marca blanca del del cliente ( <i>retail</i> ) generando una suerte de oligopolio desplazando a las otras marcas del mercado. c) generación de condiciones comerciales de exclusividad entre el cliente ( <i>retail</i> ) y la empresa capitán de categoría, facilitando el establecimiento de precios y/o otras condiciones comerciales que solo beneficien a ambos.
3	<b>Riesgo cumplimiento de la norma Riesgo de procesos administrativos y/o judiciales.</b>	Colusión horizontal / Colusión vertical (norma de libre competencia)	La creación de una red " <i>hub &amp; spoke</i> " a través de la coordinación del cliente ( <i>retail</i> ) quien será el " <i>hub</i> " o mensajero que servirá de plataforma para que los diversos competidores de una categoría concierten mediante el liderazgo del capitán de categoría a los demás actores de mercado, estableciendo así precios y producción en el mercado.
4		Abuso de posición de dominio (norma de libre competencia)	En la cual el capitán de categoría (generalmente empresa que tiene la posición de dominio en el mercado) llegue a eliminar a la competencia o evite el ingreso de nuevos competidores en el canal de ventas dañando de forma seria la competitividad entre las empresas y fijando que no exista una mejora en la oferta del producto y la mejora de los mismos. Esto se daría por ejemplo, en el caso que el equipo de <i>trade marketing</i> de la empresa capitán categoría tenga a su vez los roles de " <i>trade category</i> " en el desarrollo del contrato de <i>category management</i> .
5	<b>Riesgos del incumplimiento vinculado con el cumplimiento con terceros.</b>	Fraude en la información (código civil)	El capitán de categoría envía información falsa al cliente ( <i>retail</i> ) a fin de verse beneficiado con futuros acuerdos comerciales los cuales le permitan tener mejores ganancias o un mejor posicionamiento en el mercado de la categoría.
6	<b>Riesgo reputacional.</b>	Pérdida de confianza en la marca	Al haber realizado acciones que han atentado contra la libre competencia el capitán de categoría puede ver marca comprometida, pues los consumidores pueden considerar que dicha marca no tiene un rol honesto en el mercado sancionándolo a través la no compra de sus productos.

7	<b>Riesgo de Gobierno corporativo.</b>	Destrucción de la alta gerencia y del buen gobierno corporativo	Al no haber existido una estrategia de manejo del riesgo derivado del contrato de <i>category management</i> , el capitán de categoría sancionado por el INDECOPI por cometer acciones contra la libre competencia tendrá daños en su gobierno corporativo, despido de los funcionarios de la alta gerencia y una crisis interna, dañando a la empresa.
---	----------------------------------------	-----------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



A continuación, de los riesgos legales identificados en la Tabla N°1 denominado Descripción de los riesgos legales, en la tercera columna denominada “Acción en el marco del Contrato de Category Management”, se procederá a describir cada uno de los siete (07) riesgos hallados en el contrato.

## **2.1 Prácticas anticompetitivas horizontales vinculadas al manejo de información sensible por parte del Capitán de Categoría:**

El Capitán de categoría al tener una serie de información privilegiada tales como los volúmenes de venta de los competidores, los precios de venta de los competidores de la categoría, las estrategias de promociones de los competidores para la categoría podrá cometer acciones contra la libre competencia, pues podrá dirigir diversos esfuerzos para conducir sus actividades en la elaboración de una red con los competidores a fin de fijar sus precios para así generar un cártel con otro competidor en detrimento de los agentes de la competencia los cuales no puedan acceder a dicha información concertando así precios de cara al público. La actividad del cartel estaría centrada básicamente en el ataque al mercado geográfico, ya que podrá conducir sus ventas en función al manejo de los canales de venta.

Por lo tanto, la existencia de acuerdos entre competidores que se entablen a través del filtrado de información que tenga por el Capitán de Categoría puede hacer que existan casos donde esta información pueda conllevar a la existencia de cárteles mediante la fijación de precios el cual se entiende como “todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia” (INDECOPI. 2017. *Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI.*), por lo tanto la valoración de la prueba y de cómo se han utilizado aquí los medios para establecimiento de cartel resultan ser de análisis diligente toda vez que el manejo de información sensible *per se* no podría traer consigo un incumplimiento de la norma, sino que esta misma a través de mecanismos de articulación entre los competidores pueda ser usado para como el caso de estas compañías de venta de gas a granel establecer un acuerdo para estandarizar sus precios de venta. Por tanto, los cárteles parten del cumplimiento de los “pactos de caballeros” que son acuerdos que deben de cumplirse a raíz de la información obtenida y sin que de por medio exista un documento formal que pueda cristalizar el acuerdo de fijación de precios.

En ese orden de ideas, la sentencia reconoce que la existencia de medios probatorios que puedan determinar la existencia de un cártel deberá de valorarse entorno a cómo es que una se obtiene una prueba documental, en consecuencia, se deberá de tener en cuenta: “i) su origen, ii) circunstancias de su elaboración, iii) destinatario; y, iv) carácter razonable y fidedigno de su contenido” (INDECOPI. 2017. Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI), de esta forma el manejo de información obtenida en el CATMAN es de una fuente lícita, derivada de un contrato, pero podría ser utilizada a efectos de establecer un cártel entre competidores, en ese sentido, su manejo se convierte altamente riesgoso, por ello, la sentencia determina que las siguientes características de la comunicación con ciertos datos vinculados a los precios determinaría la posible existencia de un cártel:

- a) Si los documentos tienen origen privado y público, este hecho se cumple al 100% en los contratos de CATMAN, toda vez que el capitán conoce información privada de los competidores y puede usar la misma para establecer el cártel.
- b) Que la referencia de los precios se realice sobre precios actuales y futuros y no en base a precios históricos, esto es realmente contingente pues cabe la alta posibilidad que en los contratos de CATMAN los capitanes tengan los precios de la competencia actuales brindados por la cadena de supermercado, ya que el CATMAN es un instrumento en tiempo real de la gestión de una categoría.
- c) El capitán de categoría puede hacer hincapié en la comunicación reiterativa de los cambios de precios a fin de que estos se ajusten a los establecidos en cartel y los competidores puedan cumplir con el “acuerdo”.
- d) Que la comunicación entre los miembros del cártel tenga carácter de confianza.

Asimismo, es importante destacar que en casos como el cartel establecido para el GLP los diversos agentes tenían modificaciones de sus precios de manera concertada, por ejemplo, en 2008 se observa que Regapesa y Lima Gas efectuaron un aumento de precio de los balones de 10 kg. A sus distribuidores en montos de S/ 2.00 (Dos Soles), a efectos de mantener estos incrementos para luego en otro periodo que fue de 23 de octubre al 5 de diciembre de ese mismo año aumentar el precio en S/ 1.99 (Un Sol), estos cumplimientos a los acuerdos se pueden vigilar de manera muy fácil a través de la estructura del CATMAN, ya que el capitán tiene acceso a dicha información de

forma real, lo cual implicaría una surte de parasitación del sistema de gestión de una marca a efectos de tener el control de cumplimiento de los acuerdos de un cartel.

Estos hechos de concertación fueron corroborados por el INDECOPI y encontraron culpable tanto a Lima Gas S.A como a Solgas S.A (antes Repsol Gas del Perú S.A) de establecer un acuerdo de precios concertados en Lima metropolitana y el Callao incumpliendo el numeral 1 del artículo 11° del Decreto Supremo N° 1034 “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”.

## **2.2 Prácticas anticompetitivas verticales vinculadas a la eliminación de otros competidores del mercado:**

El capitán de categoría al tener el manejo de la información privilegiada podrá concertar con el cliente (*retail*) para la creación de un cártel, por ejemplo, estableciendo mecanismos que puedan eliminar a los nuevos competidores de esta forma el cártel no permite el ingreso de nuevos agentes manipulando sus precios ya sea al alza o a la baja y beneficiando con acuerdos comerciales al *retail* a fin de que este pudiese tener un mejor margen de ganancia sobre la venta de los productos o en su defecto eliminando a aquellos competidores que generen menos ventas, por ejemplo, a través de la eliminación de los productos de competidor menor en las góndolas del supermercado generando mejores espacios para el capitán de categoría. De la misma forma, el capitán de categoría puede usar la información de la gestión de la categoría para establecer un cártel con la línea blanca del cliente, así las ventas que puede tener el cliente inducidas solo a los productos de su marca blanca y a los productos de las marcas del capitán de categoría, en ese sentido, las ventas serían mayores de los productos del cártel excluyendo de los canales de venta a los demás competidores que no tienen acceso a dicha información.

Los acuerdos de distribución que pueden ser accesorios al contrato de CATMAN en ese sentido un contrato de CATMAN puede tener además de un cuerpo netamente formal donde se estipulen cláusulas generales de contratación acuerdos donde establezcan descuentos comerciales como por ejemplo los *rebates*, por lo que nos encontramos ante dos escenarios donde se discuten cuestiones que busquen el cumplimiento de la forma establecida para el contrato- en los márgenes de lo establecido en el código civil- y de otro lado aquellas acciones de puro efecto comercial que pueden contener cláusulas que afecten la libre competencia, en ese sentido, es importante destacar

figuras como acuerdos que puedan colocar en una situación de ventaja a la empresa del Capitán de categoría y a la empresas *retail* por tanto, un caso importante de analizar serían aquellos acuerdos que estén vinculados con la marca de distribuidor o “marca blanca” del *retail* y el Capitán de Categoría.

Las marcas de distribuidor o “marcas blancas” son marcas que en un inicio no contaban con empaques de vistosos colores ni tampoco con el sello de una marca competidora en el mercado, sino que correspondían a la marca del distribuidor o *retail* con un empaque de color blanco (López 2014, pág. 90), ese fue el inicio de las marcas del distribuidor, distinto es el caso hoy de estas marcas en la actualidad, pues las marcas blancas hoy cuentan con un reconocimiento del público poniéndolas a de igual a igual con las marcas de los productores por lo que el *retail* en estos casos estaría posicionado tanto como un receptor de información de parte del capitán de categoría y como un competidor en la misma marca. Resulta importante destacar que la marca blanca de los diversos *retails* o supermercados ha ido ocupando un mayor espacio de ventas y por lo tanto una mayor aceptación por el consumidor, por ejemplo, el caso español donde crecieron alrededor de un 26.9% (López 2014, pág. 99), esto debido al crecimiento del *goodwill* que tuvo el supermercado en relación a la fidelización del consumidor y también a los bajos costos que ofrecen estos productos en relación a los productos de marca de productor.

En ese sentido, el riesgo de manejo de información relevante como los márgenes de venta de la competencia por parte del capitán de categoría podría llevar al establecimiento de prácticas que restrinjan la competencia y que tengan su origen en establecer un cartel de carácter horizontal con la marca blanca del *retail*, a través de la imposición de barreras a la entrada de los diversos competidores que intenten entrar a dicha categoría. Asimismo, otra práctica en la cual pueden incurrir por el indebido manejo de la información a través de la información del capitán de categoría que sugiere establecer al supermercado o *retail* suscribir acuerdos de o contratos de distribución con los proveedores de su marca blanca a efectos que puedan establecer un precio estándar entre el *retail* que forma un cartel con otras tiendas *retail* y el capitán de categoría a efectos de establecer un precio estándar cual afecte a las marcas blancas del *retail* competidor que no forma parte del cartel y a los competidores de otras marcas de prestigio del mercado (Berenguer, 2011, pág, 240), esta forma de establecer acuerdos ya tuvo un caso sancionado en España donde a través del control de establecido por parte de un grupo de supermercados (entre ellos podemos

destacar a MERCADONA S.A y a “El Corte inglés” S.A) que formaron un cartel vertical con sus distribuidores de aceite de oliva (entre ellos SOS Grupo COETARA y Distribuidora Internacional de Alimentos S.A), por lo que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia los sancionó con multas de hasta 413,800.00 Euros (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2014).

### **2.3 La creación de una red “hub & spoke” para la comisión de prácticas anticompetitivas horizontales y verticales:**

El capitán de categoría puede parasitar mediante el contrato de *category management* la información de la categoría del cliente para que esta le pueda servir como una plataforma de conocimiento, manejo y acuerdo de precios con otros competidores donde al conocer toda la información del cliente establezca un cártel de venta para condicionar al cliente con una suerte de mensajero que le permita articular los precios a fin de obtener un mejor rendimiento en sus ventas de forma ilegal. Este tipo de práctica haría que el cartel no podría detectarse, ya que los diversos actores involucrados actuarían a través de la categoría del cliente, en ese sentido es oportuno analizar la figura del “*hub & spoke*”, a efectos de tener un escenario de cómo es que esta figura desde la casuística podría llevar a la creación de riesgos legales para la empresa.

