

SUMILLA: Contestación a la denuncia formulada por ASOMELCO por presunta práctica colusoria horizontal

SEÑORES MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DE MEILAND:

WENROU, YANSHI, KONGGI y DAFENG, debidamente representadas, a ustedes atentamente decimos:

Que, ante la denuncia formulada por la Asociación Meiliana de Consumidores y Usuarios (ASOMELCO) en nuestra contra, por la presunta comisión de una práctica colusoria horizontal, negamos y contradecimos cada extremo de la referida denuncia, de conformidad con los argumentos que a continuación exponemos:

I. LAS PRUEBAS UTILIZADAS SON ILÍCITAS Y FALSAS

El presente procedimiento ha sido iniciado en violación del debido procedimiento al haberse estimado la acusación de la denunciante, ASOMELCO, fundamentada en una prueba cuya obtención fue realizada de manera ilícita dada la vulneración del secreto profesional y comercial, por los fundamentos que desarrollaremos a continuación.

1. Prueba ilícita

El derecho a la prueba es uno de los elementos del derecho fundamental a un debido procedimiento, por el cual todo sujeto de derecho que participa o participe como parte o tercero legitimado tiene derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción en el juez respecto de los hechos que son objeto de prueba y sustentan su pretensión o defensa. Se trata de un derecho a que el juzgador admita, actúe y valore los medios probatorios ofrecidos; no obstante, este derecho no es ilimitado sino que existen supuestos de inadmisibilidad y exclusión.

Tal es el caso de la denominada “prueba ilícita”, según algunos, también “prohibida” o “inconstitucional”, que no goza de una conceptualización unánime. Así, desde una

concepción amplia, se considera que son aquellas “contrarias a la Constitución, a la ley, la moral, las buenas costumbres o las disposiciones o principios de carácter general”; concepciones más restringidas, consideran que son aquellas que vulneran normas de rango legal y constitucional, y otras, aún más estrictas, consideran que son aquellas que se obtienen con afectación de los principios o derechos fundamentales.

Así, César GINER ALEGRÍA, considera que es aquella asociada, en última instancia, a la violación de derechos fundamentales; y, citando a Devis ECHANDÍA, señala que estas serían *“aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales amparados por la Constitución y la ley”*.

Coincidimos con la postura que señala que “la naturaleza fundamental del derecho a probar, como elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, hace que el concepto de “prueba ilícita” deba ser lo más restrictivo posible, a fin de permitir que el mencionado derecho despliegue toda su virtualidad y eficacia. De este modo, el concepto dicho concepto “debe circunscribirse a los medios y/o fuentes de prueba obtenidos con infracción de aquellos bienes jurídicos con los que el derecho a la prueba guarde relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico (derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos)]”, es decir, está relacionado con el “modo antijurídico” con que se obtiene un medio probatorio y/o una fuente de prueba.

Por ende, adoptamos el concepto de “prueba ilícita” como “aquellos medios probatorios y/o fuentes de prueba que han sido obtenidos con afectación de algún derecho fundamental o de algún bien jurídico constitucionalmente protegido” (BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo). Así, esta debe ser diferenciada de la prueba irregular, que es aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectar de manera trascendental derechos fundamentales.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el EXP. N° 00655-2010-PHC/TC: *“En resumen, en la dogmática y*

jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.”

Ahora bien, el principal efecto de la prueba ilícita es la denominada “regla de exclusión de la prueba”, en virtud de la cual no se le reconoce efecto alguno a las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, es decir, se plantea su inutilización procesal.

Así, la prohibición se plantea en dos sentidos: de admisión y de valoración; es decir, el juez de instrucción al controlar que las pruebas ofrecidas por las acusaciones sean lícitas, e impedir que el juez de juzgamiento entre en contacto con dichas pruebas, evitando los efectos psicológicos de la prueba ilícita. El hecho de que la prueba ilícita se haya incorporado al proceso no impide la posibilidad de denunciar y apreciar su ilicitud, siendo consecuencia de ello la prohibición de que sea valorada por el juez de sentencia.

2. La vulneración del derecho al secreto profesional y comercial como afectación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones

Para empezar, cabe hacer referencia al derecho a la intimidad, siendo que esta ha sido definida en función a la protección de la vida privada, así lo señala Juan ESPINOZA, citando a Manuel GARCÍA AMIGO: “*Se define la intimidad como: La vida privada de cada particular, es el círculo de actos y actividades personalísimas que forman el núcleo de la vida individual o familiar*”. Además