El caso puntualmente fue descubierto en Chile, donde la práctica ilícita de “*hub & spoke*” se presentó como un acuerdo donde diversos competidores (*spoke*) acuerdan establecer mecanismos para obtener ganancias fuera de la libre competencia a través del actuar de un proveedor o distribuidor común (*hub*) de tal manera que estaríamos frente a un caso de colusión vertical a efectos que el “mensajero” sea el canal comunicante para blanquear las estrategias del cartel que sería el segundo escenario de incumplimiento de la norma de *antitrust* (Portal Centro de Competencia, 2020.), de esta forma se estableció una red donde se estableció que la venta de la carne de pollo en diversos supermercados o *retails* establecieron un acuerdo donde el proveedor de esta carne sería el organismo encargado de establecer que los precios mínimos determinados por el cartel se cumplieran sino esto no se cumplía se buscaba sancionar a supermercado que no cumpliera con este acuerdo, de esta forma se halló la existencia del incumplimiento de la norma chilena de libre competencia en forma de “T”.

Los implicados en caso fueron las cadenas de supermercados Cencosud, SMU y Walmart quienes ejecutaron un acuerdo de práctica concertada de forma horizontal mientras que el proveedor de carne Agrícola Agrosuper S.A y Agrícola Don Pollo quienes controlaban la fijación de precios mínimos de la carne fresca de pollo entre los concertantes, esta práctica fue evidenciada desde 2008 hasta el 2011, años en los que estas empresas acordaron que sus precios promocionales estarían estandarizados. Por lo que la Fiscalía Nacional económica de Chile encontró en el caso que la red *Hub & Spoke* tenía como objetivos: i) entregar información futura de precios desde un distribuidor “A” a otro distribuidor “C” mediante un proveedor “B”, ii) Que pueda considerarse que “A” tuvo la intención de enviar la información a los otros distribuidores a través de “C”, iii) el envío efectivo de la información por el proveedor “B” al resto de agentes del cartel iv) que se considere que “C” conocía las circunstancias en las cuales la información fue entregada a los miembros del cartel y v) que usara esta información para establecer un comportamiento determinado en el mercado aguas abajo con la intención de adoptar políticas similares en el precio de venta de la carne de pollo (Tribunal de la Libre Competencia de la R. de Chile, 2019, pág. 13.), en consecuencia esta red trabajaba a través de los operadores de distribución en el establecimiento de objetivos en común para la fijación de precios, así como los diversos actores del cartel coordinaban a través de los proveedores qué pasos se harían para mantener el cumplimiento de los objetivos y su cumplimiento funcionaba bajo una misma regla para todos ellos, por lo que el más afectado con la multa de la sentencia será Cencosud quién tendrá que pagar alrededor de USD 8.5 millones.

Este caso sería prácticamente aplicable a una mala práctica del CATMAN donde el capitán de categoría funcionaría como el centro de una rueda de bicicleta, comunicando a los diversos competidores qué tipo de estrategia deben de mantener a efectos de sacar a un competidor o qué precio deben de mantener en los montos mínimos, así mismo, se tendría un soporte de “legalidad” pues el capitán podría alegar que estas acciones de recomendación y control de precios se le hacen a su cliente como parte del CATMAN cuando lo que se estaría haciendo sería establecer una red de establecimiento de precios que afecten la libre competencia.

## **2.4 Abuso de la posición de dominio del capitán de categoría:**

El capitán de categoría puede inducir al cliente a la eliminación de competidores que le sean adversos, por ejemplo a aquellos que puedan significar un adversario de peso para el control del mercado de la marca, así también el capitán podría gestionar la eliminación del mercado de aquellos competidores que puedan tener ventajas tecnológicas que puedan potencialmente desplazar los productos del capitán de categoría y quitarle su participación de mercado predominante, a través del manejo de las promociones del cliente y del manejo de sus puntos de venta.

El manejo del mercado geográfico y el uso del contrato de CATMAN como una plataforma para impedir el ingreso o “recomendar” un tipo de acción que implique el retiro de un competidor para el capitán de categoría es un riesgo posible de producirse en la relación comercial establecida con el supermercado. De esta forma, es necesario analizar el caso que INDECOPI sancionó donde las partes fueron: como denunciante Walter Mendoza Barbosa como representante de la marca de arroz “Molino del Rey” y como denunciada la Asociación de productores agrícolas del mercado de Santa Anita. Este proceso se desarrolló en el marco del análisis de la posición de dominio que ejerce el mercado de Santa Anita (entendiendo que es el mercado de abastos más grande de la ciudad de Lima) por lo que es importante destacar el peso que tiene la asociación al momento de determinar con qué agentes económicos negociar la compra de productos el impacto gravitatorio que tiene este mercado a nivel geográfico toda vez que abastece a grande parte de Lima y a otras regiones del centro del país, en ese sentido, la denuncia realizada los representantes de la empresa Molino del rey versaba en el incumplimiento del D.S N° 701 “Decreto Legislativo Contra la práctica monopólica, controlista y restrictivas de la Libre Competencia” (cuerpo normativo vigente en ese entonces) donde se sancionaba la negativa injustificada de satisfacer la demanda de un producto en un determinado espacio geográfico.

El INDECOPI ha detallado una serie de acciones para el establecimiento de la sanción en este caso, en ese sentido determinó que el bloqueo por parte de la Asociación de productores agrícolas produjo un daño económico a la empresa dueña de la marca “Molino del Rey” aproximadamente en S/60,000.00 (Sesenta mil con 00/100 Soles) equivalente a 120,000 kilos del producto, los cuales no pudieron ingresar al mercado para su venta en los tres días que fueron prohibidos por decisión

de la Asociación en incumplimiento de la norma de libre competencia y en abuso del poder dominante que ejerce sobre dicho establecimiento, por cual el informe de la secretaría técnica recomendó una multa a dicha asociación de 10 UITs (INDECOPI Secretaría Técnica, 1999,.pp. 9-11.)

En los contratos de CATMAN puede producirse una figura similar, ya que el capitán de categoría al tener usualmente la posición de dominio sobre la marca también es el encargado de producir una estrategia de ventas que pueda potenciar el manejo de la marca, en ese sentido, detentando esta capacidad podría buscar los mecanismos para el cierre de la entrada de productos de la competencia a fin de que pueda beneficiar las ventas de su producto en dicha categoría o como parte de un acuerdo con otros competidores que quieren afectar a una marca en particular. En ese sentido, es importante destacar que el TUO del D.S N° 1034 establece que se produce un abuso de la posición de dominio cuando la empresa que lo detenta establece barreras a otros competidores (caso Asociación de productores del Mercado de Santa Anita) o cuando usa su poder para el establecimiento de reglas distintas a los de la libre competencia que afecten su relación con proveedores, clientes y competidores tal como se determina artículo 7°, estos casos podrían ser observados también, por ejemplo, cuando una nueva marca desea ingresar a un escenario geográfico donde el líder es capitán de categoría y éste busca impedir su ingreso a efectos evitar perder su posición de líder a través del manejo del canal de ventas, estableciendo trabas con el equipo de *trade category* a los productos de la competencia.

## **2.5 Incumplimiento del contrato por parte del Capitán de Categoría para alcanzar mejores beneficios en detrimento del cliente:**

El capitán de categoría puede incumplir su contrato falsificando la información que le brinda al cliente, esto a fin de que pueda obtener mejores rendimientos para su propia empresa, así la gestión a la cual se estaría sometiendo el cliente estaría encaminada sólo a beneficiar de forma directa o indirecta a los productos de la categoría del capitán de categoría. El caso en particular de un incumplimiento contractual que podemos analizar lo encontramos también en la legislación nacional donde la empresa representada por Miguel Segundo Ciccía de Transportes CIVA denuncia a la Empresa Turística Mariscal Cáceres por haber incumplido un contrato de arrendamiento con esta empresa, la cual le arrendó un espacio en uno de sus terminales a efectos

que CIVA pudiera prestar su servicio, en ese sentido, CIVA denunció que fue objeto de discriminación toda vez que la empresa Mariscal Cáceres no le permitía hacer un uso adecuado del terminal para que pueda recoger pasajeros y cubrir rutas hacia el sur del país partiendo desde Lima, en ese sentido estaría beneficiando a otra empresa como lo era Transportes Cruz del Sur.

En ese orden de ideas, la Sala del INDECOPI señaló la existencia de dos tipos de acuerdos que puedan afectar la libre competencia aquellos que son considerados como acuerdos desnudos donde se establece de forma directa un cartel para la alteración de la libre competencia y en beneficio de las empresas que forma parte de esta organización y por otro lado aquellos que se deriven de acuerdos accesorios, los cuales deben de ser comprobados por la autoridad, de esta forma para el INDECOPI los acuerdos accesorios que establezcan una restricción de la competencia deben de cumplir 03 requisitos para no ser considerados como ilegales: i) los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir, los miembros deben realizar una determinada actividad económica en forma conjunta, asimismo estos acuerdos deben de ser capaces de incrementar la eficiencia de dicha actividad y deben de ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr eficiencia, ii) las cuotas del mercado correspondiente a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia vaya a ocasionar un daño y iii) los integrantes de los acuerdos no deben de tener como principal intención o propósito restringir la competencia (INDECOPI, 1997, pág. 08) .

En ese orden de ideas, es importante señalar que el contrato de CATMAN, como se ha visto a lo largo de la presente investigación, podría implicar la existencia de un cartel *per se* desnudo, así como también cabe la posibilidad de que los integrantes de alguno de los acuerdos comerciales integrantes del contrato tengan el propósito de restringir la competencia en algún canal de ventas que esté designado al capitán por lo que se tendría que aplicar la regla de la razón. Asimismo, y no menos importante, está el hecho que el capitán de categoría incumpla de forma ilegal la labor que le fue encomendada y al no cumplir el contrato y solo acceder a la información del cliente la use para el establecimiento de beneficios para la empresa que lidera el manejo de la categoría e incumpla el contrato, evidentemente esto implicaría la activación de la cláusula de término del contrato por incumplimiento.

## 2.6 Riesgo reputacional de pérdida de fidelización en la marca:

Los capitales de categoría que comentan prácticas anticompetitivas vinculadas al manejo de precios, concertaciones aguas arriba o con otros competidores y sean sancionados por el INDECOPI estarán frente a un escenario complicado en la medida que existirá una pérdida de la fidelización de clientes en el producto de la categoría o quizá de todos los productos de su portafolio. ¿En qué casos y de qué forma los consumidores castiga los diversos casos de incumplimiento de la libre competencia? Es obvio que una de las partes que resulta afectada por los cárteles en materia de libre competencia es el consumidor ya sea por i) aumento injustificado del precio del producto que requiere y/o ii) una pérdida de calidad y eficiencia del producto debido a que los competidores no recurren a una práctica de mejorar sus productos para hacerlos más competitivos, sino que a través del cartel logran mejorar sus ingresos.

Esto también implica el pago de fuertes multas las cuales evidentemente se reflejará en gastos por parte de compañía, perdiendo así valor como empresa en el mercado y generando incluso efectos en la acción de los inversionistas los cuales se verían afectados también por encontrarse en escándalo mediático de esta manera el blindaje natural que debe de tener toda empresa se ve menguado, ya que la relación con sus grupos de interés de tal manera que la pérdida de confianza se puede dar con sectores tales como colaboradores, reguladores, socios comerciales y miembros de la junta que forma parte de un tejido importante que está enmarcado en la figura del cumplimiento normativo (Paredes, 2018, pág. 23), por ello, es de vital importancia comprender que la figura de Reputación Empresarial a pesar de ser un bien intangible y que se configuraría como parte del *goodwill* de la empresa tiene un carácter multidimensional el cual le permite diferenciar sectores específico de su desarrollo, por ejemplo: i) reputación de la calidad de sus productos, ii) reputación de la dirección y iii) reputación financiera (De Castro and Navas López, 2006, pág. 30) de tal suerte que la empresa gestora del CATMAN al enfrentarse a un problema tan grave como el incumplimiento de las normas de la libre competencia vería no solo afectado su bolsillo, sino también la reputación de la calidad de sus productos por el bajo desempeño producto del cartel o de la situación de engaño, tendría una destrucción progresiva de su alta dirección y finalmente tendría que pagar altas multas a efectos de cumplir con la sentencia dispuesta por la autoridad de la materia además de soportar la ampliación de la noticia de la existencia del cartel en redes social y en los medios de comunicación críticos de su desempeño en el país.

El caso que en particular nos llama la atención es el de Kimberly-Clark Perú S.R.L cuya sanción implicó diversos aspectos, pero por sobre todo la existencia un daño reputacional grave en los sectores del medio, como señala IDL Reporteros (2015), pues al ser una de las empresas más grandes del rubro de cuidado personal durante el año 2017 se vio envuelta en una crisis difícil de afrontar debido al desmantelamiento de cartel y a la sujeción por parte de la empresa al programa de clemencia del INDECOPI, la sentencia del INDECOPI es clara en señalar que tanto Kimberly-Clark Perú S.R.L como Productos Tissue del Perú S.A incurrieron en una práctica colusoria desleal por lo que la sanción no sólo fue económica sino que también implicó una serie de recomendaciones que ambas empresas deberían de completar como un programa de cumplimiento interno(Comisión de la Libre Competencia del INDECOPI 2017).

## **2.7 Riesgos vinculados al buen gobierno corporativo:**

Las empresas que se vean inmersas en procesos de INDECOPI y hayan sido encontradas como culpables o se sometan como colaboradores en los programas de clemencia de INDECOPI, pasan siempre por severas crisis internas dentro de su estructura, la salida de los funcionarios, el cambio de gerentes que se hayan visto involucrados en los diversos procesos de carácter administrativo y/o penal, así también la responsabilidad que tengan las áreas legales de las empresas involucradas evidentemente tendrán cambios, por ejemplo, INDECOPI podrá obligar a las empresas involucradas a la creación de un área de cumplimiento a fin de que la empresa pueda reordenarse y pueda generar una serie de mecanismos para evitar la comisión de más infracciones a la libre competencia.

No obstante, es importante destacar ¿qué entendemos por gobierno corporativo? El gobierno corporativo no es otra institución que el corazón de la empresa, básicamente estamos frente al grupo humano que va a establecer una serie de actividades para potenciar el desarrollo de la empresa, de esta forma para identificar a los miembros del gobierno corporativo tenemos a los *shareholders* (gerentes, directivos, jefes de línea y accionistas), no obstante, esta visión sería muy corta y estaríamos obviando que la empresa es un ente vivo con muchas relaciones tanto sociales tanto como económicas, por tanto esta visión se amplía al enfoque de los *stakeholders* (accionistas, proveedores, clientes, trabajadores, comunidad y Estado) quienes son parte de la interrelación que tienen las empresas en su día a día (Poyatos, 2009, pág. 123), por ello que la importancia del

manejo adecuado del gobierno corporativo se dé a través de una visión horizontal buscando mantener relaciones adecuadas con todos los actores y permitiendo que la empresa goce de no solo buena salud financiera sino también de una buena reputación que aumente el *goodwill* de la misma.

La existencia de un cartel ya sea producto de un CATMAN o de algún otro tipo de acción puede traer consigo diversos problemas tales como la destrucción del tejido interno que compone el gobierno corporativo, por lo tanto, las sanciones que caigan sobre los altos funcionarios que hayan fomentado las prácticas del cartel o lo hayan concertado evidentemente traerá no solo la implementación de multas como sucedió en el caso del cartel del papel higiénico de Kimberly-Clark y PROTISA (Comisión de la Libre Competencia del INDECOPI 2017, pág. 338), sino que también implicó la destitución de todos los funcionarios de alta gerencia en Kimberly-Clark además de la imposición de recomendaciones tales como la de una auditoría interna para medir los riesgos legales de la compañía en materia de libre competencia, hecho que evidentemente implicó que un tercero ajeno recomendará o cambiara las decisiones de la nueva alta gerencia, asimismo, la estructura de gobierno corporativo de Kimberly-Clark no estaba programada para establecer mecanismos de autocontrol con figuras como el Oficial de cumplimiento que evidentemente en un inicio fue visto como una imposición en la alta gerencia del INDECOPI a nivel de la alta gerencia, toda vez que la cultura del *compliance* en el Perú estaba muy poco desarrollada.

Los gerentes de la plana principal fueron despedidos en su gran mayoría además de haber sido sentenciados al pago de una multa, es evidente que una empresa que pasa por este proceso no solo encuentra un drama personal de los gerentes involucrados en la resolución del INDECOPI, así también se pierde personal con conocimiento especializado en materias centrales para el negocio ya sea porque tienen un *know how* del mismo o porque por su propia experiencia aportaban a la empresa, en ese sentido, el caso de Kimberly-Clark fue tan fuerte a nivel gerencial que los socios determinaron que los nuevos gerentes de las principales áreas y el gerente general no deberían ser peruanos, sino que deberían venir de extranjero para evitar la existencia de lazos de amistad entre estos y los empresarios locales. Asimismo, los accionistas se vieron afectados pues el riesgo de la empresa por pérdidas aumentó, pues la de no haberse aplicado el programa de clemencia de INDECOPI probablemente la multa impuesta habría implicado un daño importante en las utilidades de la empresa, por lo que a nivel financiero y legal se prefirió para evitar mayores daños acogerse al programa de clemencia.

Finalmente, la relación con el consumidor como *stakeholder* puede cambiar drásticamente toda vez que el INDECOPI se encuentra en la elaboración de una guía de lineamientos que establezca el resarcimiento de daños ocasionados a los consumidores como consecuencia de las conductas anticompetitivas cometidas por las empresas cartelizadas, de tal manera que de acuerdo al artículo 52° de la Ley de represión de conductas establezca un mecanismo para la que a través de un proceso judicial se realice un resarcimiento a los daños ocasionados al consumidor (INDECOPI, 2020).

### **3 El derecho comparado y su análisis en los contratos**

Esta sección de la presente investigación tiene por objetivo sustentar a través de la disciplina del derecho comparado determinar un esquema de análisis del contrato de CATMAN en el extranjero con la finalidad de delimitar su naturaleza jurídica en función al sistema jurídico donde se ha desarrollado. Así se partirá en una primera instancia en identificar la necesidad de analizar diversos países donde se desarrolló la figura del contrato de CATMAN, por lo tanto, el análisis empezará por el contrato de CATMAN en los Estados Unidos, toda vez que este país fue el primero donde se suscribió un contrato que implicó un caso de incumplimiento de la ley *antitrust* norteamericana. Asimismo, se analizarán realidades jurídicas más próximas a la peruana, tales como los casos de establecimiento de contratos de CATMAN en Colombia y Chile.

La tarea de esta parte de la investigación se hará a través de la metodología del derecho comparado, toda vez que la naturaleza del CATMAN parte de ser un contrato atípico, tal como se ha desarrollado en el capítulo anterior a esta investigación, así también los antecedentes del contrato llegan al Perú a través de una necesidad empresarial, es decir, que este tipo de contrato se toma de otras realidades jurídicas para adaptarse a la necesidades de los negocios en el Perú, no obstante, la adaptación de esta figura contractual deberá de hacerse en su contexto, por tanto debe de reflexionar acerca de sus orígenes, por ejemplo, en el sistema del *common law*, para después de haber realizado esta tarea se obtenga un producto determinado en su contexto definiendo adecuadamente las figuras que lo componen y pudiendo adaptarlas a la realidad contractual peruana.

La labor también pasa por revisar el contexto de regulación del CATMAN en este sentido, la revisión de la normativa de libre competencia en Colombia y Chile se hace necesaria para ver

cómo es que nuestros próximos vecinos regulan este contrato, es decir, la tarea se hace más próxima pues al ser sistemas jurídicos similares al peruano nos permiten tener un marco de acción mucho más próximo con soluciones que puedan adaptarse a nuestra realidad local. En suma, es necesaria una revisión del contrato de CATMAN en realidades distintas para poder dibujar dicha figura en su totalidad.

¿Se trata entonces sólo de hacer un trasplante jurídico de la figura contractual del CATMAN a la esfera local peruana? Lamentablemente, dentro de las muchas prácticas legales que tienen las empresas en sus áreas legales está la de “*tropicalizar*” una figura jurídica ya sea contractual o de otra índole al sistema peruano sólo por sus efectos prácticos, este hecho nos lleva sólo a introducir por ejemplo los efectos cláusulas sin tener en cuenta su vinculación con el sistema jurídico donde se busca obtener sus efectos, es decir, se pretende hacer el trasplante jurídico sin tener en cuenta el terreno donde se van a producir sus efectos y si es que terreno tiene en su seno los alcances para que los efectos esperados por la introducción de la figura legal puedan obtenerse tal como lo requieren los operadores jurídicos. Este análisis a la luz, de la reflexión de Renzo Saavedra(2016) el centro del análisis comparado no se trataría de un enfoque positivo-descriptivo, sino de uno normativo-prescriptivo (pág. 77), esta idea es oponible a un análisis funcionalista del derecho comparado, el cual tiene como sustento metodológico: “la persecución del Derecho Comparado y sus objetivos últimos, las únicas cosas que son comparables son aquellas que cumplen la misma función”(Granieri & Pardolesi 2014, pág. 21), por lo tanto, como señalan ambos autores se estaría delimitando a una determinada figura jurídica sólo en el plano de su funcionalidad, sin tener en cuenta las raíces tanto sociales como de otras ramas del saber que pudieron esbozar la construcción de una determinada figura jurídica, olvidando ante todo que el derecho es en sí una herramienta de ingeniería social que requiere que el operador jurídico al momento de trasplantar una figura jurídica aterrice en el sistema jurídico de tal manera que prevea el contexto legislativo en la cual esta figura deberá de soportarse.

Por ello, es necesario que la figura del trasplante jurídico de la cual proviene el contrato de CATMAN se asiente en nuestra realidad jurídica bajo la óptica del análisis del derecho comparado, no sólo por pertenecer a una familia jurídica distinta (*common law*) sino también por haber sido confeccionada en una realidad económica distinta a la peruana tal como lo es la estadounidense. Desde esa óptica, la Tesis de Trento y sus postulados son la base para crear el análisis sobre el cual

se va a sustentar el derecho comparado, de esta forma su autor Roberto Sacco (2009) señala que “como otras ciencias, el Derecho Comparado continúa siendo una ciencia, siempre que adquiera conocimientos, independientemente de si el conocimiento es aplicado o no para cualquier uso ulterior”(Citado en: Granieri & Pardolesi, 2014, pág. 23), por lo tanto, las figuras abstractas que deberán de analizarse son aquellas que están vinculadas a los formantes de estas figuras jurídicas, es decir, a aquel conjunto de necesidades que lograron la configuración de un contrato por ejemplo, dichas figuras serán consideradas como los formantes, por tanto, los formantes serán la estructura oculta no jurídica de una determinada figura jurídica, las mismas que deberán de tenerse en cuenta al momento de su creación.

En ese sentido ¿qué entiende la doctrina jurídica como trasplante? Los trasplantes jurídicos no son otra cosa que el traslado de figuras jurídicas legales a nuestro ordenamiento para la satisfacción de una necesidad social, ya sea, por ejemplo, con el trasplante de una norma a fin de solucionar un vacío legal o la implementación de un contrato para la mayor eficiencia de un negocio en un determinado mercado. Por ello, la doctrina identifica que los trasplantes jurídicos ocurrían en los siguientes escenarios i) ahorro de costos, ii) mandatos externos, iii) razones empresariales y iv) creación de legitimidad (Saavedra, 2016, p 138). Para efectos de esta investigación analizaremos los puntos 01 y 03 vinculado a los trasplantes motivados por ahorros de costos y a las razones empresariales, respectivamente.

De esta forma en relación al punto i) ahorros de costos, como indica Saavedra la implementación de trasplantes es la búsqueda de ahorro de costos y tiempos en la implementación (2016, pág. 139), este tipo de aplicación en un inicio normativa se puede aplicar a otras figuras legales tales como los contratos donde por un ahorro de costos los operadores legales han integrado contratos a fin de solucionar situaciones que no estaban predeterminadas en la norma o en las prácticas contractuales hasta ese momento vigentes, por ello, las empresas deciden insertar estas figuras sin tener en cuenta el *background* del cual viene dotado este contrato y la relación económica-social en el cual se ha desenvuelto. Asimismo, está la referencia al punto iii) que son las razones empresariales para la implementación de una figura jurídica, que a entender de Saavedra son figuras económicas que se incluyen en un determinado sistema jurídico a fin de traer beneficios económicos a un determinado grupo social, en ese sentido, el autor menciona a construcción de la institución del INDECOPI que tuvo sus raíces en el extranjero y fue

implementada en el Perú (2016, pág. 147), sucede lo mismo con el contrato de CATMAN una figura extranjera que fue traída al sistema jurídico local a fin de establecer un mecanismo eficiente de soluciones a la regulación del manejo de una categoría en un supermercado.

### **3.1 Análisis de la Sherman act como instrumento de regulación de los contratos de CATMAN vinculados a la libre competencia**

Para esta parte del análisis es necesario establecer en buena cuenta qué es lo que se entiende como contrato en la normativa Norteamérica y ver cuáles son los alcances de esta figura legal que inició su aplicación a raíz de una necesidad comercial, tal como se mencionó en el capítulo I de la presente investigación. La tarea deriva en entender en primer lugar qué es un contrato para el *common law*, en ese sentido es importante destacar que la figura legal del contrato, como se ha venido indicando, puede variar de sistema jurídico en sistema jurídico por la carga social que esta figura desarrolle, así la palabra contrato y *contract* podrán tener una misma traducción literal, no obstante, si se amplía el análisis más allá de una traducción encontraremos que las necesidades sociales que satisface son distintas y se amoldan a cada contexto social donde se han desarrollado, por lo tanto, debemos de hacer énfasis en su interpretación, así en el *common law* “solamente ostentarán la denominación de *contract* aquellas transacciones que importen intercambios económicos entre las partes” (Saavedra 2016, pág. 357), de esta manera para este tipo de sistema jurídico quedarían descartados como contratos figuras tales como la donación o aquellas que no impliquen un vínculo oneroso entre las partes; sin embargo, es necesario destacar que ambas figuras de “contrato” buscan en todo momento una adecuada reasignación de recursos y un control en la responsabilidad de administrar un riesgo implicado en la satisfacción de una necesidad social vinculada al mercado.

La definición del contrato estadounidense se encuentra enmarcado en el texto denominado *Restatement of Contracts* y prescribe lo siguiente: “*Un contrato es una promesa, o un conjunto de promesas, frente a cuyo incumplimiento el derecho otorga un remedio o ante cuyo incumplimiento el derecho reconoce un deber*”(Citado en: Saavedra, 2016, p. 371), en consecuencia la idea del contrato en los Estados Unidos está anclada al cumplimiento de una promesa, la misma que de no cumplirse permitirá a la parte afectada utilizar todos los remedios privados como de acción pública dispuesto por el derecho para poder exigir el cumplimiento de dicha promesa u obligación, en

consecuencia, encontramos que el *contract* estadounidense es ante todo un sistema de carácter remedial. De esta forma, la aplicación de los contratos buscará que las partes tengan un marco abierto para la aplicación de una solución al incumplimiento de una promesa, esta figura es muy distinta a lo planteado por la normativa en *civil law*, pues el contrato se plantea no como un acuerdo entre las partes sino un cumplimiento de obligaciones recíprocas en términos de satisfacer una necesidad económica (Saavedra, 2016, p. 372).

Por lo tanto, la *Sherman Act*, servirá como un mecanismo de remedio para los incumplimientos que deriven de los diversos contratos que puedan atentar contra la libre competencia en el mercado norteamericano así esta norma del *common law* determinará lo siguiente:

*“Sherman Act § 1: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”*(Congreso de los Estados Unidos de América, 1890.).

Por lo que al señalar que cualquier contrato o combinación de estos que pueda alterar o conspire para restringir el comercio será sancionado, de esta forma la norma busca una generar que aquella persona que incumpla con la norma deberá de pagar una penalidad por el incumplimiento de la norma, así también al ser tan amplia desde su definición, establecerá las bases para la construcción de lo hoy entendemos por regla *“per se”*, por la cual un cartel no requiere de un algún tipo de prueba económica que identifique que los competidores han establecido un acuerdo(Attorney general of Washington, 2020), de esta forma encontramos que la ley norteamericana estableció un mecanismo de control y sanción de aquí que el CATMAN sea también una figura imbuida de esta carga, distinta al establecimiento del contrato dentro de código civil peruano.

### 3.2 Análisis de los contratos de CATMAN en relación a la ley de libre competencia colombiana.

El CATMAN en Colombia al igual que en el Perú no se ha caracterizado por estar enmarcado dentro de forma expresa como una prohibición, toda vez que tal como se ha explicado dentro del concepto que dio vida a la *Sherman Act*, se aplica la regla *per se*, por lo tanto la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia aplicará de diversas normas las cuales permitan establecer cómo es que el CATMAN terminaría sancionándose si es el capitán o el *trade category team* realizan algún tipo de acción en contra de la libre competencia, por lo cual al no definirse por sí misma como cartel o una acción ilegal la hace más difusa en ese sentido, la norma colombiana deberá de aplicarse, en general las leyes colombianas vinculan su norma de libre competencia a lo dispuesto por la OSCE en relación a la cooperación y establecimiento de relaciones gremiales o de contratación entre las empresas donde se reconoce: “*Si bien la competencia está ciertamente basada en que cada jugador del mercado persiga como objetivo maximizar sus ganancias, hay actividades y funciones que no pueden perseguirse eficientemente por las firmas de manera individual, siendo más adecuados esfuerzos colectivos*”(Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016.), de esta forma al igual que en el caso peruano también se reconoce que la libertad contractual está por encima de cualquier sanción del Estado, cual solo intervendrá si es que luego de una investigación encuentra algún acto que vaya contra la libre competencia.

La norma colombiana reconoce la función del tratamiento del incumplimiento de los acuerdos de libre competencia al Decreto N° 2153 de 1992 donde se establece que una de las funciones de la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio) el rol de vigilante de la libre competencia de acuerdo al artículo 2° de dicha norma que determina: “*Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia*”(P. de la R. de Colombia, 1992.), por lo cual en sus artículos 42° y 44° se establecerá de forma muy similar al caso peruano la existencia de un mecanismo para la sanción de acción verticales y horizontales.

### 3.3 Análisis de los contratos de CATMAN en relación a la ley de libre competencia chilena.

Del análisis normativo de la ley de Libre Competencia chilena Decreto Ley N° 211 podemos distinguir que al igual que el caso peruano se presenta un origen en la *Sherman Act* norteamericana, por lo que sus estándares establecen un mecanismo de control basado en la prohibición de monopolios que puedan dañar la libre competencia. En consecuencia, nos encontramos frente a un sistema que busca de forma similar la protección de la libre competencia desde los diversos ángulos de análisis de mercado del producto relevante y del mercado geográfico, en se sentido el artículo tercero en su inciso “a” dispone:

“a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores” (Fiscalía Nacional Económica de Chile, 1973).

Por ello, es importante destacar que los diversos casos de contratos atípicos derivados de realidades de familias jurídicas distintas como lo son el *common law*, pasarán primero por un filtro de tropicalización, como se ha analizado en anteriores capítulos de la presente investigación, de esta forma la presencia de un caso de posible colusión deberá de analizarse bajo los estándares de la regla *per se* y de la regla de la razón.

El caso que en particular llama la atención en la casuística chilena es el denominado caso del cartel de la carne de pollo donde el tribunal de la libre competencia del vecino país del sur sentenció a diversas empresas de la asociación de avícolas por haber incumplido la normativa de libre competencia y por haber participado en una colusión en forma de “T” junto otras empresas *retail* que solicitan que los acuerdos de rebajas de precios se realice a través de los distribuidores, la multa con la cual se sancionó con una multa de USD 58,000,000.00 (Cincuenta y ocho millones con 00/100 de Dólares de los Estados Unidos) a las empresas distribuidoras por haber incumplido

la norma de libre competencia toda vez que a través de la Asociación de Avicultores se buscó la repartición del mercado.

Este tipo de figuras donde existe la presencia de un *hub and spoke* han sido analizadas en el presente trabajo, toda vez que a nivel de nuestra región se vienen presentados casos donde plataformas como los contratos de CATMAN o la presencia de “asociaciones” puede servir como base para el establecimiento de sistemas de control de un cartel, toda vez que buscarían “blanquear” a través de acuerdos lícitos la presencia de un control del cumplimiento de las acciones contra la competencia.

Como se puede apreciar en los casos citados durante el desarrollo de esta investigación encontramos que existen fuertes casos vinculados a la libre competencia y víveres básicos de la canasta familiar, ya sea que por razones económicas o de producción tienden a presentar este tipo de problemas, en el peruano el cartel de las avícolas y en el caso chileno caso analizado en el presente capítulo. Por lo tanto, productos como la carne de pollo al ser tan susceptibles y sensibles a la economía del consumidor requieren de un análisis más exhaustivo por la problemática tan diversa que se presentaría en caso de la existencia de un cartel. Más aún cuando este tipo de acciones anticompetitivas se presentan en periodos de pandemia como la actual producida por la COVID-19, en ese sentido, el espíritu de la presente investigación considera que principalmente en estos temas debe regir la regla principal de mercado es decir la oferta y la demanda, no obstante, el Estado debe tener un papel regulador sólido y brindar -de ser el caso- el apoyo necesario para que la distribución de estos productos de primera necesidad lleguen a todo el país. En ese orden de ideas esta posición considera que la ley N° 31040 Ley que modifica el código penal y el código de protección de defensa del consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración y en cuyo primer artículo se prescribe la modificatoria al artículo 232° del Código penal peruano:

#### Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento

ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4”.

Como se ha ido esbozando en el desarrollo de la investigación, debe de tenerse en cuenta que los estándares para la aplicación de una norma en materia de libre competencia pasan en primer lugar por la autoridad administrativa, quien bajo una potente figura de carácter regulatoria y bajo la aplicación de un razonamiento lógico-legal (describo también en la presente investigación) concluye que existe un abuso de posición dominante, por lo tanto, la aplicación de sanciones al incumplimiento normativo pasa por fuertes retribuciones económicas ya sea al Estado o al propio consumidor, como es el caso chileno en debate, por lo tanto el legislador debe de tener en cuenta que una sanción económica es más efectiva que una sanción de carácter penal, no solo porque el derecho penal esté reservado como última *ratio* por restringir la libertad, sino porque las sanciones económicas son las que tienen un efecto más potente en la cultura empresarial tanto del financiero como por el de los recursos humanos. En consecuencia, normas de este corte caen en saco roto, pues la especulación de precios o abuso de poder en el mercado son prácticas que requieren una ardua investigación técnica y tratar de hacer más gravosa la falta contra la libre competencia no tendría el efecto que se busca de manera eficiente.

### CAPÍTULO III

#### DISCUSIÓN

Este es el último capítulo de la presente investigación, donde se desarrolla una estrategia de *compliance* para poder implementar de forma segura un contrato de CATMAN en una empresa que desee liderar este tipo de proceso en el mercado *retail*, es decir, para aquellas empresas que sean consideradas como potenciales Capitanes de categoría y quieran iniciar la implementación del CATMAN, para este fin en una primera parte se procederá a analizar cada uno de los riesgos identificados en el contrato de CATMAN, de tal manera que podamos distinguir cada una de las acciones que implican un riesgo legal de incumplimiento del contrato en sí o de la norma de libre competencia. Luego de esto, en un segundo punto, se evaluará cada uno de riesgos a fin de conocer qué tipo de acción deberá de tomarse en relación a cada uno, cuáles resultan más contingentes para la empresa de tal manera que ya sea a través del equipo legal o el oficial cumplimiento pueda establecer pautas para el funcionamiento adecuado del contrato CATMAN de forma segura para la empresa, todo esto será parte de la estrategia de *compliance*, toda vez que los riesgos se estarán administrando de forma adecuada en un contexto de libre competencia.

Así el *compliance* como estrategia legal es una nueva herramienta que muchos abogados y áreas legales están asimilando de forma preventiva, por lo que su aplicación pasa desde un análisis penal hasta uno administrativo, en general estamos hablando de una herramienta de 360°. En términos particulares, el *compliance* vinculado a la libre competencia es una sana práctica que debería de instaurarse en todas las empresas, independientemente del giro del negocio, no obstante, es importante destacar que algunos sectores industriales tienen un mayor riesgo de comisión de prácticas anticompetitivas ya sea por la configuración del mercado de producto relevante o del mercado geográfico, condiciones que deben de ser abordadas desde un análisis económico-legal, por esa razón aplicando el criterio de *Plus factors*, se encuentran estos sectores industriales con mayor sensibilidad:

- i) Empresas que se desarrollen en mercados con alta concentración o pocas firmas, esto podemos verlo en diversas empresas en sectores de alimentos cuyo mercado se concentra en pocos productores o distribuidores lo hemos visto en el Perú con los casos

vinculados a la carne de pollo y pavo (al igual que en Chile) así también en productos para la higiene personal como lo es el papel higiénico.

- ii) Empresas cuyos productos son bastante homogéneos o que no presentan sustitutos cercanos como son aquellas que producen oxígeno para la atención en temas vinculados a la salud y proveen de este servicio al Estado o clínicas particulares.
- iii) Empresas con cierto grado de integración vertical, como sucede en el caso de los supermercados y los diversos distribuidores de ciertos productos como lo son la carne, las bebidas alcohólicas y otros los cuales dependen mucho de cómo el productor-distribuidor terminará acordando con los supermercados el stock de estos productos, precisamente esa fue una de fuentes que inspiró la elaboración del contrato de CATMAN.

### **1. El Compliance como mecanismo de solución frente a los riesgos legales derivados del contrato de CATMAN**

Durante todo el trabajo de investigación se ha buscado establecer los mecanismos para que el contrato de CATMAN y sus beneficios puedan ser parte de una práctica limpia de las empresas; sin embargo, debido a los riesgos que el mismo contrato comprende requerían de una serie de análisis para determinarlos, el contrato de CATMAN es especial en el sentido que establece muchas aristas las cuales han sido explicadas en el segundo capítulo del presente trabajo, por ello, consideramos que una estrategia de *compliance* es una herramienta de carácter general que puede adecuarse perfectamente a la figura del CATMAN y su administración de riesgos, creemos que en la actualidad la labor de los abogados de empresa ha cambiado por un mecanismo de control activo que permita evidenciar los problemas antes que estos se conviertan en verdaderos dolores de cabeza para los empresarios y sus negocios, por ello, el *compliance* no es una herramienta que dificulte el trabajo de la empresa sino que como un seguro nos ayuda a establecer un mecanismo preventivo de riesgos que puede tener la empresa, así el oficial de cumplimiento se vuelve un personal estratégico que permite que la empresa valore sus riesgos de forma oportuna antes de que estos puedan ocasionar un daño a la relación de la empresa con los *stakeholders*.

La tarea del *compliance* implica la existencia de un programa el cual “*es usualmente un mecanismo de protección o de defensa frente a imputaciones penales (sea como eximente o atenuante de la sanción), pero también es una forma de mejorar la gestión de la empresa y, en ese aspecto, trasciende lo meramente legal para enlazarse con aspectos éticos y morales en su sentido más amplio*”(Tovar, 2019.), de aquí que esta herramienta a cargo del oficial de cumplimiento vaya a ser un instrumento que permita a los diversos integrantes de la empresa estar capacitados frente a los riesgos que puede tener una determinada actividad que en apariencia puede generar réditos a la empresa, pero que sin el análisis fino del oficial de cumplimiento o del área legal traería consigo un grave problema de multas o procesos judiciales.

Así, consideramos que el *compliance* es una herramienta eficiente en el tratamiento del contrato de CATMAN, pues sus diversos riesgos pueden ser mapeados de forma integral a través de mecanismos tales como la valoración de riesgos, esta práctica se condice con lo establecido por el INDECOPI que en este año 2020 publicó una Guía para el establecimiento de un programa de cumplimiento para el cumplimiento de las normas de libre competencia de las empresas, donde se establece, por ejemplo, los beneficios de la aplicación de un programa de *compliance* de las cuales podemos destacar los siguientes: i) Previsión de infracciones y los costos que estas podrían generar como principal objetivo de tener un programa, ii) Reducción de los costos de cumplimiento en el sentido que los trabajadores pueden tener un derrotero adecuadamente delimitado al momento de ejecutar sus diversas labores que podrían implicarse como riesgosas, iii) Reducción de riesgos de los trabajadores a responsabilidades, por ejemplo, identificando que trabajadores de alta dirección están involucrados en acciones contra libre competencia de los que no, iv) detección de control de daños v) mejorar la reputación para que la empresa mejore la confianza en los inversores y vi) detección de conductas anticompetitivas cometidas por otras empresas del mercado a fin de evitar sus acciones puedan dañar a la empresa (INDECOPI, 2020, pág. 15-16). De esta forma es cómo consideramos que el *compliance* es una herramienta potente que nos ayudará tener un contrato de CATMAN que permita traer beneficios a la empresa sin que los riesgos legales puedan implicar un daño a la empresa y sus trabajadores.

## 2. Análisis de los riesgos legales en el contrato de CATMAN

Como se ha desarrollado a largo de esta investigación, el manejo de riesgos resulta una oportunidad de demostrar la capacidad de auto gestión que tiene una empresa en relación a los diversos deberes que asume al momento de competir en un mercado regulado por el Estado. En ese sentido, la adecuada autorregulación, como señala Bullard *“si el contrato no genera externalidades, los contratantes mejoran y nadie empeora, con lo cual nos movemos hacia la eficiencia”*(Bullard, 2018, p 158) y permite a la empresa hacer una correcta asignación de los deberes y derechos que tienen los actores económicos en su desenvolvimiento, por lo tanto, esta correcta asignación permite que los recursos económicos puedan satisfacer las necesidades de los actores legales inmersos en el contrato. Por ello, es tan necesario establecer una mecánica de análisis de los riesgos del CATMAN, por lo que utilizaremos como herramienta de sustento a la ISO 31000 que desarrolla un proceso para la gestión de riesgos.

En ese orden de ideas, el análisis del riesgo de acuerdo a la citada norma se define como una herramienta que *“proporciona una entrada para la valoración del riesgo, para las decisiones sobre la manera de tratar los riesgos y si es necesario hacerlo y sobre la estrategia y los métodos más apropiados de tratamiento del riesgo”* (ISO31000, 2018, p.21), de tal manera que el equipo legal o el oficial de cumplimiento puedan brindar una respuesta oportuna a la plana gerencial para que esta pueda tomar la mejor decisión en la implementación del CATMAN.

Esta investigación considera oportuno que una acción preventiva de los márgenes en los cuales se desarrolla una actividad como el CATMAN debe de pasar por el filtro de una revisión de todos los riesgos que implica, por ello, la tarea estará en determinar los puntos siguientes: i) una matriz que permita identificar los riesgos desde su raíz en la compañía, de tal suerte que podamos definir a los actores involucrados y a su vez medir el impacto del riesgo que vaya a tener sobre la compañía dicha acción. ii) Una vez contextualizados en la empresa los riesgos del contrato de CATMAN se debe de implementar una matriz que vaya a servir de guía para que podamos medir el impacto del riesgo en la empresa.

Esta tarea debe de ser ejecutada por el área o el oficial de cumplimiento, quienes son los articuladores de la estrategia de *compliance* que deseamos elaborar y son quienes a través del conocimiento horizontal que tienen del negocio, podrán en una primera instancia conversar con

todos los actores identificados en las matrices para de esta manera determinar, por ejemplo, la variable económica del impacto que puede tener una consecuencia del contrato de CATMAN. Esto no solo va a partir a los actores legales tener un mapeo de los involucrados en la gestión del CATMAN, sino también permitirá conocer a mayor profundidad cómo está el avance de la cultura de cumplimiento en la empresa y de qué forma los actores involucrados conocen cuáles son sus deberes en el cumplimiento de la ley.

A continuación, procederemos a determinar las tablas a utilizar:



**Tabla 7: Identificación de los riesgos legales del CATMAN en la empresa de consumo masivo**

N°	Proceso y/o subproceso	Objetivos	Riesgo		Clases de Riesgo: 1.- Incumplimiento normativo 2.- Incumplimiento contractual 3.- Riesgo reputacional 4.- Riesgo de gobierno corporativo	Agente Generador	Causas	Consecuencias Potenciales
			Tipo Riesgo	Descripción				
1	Marketing - trade marketing	Potenciar las ventas a través de una estrategia de atención en el canal moderno.	Colusión horizontal	Prácticas anticompetitivas horizontales vinculadas al manejo de información sensible por parte del Capitán de Categoría.	Incumplimiento normativo	Equipo de Trade marketing (trade category)	Manejo de información relevante como los márgenes de precio y estrategias de venta de las empresas de la misma categoría.	El trade category al tener información sensible podría utilizar la misma para establecer una fijación directa o indirecta de sus precios de forma cartelizada con otros competidores.
2	Ventas / Trade marketing	Potenciar las ventas del cliente <i>retail</i> a través de una estrategia de	Colusión vertical	Prácticas anticompetitivas verticales vinculadas a la eliminación de	Incumplimiento normativo	Gerente de ventas y equipo de ventas		Generación de condiciones comerciales de exclusividad entre el cliente ( <i>retail</i> ) y

		trade marketing		otros competidores del mercado.				la empresa capitán de categoría, facilitando el establecimiento de precios y/o otras condiciones comerciales que solo beneficien a ambos.
3	Ventas	Potenciar las ventas de los competidores concertados	Colusión horizontal	La creación de una red “ <i>hub &amp; spoke</i> ” para la comisión de prácticas anticompetitivas horizontales y verticales.	Incumplimiento normativo	Gerente de ventas y equipo de ventas	La utilización de la plataforma de la categoría del <i>retail</i> como red de mensajes entre los competidores concertados.	La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones por parte de las empresas concertadas.
4	Ventas / Trade marketing	Reforzar la posición de dominio de la empresa a través de prácticas persuasivas en la estrategia de ventas	Abuso de posición dominante	Abuso de la posición de dominio del capitán de categoría.	Incumplimiento normativo	Equipo de Trade marketing (trade category) y equipo de ventas	La gerencia de ventas coordina con el equipo de Trade category la implementación de estrategias de venta que impulsen de forma incorrecta el crecimiento de las ventas abusando del objeto del contrato de CATMAN.	En la cual el capitán de categoría (generalmente empresa que tiene la posición de dominio en el mercado) llegue a eliminar a la competencia o evite el ingreso de nuevos competidores en el canal de ventas dañando de forma seria la

							competitividad entre las empresas	
5	Marketing - Trade marketing	Obtener información de cliente para beneficio de la empresa.	Fraude en la información (código civil)	Incumplimiento del contrato por parte del Capitán de Categoría para alcanzar mejores beneficios en detrimento del cliente.	Incumplimiento contractual	Equipo de Trade marketing (trade category)	La empresa decide recopilar la información de valor para mejorar sus ventas; sin embargo decide incumplir el contrato establecido con el cliente.	El capitán de categoría envía información falsa al cliente (retail) a fin de verse beneficiado con futuros acuerdos comerciales los cuales le permitan tener mejores ganancias o un mejor posicionamiento en el mercado de la categoría.
6	Alta dirección	Mantener una reputación adecuada con clientes, proveedores y consumidores	Riesgo reputacional	Riesgo reputacional de pérdida de fidelización en la marca.	Pérdida de confianza en la marca	Alta dirección	La alta dirección permite y tolera que el contrato de CATMAN sea utilizado como un mecanismo para obtener beneficios incumplimiento la ley de libre competencia.	Pérdida de consumidores, clientes y proveedores, sanciones económicas y pérdida del valor de la empresa en el mercado bursátil.

7	Alta dirección y área de <i>compliance</i>	Mantener una gestión sostenible de la empresa a través de la ejecución de los roles de los gerentes y el área de <i>compliance</i>	Pérdida del buen gobierno corporativo	Riesgos vinculados al buen gobierno corporativo.	Riesgo de buen gobierno corporativo	Alta dirección y área de <i>compliance</i>	La alta dirección y el área de <i>compliance</i> toman acciones preventivas ni de investigación ante posibles casos de incumplimiento de la norma de libre competencia, obteniendo sanciones administrativas y/o judiciales.	Destrucción de la alta gerencia, no pérdida del tejido interno de la empresa, posible reestructuración de los cargos e intervención del INDECOPI para establecer mecanismos de autorregulación.
---	--------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------	--------------------------------------------------	-------------------------------------	--------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



El siguiente punto por desarrollar será un esquema permitirá evaluar y categorizar los riesgos identificados, para este fin se utilizará el método semi cuantitativo desarrollado en la ISO 31000 la cual determina los niveles de riesgo como alto, medio, bajo para clasificarlos o usa descripciones específicas para determinar la probabilidad de ocurrencia del suceso y verificar la probabilidad que sus consecuencias tengan efectos. De acuerdo con lo estudiado, esta clasificación nos demostrará la relación que hay entre probabilidad y consecuencia para calcular el nivel de riesgo. Esta tarea deberá de ser efectuada por el oficial de cumplimiento o por el área legal a fin de determinar de qué forma se administrará la aplicación del contrato del CATMAN en la empresa.

A continuación, se presentará una lista de ejemplos de los esquemas a utilizar:

<b>Tabla 8: Probabilidad del Riesgo</b>			
<b>Nivel</b>	<b>Descriptor</b>	<b>Descripción</b>	<b>Frecuencia</b>
<b>5</b>	<b>Casi certeza</b>	Se espera que el evento ocurra en la mayoría de las circunstancias.	Más de 1 vez al año.
<b>4</b>	<b>Probable</b>	El evento Probablemente ocurrirá en la mayoría de las circunstancias.	Al menos 1 vez en el último año.
<b>3</b>	<b>Posible</b>	El evento Podría ocurrir en algún momento.	Al menos 1 vez en los últimos 2 años.
<b>2</b>	<b>Improbable</b>	El evento Puede ocurrir en algún momento.	Al menos una vez en los últimos 5 años
<b>1</b>	<b>Raro</b>	El evento Puede ocurrir sólo en circunstancias excepcionales.	No se ha presentado en los últimos 5 años

Fuente: DAFP , Guía para la Administración del Riesgo (4a ed., p 28)

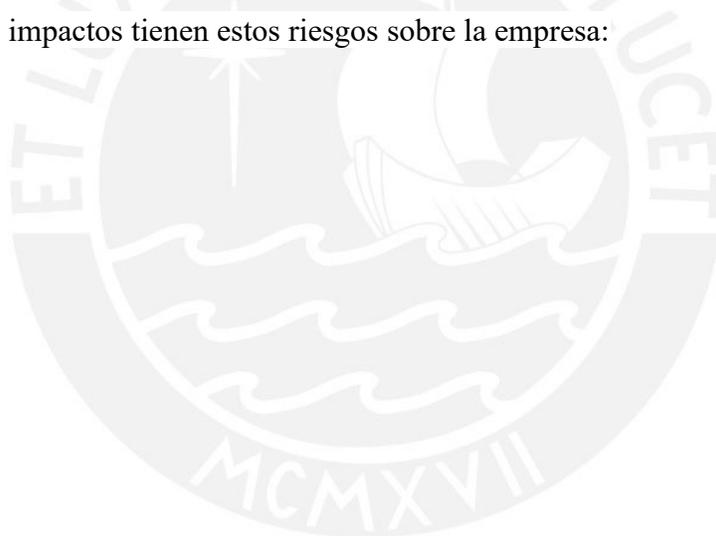
<b>Tabla 9: Consecuencia del Riesgo</b>		
<b>Nivel</b>	<b>Consecuencia</b>	<b>Descripción en términos de cumplimiento de Objetivos</b>
<b>1</b>	<b>Menor</b>	Si el hecho llegara a presentarse tendría consecuencias o efectos mínimos sobre la organización.
<b>2</b>	<b>Bajo</b>	Si el hecho llegara a presentarse tendría bajo impacto o efecto sobre la organización.
<b>3</b>	<b>Regular</b>	Si el hecho llegara a presentarse tendría medianas consecuencias o efectos sobre la organización.
<b>4</b>	<b>Grave</b>	Si el hecho llegara a presentarse tendría altas consecuencias o efectos sobre la organización.
<b>5</b>	<b>Intolerable</b>	Si el hecho llegara a presentarse tendría desastrosas consecuencias o efectos sobre la organización.

Fuente: DAFP, Guía para la Administración del Riesgo (4a ed., p 28)

Y finalmente, luego de establecer la relación entre la probabilidad y la consecuencia obtendremos la clasificación del riesgo en el siguiente esquema:

Tabla 10: Calificación del Riesgo Organizacional						
PROBABILIDAD	VALOR	ZONA DE RIESGO				
Casi certeza	5	Moderado	Moderado	Importante	Inaceptable	Inaceptable
Probable	4	Tolerable	Moderado	Moderado	Importante	Inaceptable
Posible	3	Aceptable	Tolerable	Moderado	Importante	Importante
Improbable	2	Aceptable	Aceptable	Tolerable	Moderado	Importante
Raro	1	Aceptable	Aceptable	Tolerable	Moderado	Moderado
	CONSECUENCIA	Menor	Bajo	Regular	Grave	Intolerable
	VALOR	1	2	3	4	5

Una vez mapeados los riesgos del CATMAN, procedemos a calificar los riesgos vinculados a este contrato, en ese sentido, el Oficial de cumplimiento deberá de valorar luego de haber hecho una inspección de todas áreas involucradas a través de la realización de entrevistas, revisión de documentos y comunicación con otros oficiales de cumplimiento vinculados a la competencia o al *retail*, establece qué impactos tienen estos riesgos sobre la empresa:



<b>Tabla 11: Evaluación del riesgo</b>					
<b>Riesgo</b>		<b>Consecuencias Potenciales</b>	<b>Probabilidad de Riesgo</b>	<b>Consecuencia del Riesgo</b>	<b>Calificación antes de controles</b>
<b>Tipo Riesgo</b>	<b>Descripción</b>				
<b>Colusión horizontal</b>	Prácticas anticompetitivas horizontales vinculadas al manejo de información sensible por parte del Capitán de Categoría.	El trade category al tener información sensible podría utilizar la misma para establecer una fijación directa o indirecta de sus precios de forma cartelizada con otros competidores.	4 (Probable)	5 (Intolerable)	<b>INACEPTABLE</b>
<b>Colusión vertical</b>	Prácticas anticompetitivas verticales vinculadas a la eliminación de otros competidores del mercado.	Generación de condiciones comerciales de exclusividad entre el cliente (retail) y la empresa capitán de categoría, facilitando el establecimiento de precios y/o otras condiciones comerciales que solo benefician a ambos.	3 (Posible)	5 (Intolerable)	<b>IMPORTANTE</b>
<b>Colusión horizontal</b>	La creación de una red “ <i>hub &amp; spoke</i> ” para la comisión de prácticas anticompetitivas horizontales y verticales.	La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones por parte de las empresas concertadas.	5 (Casi certeza)	4 (Grave)	<b>INACEPTABLE</b>
<b>Abuso de posición dominante</b>	Abuso de la posición de dominio del capitán de categoría.	En la cual el capitán de categoría (generalmente empresa que tiene la posición de dominio en el mercado) llegue a eliminar a la competencia o evite el ingreso de nuevos competidores en el canal de ventas dañando de forma seria la competitividad entre las empresas	4 (Probable)	4 (Grave)	<b>IMPORTANTE</b>
<b>Fraude en la información (código civil)</b>	Incumplimiento del contrato por parte del Capitán de Categoría para alcanzar mejores	El capitán de categoría envía información falsa al cliente (retail) a fin de verse beneficiado con futuros acuerdos comerciales los cuales le	2 (Improbable)	3 (Regular)	<b>TOLERABLE</b>

	beneficios en detrimento del cliente.	permitan tener mejores ganancias o un mejor posicionamiento en el mercado de la categoría.			
<b>Riesgo reputacional</b>	Riesgo reputacional de pérdida de fidelización en la marca.	Pérdida de consumidores, clientes y proveedores, sanciones económicas y pérdida del valor de la empresa en el mercado bursátil.	4 (Probable)	4 (Grave)	<b>IMPORTANTE</b>
<b>Pérdida del buen gobierno corporativo</b>	Riesgos vinculados al buen gobierno corporativo.	Destrucción de la alta gerencia, pérdida del tejido interno de la empresa, posible reestructuración de los cargos e intervención del INDECOPI para establecer mecanismos de autorregulación.	5 (Casi certeza)	4 (Grave)	<b>INACEPTABLE</b>



Luego de haber ponderado los diversos riesgos que tiene la empresa en la ejecución del CATMAN el oficial de cumplimiento o el área legal tendrá que presentar un mecanismo para el desarrollo de una estrategia que permita administrar el riesgo en cada uno de los escenarios, por tal motivo será importante tomar en cuenta el siguiente cuadro para la atención de los riesgos:

<b>Tabla 12: Respuesta al Riesgo Institucional</b>		
<b>SI LA ZONA DE RIESGO ES ACEPTABLE</b>	<b>ACEPTO EL RIESGO</b>	<b>1</b>
<b>SI LA ZONA DE RIESGO ES TOLERABLE</b>	<b>REDUCIR EL RIESGO</b>	<b>2</b>
<b>SI LA ZONA DE RIESGO ES MODERADA</b>	<b>REDUCIR EL RIESGO</b>	<b>3</b>
<b>SI LA ZONA DE RIESGO ES IMPORTANTE</b>	<b>EVITAR, COMPARTIR O TRANSFERIR RIESGO</b>	<b>4</b>
<b>SI LA ZONA DE RIESGO ES INACEPTABLE</b>	<b>EVITAR, COMPARTIR O TRANSFERIR RIESGO</b>	<b>5</b>

Por lo que luego de haber revisado las diversas estrategias se iniciará con el manejo de diversos aspectos para el cumplimiento de una estrategia de *compliance* que permita hacer del CATMAN un contrato seguro de firmar entre las partes interesadas:

**TABLA 13: Controles propuestos para los riesgos legales de la aplicación del CATMAN**

Tipo Riesgo	Riesgo Descripción	Consecuencias Potenciales	Administración del riesgo (política)	Tipo de control	Controles
<b>Colusión horizontal</b>	Prácticas anticompetitivas horizontales vinculadas al manejo de información sensible por parte del Capitán de Categoría.	El <i>Trade category</i> al tener información sensible podría utilizar la misma para establecer una fijación directa o indirecta de sus precios de forma cartelizada con otros competidores.	EVITAR, COMPARTIR O TRANSFERIR RIESGO	PREVENTIVO	El Capitán de Categoría debe de designar un equipo de trade category distinto al de la compañía de tal suerte que este debe ser independiente para así evitar que la información sea de la empresa. Asimismo, debe de trabajar con data histórica para hacer sus proyecciones y no con datos de venta de la competencia en el presente. En ese sentido, se recomienda un equipo de <i>Trade Category</i> tercerizado donde sólo el líder de dicho equipo pertenezca al equipo de línea de la empresa. Finalmente, las recomendaciones para el establecimiento de productos en las góndolas y puntos de venta, tanto del Capitán de Categoría como de los productos de la competencia, debe de pasar por el filtro de revisión de los oficiales de cumplimiento o del área legal del <i>retail</i> y del Capitán de Categoría así como estas recomendaciones deberán de ser aprobadas de forma escrita por el <i>retail</i> , respetando la cuota de mercado que posee cada una de marcas de la categoría.
<b>Colusión vertical</b>	Prácticas anticompetitivas verticales vinculadas a la eliminación de otros competidores del mercado.	Generación de condiciones comerciales de exclusividad entre el cliente ( <i>retail</i> ) y la empresa capitán de categoría, facilitando el establecimiento de precios y/o otras condiciones comerciales que solo benefician a ambos.	EVITAR, COMPARTIR O TRANSFERIR RIESGO	PREVENTIVO	El Capitán de Categoría debe de trabajar con data histórica para hacer sus proyecciones y no con datos de venta de la competencia en el presente. En ese sentido, se recomienda un equipo de <i>Trade Category</i> tercerizado donde sólo el líder de dicho equipo pertenezca al equipo de línea de la empresa. Finalmente, las recomendaciones para el establecimiento de productos en las góndolas y puntos de venta, tanto del Capitán de Categoría como de los productos de la competencia, debe de pasar por el filtro de revisión de los oficiales de cumplimiento o del área legal del <i>retail</i> y del Capitán de Categoría así como estas recomendaciones deberán de ser aprobadas de forma escrita por el <i>retail</i> , respetando la cuota de mercado que posee cada una de marcas de la categoría.

<b>Colusión horizontal</b>	<p>La creación de una red “<i>hub &amp; spoke</i>” para la comisión de prácticas anticompetitivas horizontales y verticales.</p>	<p>La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones por parte de las empresas concertadas.</p>	<p>EVITAR, COMPARTIR O TRANSFERIR RIESGO</p> <p>PREVENTIVO</p>	<p>El Capitán de Categoría establece consultas internas con el oficial de cumplimiento a efectos de revisar qué tipo de información enviará para gestionar las promociones y disposición en góndola de los productos del cliente <i>retail</i>, a efectos de no servir como un centro de control de información. Debe de existir una constante comunicación entre áreas legales u oficiales de cumplimiento del Capitán de Categoría y del <i>retail</i> a efectos de revisar previamente los acuerdos comerciales, estrategias de promociones y rebates productos del <i>planning</i> del CATMAN.</p>
<b>Abuso de posición dominante</b>	<p>Abuso de la posición de dominio del capitán de categoría.</p>	<p>En la cual el capitán de categoría (generalmente empresa que tiene la posición de dominio en el mercado) llegue a eliminar a la competencia o evite el ingreso de nuevos competidores en el canal de ventas dañando de forma seria la competitividad entre las empresas.</p>	<p>EVITAR, COMPARTIR O TRANSFERIR RIESGO</p> <p>PREVENTIVO</p>	<p>Las estrategias implementadas por el <i>Trade Category</i> deberán de ser claras y expuestas al oficial de cumplimiento y al equipo legal y al área de Trade marketing del <i>retail</i> a fin de conocer de qué manera se está recomendando el manejo de la categoría encargada.</p>
<b>Fraude en la información (código civil)</b>	<p>Incumplimiento del contrato por parte del Capitán de Categoría para alcanzar mejores beneficios en detrimento del cliente.</p>	<p>El capitán de categoría envía información falsa al cliente (<i>retail</i>) a fin de verse beneficiado con futuros acuerdos comerciales los cuales le permitan tener mejores ganancias o un</p>	<p>REDUCIR EL RIESGO</p> <p>EL CORRECTIVO</p>	<p>El equipo legal gestiona los mecanismos para el cumplimiento del contrato en todos sus aspectos y resuelve bajo negociaciones cualquier posible incumplimiento de todas las etapas y acuerdos del CATMAN.</p>

					mejor posicionamiento en el mercado de la categoría.
<b>Riesgo reputacional</b>	Riesgo reputacional de pérdida de fidelización en la marca.	Pérdida de consumidores, clientes y proveedores, sanciones económicas y pérdida del valor de la empresa en el mercado bursatil.	EVITAR, COMPARTIR O TRANSFERIR RIESGO	PREVENTIVO	La alta dirección promueve la existencia de un área de cumplimiento sólida, así como da a conocer a los <i>stakeholders</i> la existencia de un programa preventivo de buenas prácticas en libre competencia indicando que el CATMAN cumple con todos los requisitos para ser ejecutado, además de ser una de las obligaciones que estipula el contrato para su necesaria ejecución.
<b>Pérdida del buen gobierno corporativo</b>	Riesgos vinculados al buen gobierno corporativo.	Destrucción de la alta gerencia, pérdida del tejido interno de la empresa, posible reestructuración de los cargos e intervención del INDECOPI para establecer mecanismos de autorregulación.	EVITAR, COMPARTIR O TRANSFERIR RIESGO	PREVENTIVO	La alta dirección delega y apoya de forma activa las acciones de cumplimiento del área de <i>compliance</i> a fin de que del CATMAN se desarrolle de forma ordenada y cumpliendo la norma.

Como conclusión del cuadro antes elaborado podemos indicar que el rol del oficial de cumplimiento o del área legal para por una revisión constante de la información, esta área legal pasará de un rol reactivo en el cual se hace el tratamiento de problema luego de que este se evidencia con un potencial daño a la empresa en los diversos riesgos estudiados, así por ejemplo el oficial de cumplimiento o área legal deberá de vigilar la independencia plena del *Team Category*, a efectos de evitar que el área del *trade Marketing* de la empresa que hace las veces de Capitán de categoría contacte con este equipo especializado, de igual manera, debe de existir una comunicación constante entre las áreas legales del capitán de categoría y el *retail* a efectos de saber qué tipo de información llega al área de ventas y *trade marketing* como resultado de la aplicación del *planning* desarrollado en el CATMAN, evidentemente esto pasa por determinar en la elaboración del contrato de CATMAN cláusulas fuertes y claras que permitan que el objeto del contrato se desarrolle en concordancia con la libre competencia.

Finalmente, esta tarea sería imposible de aplicar si es que la alta dirección de la empresa no conduce y brinda soporte al área legal o al oficial de cumplimiento, toda vez que este realizará las labores de indagación para determinar la composición de las áreas claves en el desarrollo del CATMAN, tendrá una comunicación constante con el cliente *retail* y su área jurídica, pero más aún la alta dirección jugará un rol muy importante en la aprobación del plan de *compliance* para la aplicación del CATMAN en la empresa que precisamente se ha desarrollado en la presente investigación teniendo en cuenta todos los aportes tanto de *hard law* como de *soft law* aplicados.

## CONCLUSIONES

Luego de haber investigado las diversas aristas que implica el desarrollo e implementación del contrato de *Category Management* (CATMAN) tanto desde una perspectiva legal, económica y comercial se estableció la naturaleza contractual de este instrumento legal, así como los riesgos legales vinculados a su desarrollo. Por tanto, cabe mencionar que su implementación requiere de cuidados especiales que no solo implican el desarrollo de una estrategia comercial para el área de *trade marketing* y ventas, sino que requieren del aporte y soporte técnico legal del oficial de cumplimiento del área legal, por ello las conclusiones arribadas en la presente investigación son las siguientes:

- La investigación desarrolló de forma exitosa una estrategia de *compliance* para evitar la comisión de actos de colusión y/o de abuso de posición de dominio en la celebración e implementación del contrato de CATMAN, por lo que dicha implementación se hizo en base al análisis del contrato en sí, las diversas aristas comerciales que presenta su desarrollo tales como la figura del Capitán de Categoría, el equipo de *Trade Category* y la elaboración de un *planning* o estrategia de aplicación comercial, las herramientas usadas fueron principalmente el enfoque de análisis de riesgos a través de la guía de la ISO 31000 que versa sobre la gestión de riesgos y la Guía para la aplicación del *compliance* de la Libre competencia del INDECOPI.
- Se determinó asimismo que el contrato de CATMAN es una figura legal de carácter atípica pues su implementación depende muchas veces de la necesidad empresarial y/o comercial que tenga una empresa de consumo masivo para su implementación, por lo que de acuerdo a las reglas del derecho comparado, las reglas del trasplante legal deberán de hacerse siguiendo no sólo la aplicación técnica comercial del contrato, sino que deberá de seguirse una serie de pautas para evitar la comisión de cualquier acción que pueda vulnerar la libre competencia. Por lo tanto, estamos frente a un contrato altamente riesgoso en su implementación, por lo que requiere un desarrollo en conjunto de las áreas de cumplimiento, legal, ventas y *trade marketing*.

- Se identificaron y describieron los principales riesgos derivados de la implementación del CATMAN tales como la colusión en forma de “T”, la presencia de un “hub & spoke” en el seno de los actores que ejecutan el CATMAN, la existencia de una estrategia para la eliminación de otros competidores y/o el establecimiento de un cartel entre competidores. No obstante, debe reconocerse que el CATMAN trae consigo beneficios tanto para la empresa que lo ejecuta como para los retail ya que establece un estudio a profundidad de la actuación de los consumidores en los diversos puntos de venta y cómo es que a través de su implementación se puede lograr un desarrollo sostenible de la categoría de los productos. Por lo que dichos riesgos deberán de administrarse de desde una óptica legal y comercial para evitar su comisión.
- Se desarrolló una estrategia de *compliance* legal luego de identificar los diversos riesgos derivados de la implementación del CATMAN, en ese sentido, la estrategia es un mecanismo que permite el trabajo conjunto de las áreas de cumplimiento, *trade marketing* y ventas de la empresa que hace las veces de Capitán de Categoría o ejecuta el CATMAN de esta forma mitigando o reduciendo los riesgos legales, de tal suerte que en su implementación se haga una revisión de 360° donde se busque alienar tanto el cumplimiento normativo como el establecimiento de una estrategia comercial sana que permita al capitán de categoría asegurar de forma preventiva el tratamiento de cualquier riesgo legal que atente contra la libre competencia.
- De la estrategia de *compliance* y análisis de los diversos riesgos se hallaron siete (07) riesgos legales vinculados a la implementación del CATMAN de los cuales en su tratamiento tres (03) fueron calificados como inaceptables, tres (03) fueron calificados como aceptables y uno (01) fue calificado como tolerable.
- Del análisis de la jurisprudencia y doctrina se puede derivar que el contrato de CATMAN es una figura que implica el manejo de información sensible y que muchas veces puede ocasionar una aparente infracción de la norma de libre competencia, no obstante, el área de cumplimiento o el área legal del el capitán de categoría debe de tener una comunicación constante con el área legal del *retail* a efectos de establecer medidas de carácter preventivo en la implementación del CATMAN, toda vez que muchas de las decisiones finales del

establecimiento de estrategias en los puntos de venta dependerá del análisis y aprobación de estas áreas quienes tienen la tarea de comunicar y sensibilizar los riesgos legales a las áreas de *trade marketing* y ventas.

## RECOMENDACIONES

A continuación, luego de haber desarrollado la investigación legal relacionada a la implementación del contrato de CATMAN es necesario brindar una serie de recomendaciones a las áreas de cumplimiento o áreas legales que decidan implementar esta estrategia comercial

- El CATMAN para su adecuada implementación requiere de la sensibilización de las áreas de *trade marketing* y ventas para el conocimiento y administración de los riesgos legales, por lo que las empresas de consumo masivo que decidan ejecutarlas deberán previamente tener un área de cumplimiento o un área legal que tenga conocimiento de la gestión de riesgos, en consecuencia, un área legal robusta en este tema podrá aconsejar de manera adecuada cómo implementar este tipo de estrategias comerciales.
- Se ha observado que actualmente los cárteles que atentan contra la libre competencia procuran revestir su accionar a través de mecanismos que puedan “blanquear” su incumplimiento normativo, por lo que una acción preventiva por parte de la Alta dirección en la gestión de riesgos legales puede evitar que los actores comerciales de la empresa ejecuten de forma inadecuada estrategias comerciales como el CATMAN.
- Es necesario que la alta gerencia de las empresas vean a las áreas de cumplimiento como un sistema de seguros, pues permite que sus diversos riesgos puedan administrarse de forma adecuada previamente a diferencia de un esquema tradicional del área legal, el área cumplimiento o un área legal moderna intuye a través de la gestión de riesgos los posibles peligros en los cuales puede incurrir el negocio, por lo tanto la alta gerencia debe fomentar la consolidación de estas áreas y no verlas solo como un gasto adicional en el presupuesto.

## BIBLIOGRAFÍA IV

### LIBROS

Alpa G., (2015) El contrato en general. Lima, Perú: Pacífico Editores.

Bravo S. (2014) Contratos modernos empresariales. Lima, Perú: Ediciones legales.

Bullard A., Sainz de Aja B & Ezcurra H. (2007) El derecho de la competencia desleal. Lima, Perú: Universidad Peruana a Ciencias Aplicadas.

Bullard, A. (2018). Análisis Económico Del Derecho. Primera. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Chamamé R. (2015), La Constitución Comentada. Lima, Perú: Legales Ediciones

Flint P. (2002). Tratado de Defensa de La Libre Competencia: Estudio Exegético Del DL 701: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de La Libre Competencia.”. Recuperado de:  
[https://books.google.com.pe/books?id=v3ckqiVcH4AC&pg=PA999&lpg=PA999&dq=resoluci%C3%B3n+N%C2%B0+039-95-INDECOPI/CLC&source=bl&ots=BPMb\\_HD-We&sig=ACfU3U2Ato1tqkC6mMX0ckQUJ7NDULZW8g&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwi-s443lnKzuAhWYI7kGHdLrB-oQ6AEwBnoECAUQAg#v=onepage&q=resoluci%C3%B3n%20N%C2%B0%20039-95-INDECOPI%2FCLC&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=v3ckqiVcH4AC&pg=PA999&lpg=PA999&dq=resoluci%C3%B3n+N%C2%B0+039-95-INDECOPI/CLC&source=bl&ots=BPMb_HD-We&sig=ACfU3U2Ato1tqkC6mMX0ckQUJ7NDULZW8g&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwi-s443lnKzuAhWYI7kGHdLrB-oQ6AEwBnoECAUQAg#v=onepage&q=resoluci%C3%B3n%20N%C2%B0%20039-95-INDECOPI%2FCLC&f=false)

Huayanay H. (2010), Contratos civiles modernos de empresa. Lima, Perú: MFC EDITORES, volumen II.

Malpartida, V. (1999) Constitución económica del Perú y el derecho de la competencia. Tacna, Perú: ESPG-UPT

Ministerio de Justicia (1995) Libre competencia, legislación y jurisprudencia. Trujillo, Perú: Editora Normas Legales.

- Nightingale, I, Bullard A & Otros (2018) *Análisis psicológico del Derecho*, Segunda. Lima, Perú: Editorial Themis.
- Rioja, A. (2016) *Constitución Política Comentada*. Lima, Perú: Editorial Jurista.
- Palau, F. (1998) *Descuentos Promocionales*. Madrid, España: Editorial Idelco – Marcial Pons.
- Pascual y Vicente, J. (2010) *Derecho de la competencia para directivos*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Posner R. (1998) *El análisis económico del derecho*. México, Ciudad de México: Fondo de cultura económica.
- De la Puente y Lavalle M. (1983) *Estudios sobre el contrato privado*. Lima, Perú: Cultural Cusco Ediciones.
- Saavedra, Renzo. 2016. *Análisis Económico y Comparado Del Derecho Privado*. Primera. Lima: Fogueras.
- Trazegnies F. (2007) *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, Tomo III. Lima Perú: Editorial Grijley.
- Velasco L. (2005) *Derecho Europeo de la Competencia*. Valladolid, España: Editorial Lex Nova.

## **ARTÍCULOS ACADÉMICOS**

- Aguirre, R & Requejo F. (2016). La Organización industrial de los Supermercados en el Perú. *Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI*, 12 (22) Recuperada de: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/issue/view/2>
- Berenguer, L. (2011). Derecho de la Competencia y Contratos de Distribución. *Revista del Círculo Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (10) Recuperada de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13661/14285>
- Bush, D. & Gelb B. (2005) When Marketing practices raise antitrust concerns. *Revista MIT Sloan Management Review*, 46 (4) Recuperada de: <http://sloanreview.mit.edu/wp-content/uploads/saleable-pdfs/46413.pdf>

De Castro, Martín, and G. Navas López. (2006). “LA IMPORTANCIA DE LA REPUTACIÓN EMPRESARIAL EN LA OBTENCIÓN DE VENTAJAS COMPETITIVAS SOSTENIBLES.” 12(3):29–39. Recuperada de: <https://www.redalyc.org/pdf/2741/274120074002.pdf>

Fernández-Baca Llamosas, Jorge. (2011). “Los Acuerdos de Exclusividad y Sus Efectos Sobre La Competencia: El Caso Del Hipoclorito de Sodio.” *Revista de Derecho Administrativo* de la Pontificia Universidad Católica del Perú(10):73–94.

Granieri, Massimiliano & Pardolesi, R. 2014. “El Futuro de Los Profesores de Derecho y El Derecho Comparado.” *Ius et Veritas* 24(49):16–39.

Leary, B. (28 de marzo, 2005). Category Management: An Interview with FTC Commissioner Thomas B. Leary. Federal Trade Commission. Recuperado de: <https://www.ftc.gov/public-statements/2005/03/category-management-interview-ftc-commissioner-thomas-b-leary>

López, David. (2014). “La Sugerente Figura De Las Marcas Blancas: Notas Desde El Ordenamiento Jurídico Español. *Revista Chilena de Derecho* 41(2004):89–119. Recuperada de: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372014000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100005)

Lorden, B. (2011) Category Management: The Antitrust Implications in the United States and Europe. *Revista Loyola Consumer Law Review*, 23 (4). Recuperada de: <https://pdfs.semanticscholar.org/15d4/72fc0d6b97562b4a043cb6dec93a473447b6.pdf>

Pineda, J. (2019) El tratamiento del riesgo legal en el Sistema Financiero en el Perú: el rol de los abogados en la gestión de riesgos. *Revista de Actualidad Mercantil* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, (6), 122-141, Recuperada de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/21705>

Poyatos, Raquel Puentes. (2009). “El Buen Gobierno Corporativo En Las Sociedades Cooperativas.” *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos* (98):118–40.

Quintana, E. (2011). El objetivo de la ley de competencia peruana y a la interpretación de las conductas prohibidas. *Revista de La Competencia y La Propiedad Intelectual*, 7(13). Recuperada de: <https://academic.microsoft.com/paper/2897367158/citedby/search?q=El%20objetivo%20de>

[%20la%20ley%20de%20competencia%20peruana%20y%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de%20las%20conductas%20prohibidas&qe=RIId%253D2897367158&f=&orderBy=0](#)

Quintana, Eduardo. 2011. “Prácticas Concertadas Entre Competidores y Estándar de Prueba Requerido” *Revista de Derecho Administrativo* de la Pontificia Universidad Católica del Perú (10):15–45.

Quintana, E. (2015). Una mirada descentralizada al enjuiciamiento de cárteles en el Perú. *Revista de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 74. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13597>

Teijeira, M. (2015). Legal Compliance: Conceptualización en el marco de la regulación corporativa. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/29407557.pdf>

Wright, J. (2009). Antitrust Analysis of Category Management: *Conwood v United States Tobacco Co*, (17), 311-337. Doi: <https://doi.org/10.1086/656059>

## **ARTÍCULOS DE PÁGINAS WEB Y NOTICIAS**

Attorney general of Washington. (2020). “Guide to Antitrust Laws - Spanish | Washington State.” Recuperado de: <https://www.atg.wa.gov/guide-antitrust-laws-spanish>

Avendaño, J. (2016, 08 de agosto) Riesgos legales. *Diario “El Peruano”*. Recuperado de: <https://elperuano.pe/noticia-riesgos-legales-44475.aspx#:~:text=El%20riesgo%20legal%20es%20la,redacci%C3%B3n%20de%20normas%20o%20contratos>

Carreón, A. (2013, 28 de octubre). *Catman: un proceso que genera resultados en retail*. Meca2.0. Recuperado de: <https://www.merca20.com/catman-un-proceso-que-genera-resultados-en-retail/>

Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibañez de Chile. (2020, 04 de mayo) “Caso Supermercados: Hub and Spoke y Programas de Cumplimiento” Recuperado de: <https://centrocompetencia.com/caso-supermercados-hub-and-spoke-y-programas-de-cumplimiento/>

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, (2016). “Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales”. Recuperado de:

[https://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/CARTILLA\\_GREMIOS.pdf](https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf)

IDL Reporteros,(2015) “El Cartel de Los Pañales.” Recuperado de: (<https://www.idl-reporteros.pe/el-cartel-de-los-panales/2/>).

INDECOPI (2020), “El Indecopi Inicia Procedimiento Sancionador a Empresas Propietarias de Los Supermercados Wong, Metro, Plaza Vea, Vivanda, Tottus y Makro Por Presunta Concertación de Precio de Pavo Entero a Nivel Nacional - Notas de Prensa - Indecopi.” Recuperado de:

[https://www.indecopi.gob.pe/notas-de-prensa/-/asset\\_publisher/A97k3Jah06e9/content/el-indecopi-inicia-procedimiento-sancionador-a-empresas-propietarias-de-los-supermercados-wong-metro-plaza-vea-vivanda-tottus-y-makro-por-presunta-con?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.indecopi.gob.pe%2Fnotas-de-prensa%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_A97k3Jah06e9%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_s\\_tate%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-1%26p\\_p\\_col\\_pos%3D1%26p\\_p\\_col\\_count%3D2](https://www.indecopi.gob.pe/notas-de-prensa/-/asset_publisher/A97k3Jah06e9/content/el-indecopi-inicia-procedimiento-sancionador-a-empresas-propietarias-de-los-supermercados-wong-metro-plaza-vea-vivanda-tottus-y-makro-por-presunta-con?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.indecopi.gob.pe%2Fnotas-de-prensa%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_A97k3Jah06e9%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_s_tate%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2)

PerúRetail, (2017, 23 de febrero). ¿Cómo se está desarrollando el sector de supermercados en el Perú?, PerúRetail. Recuperado de: <https://www.peru-retail.com/como-esta-desarrollando-sector-supermercados-peru/co>

Tovar, Teresa. (2019) “La Libre Competencia En Tiempos de Compliance | Enfoque Derecho | El Portal de Actualidad Jurídica de THEMIS.” Recuperado de:

<https://www.enfoquederecho.com/2019/03/27/la-libre-competencia-en-tiempos-de-compliance/>

## TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

Macaro, N. (2014). El aporte del category management en la dinámica entre el proveedor y el retailer en la industria de las bebidas gaseosas (Trabajo final/ Escuela de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Recuperada de: [http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tpos/1502-0751\\_MacaroN.pdf](http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tpos/1502-0751_MacaroN.pdf)

Morales, R. (2010). Las patologías y remedios del Contrato (Tesis Doctoral/ Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Perú). Recuperada de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/>

Paredes, Raisa. (2018). “ASPECTOS PRINCIPALES DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN PERUANA DE LIBRE COMPETENCIA.” (Tesis Magister/ Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Perú). Recuperada de: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/12881/PAREDES\\_SEMI\\_NARIO\\_RAYSA\\_MARIS%c3%89..pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/12881/PAREDES_SEMI_NARIO_RAYSA_MARIS%c3%89..pdf?sequence=1&isAllowed=y)

## **CUERPOS NORMATIVOS**

Congreso de la República del Perú (05.11.1991). Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia [D.L N° 701] DO: El Peruano

Congreso de los Estados Unidos de America. (1890) “Code § 1 - Trusts Sherman Act.” Recuperado de: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>

Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile (1973) Decreto Ley N° 211 que fija Normas para la defensa de la Libre Competencia. Recuperado de: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL\\_211\\_refundido\\_2016.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf)

Poder Ejecutivo (24.06.2008). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de represión de Conductas Anticompetitivas [D.L N° 1034]. DO: El Peruano.

Presidencia de la República de Colombia, (1992). “DECRETO 2153 DE 1992.” Recuperado de: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/col123431.pdf>

Presidencia del Consejo de Ministros (19.02.2019). Decreto Supremo que aprueba el Texto Ordenado de la ley de conductas de represión de conductas anticompetitivas [D.S N° 030-2019-PCM]. DO: El Peruano.

INDECOPI. 2020. Guía de programas de cumplimiento de las normas de libre competencia.

International Organization for Standardization (01.03.2018) Norma ISO 45001:2018

International Organization for Standardization (15.02.2018) Norma ISO 31000:2018

## **JURISPRUDENCIA**

Comisión De Libre Competencia del INDECOPI (1995). Resolución N° 039-95-INDECOPI/CLC  
(Caso Cartel de Menudencieros en Huaral)

Comisión De Libre Competencia del INDECOPI (1995). Resolución N° 047-95-INDECOPI/CLC  
(Caso del Cartel de la venta de trigo)

Comisión De Libre Competencia del INDECOPI. (2017). Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI.  
Expediente 011-2015/CLC (Caso Cartel del GLP)

Comisión de la Libre Competencia del INDECOPI. (2017). Expediente 017-2015/CLC. (Caso  
Cartel de los pañales Kimberly-Clark Perú S.R.L y Papel Tissue del Perú).

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España. 2014, RESOLUCIÓN  
(Expediente VS/612/06 ACEITES 2).

INDECOPI. 2020. Proyecto de lineamientos sobre resarcimiento de daños ocasionados a  
consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas. Recuperado de:  
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2962929/Proyecto+de+Lineamientos+sobre+Resarcimiento/>

Sala de la Libre Competencia del INDECOPI. 1997. “Resolución N° 003-97-INDECOPI-CLC.”  
(Caso CIVA vs. Transportes Mariscal Castilla).

Secretaría técnica del INDECOPI. (12.03.1999). “Informe N° 001/1999-CLC”. (Caso abuso de  
poder de dominio en el Mercado de Santa Anita).

Tribunal Constitucional (24.03.04) Exp. N° 0858-2003-AA.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile. (28.02.2019).  
“SENTENCIA N° 167/2019. Recuperado de: [https://www.tdlc.cl/nuevo\\_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_167\\_2019.pdf](https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_167_2019.pdf) . (Caso cartel de la Carne de pollo)

Tribunal de apelaciones de los Estados Unidos – Sexto Circuito (15.05.2002) Expediente N° No. 00-6267. Recuperado de: <https://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1355899.html> (Caso Conwood vs. United States Tobacco)

Tribunal del distrito de Texas Sur de los Estados Unidos, opinión del juez Kennet Hoyt, (23 .12.2003) Civil Action N° H-03-0427. Recuperado de: <https://casetext.com/case/el-aguila-food-products-inc-v-gruma-corporation-2#c6d01890-297b-4864-84c3-94bd66c8af4d-fn1> (Caso del Águila Corp. Y otros vs. GRUMA Corp.)

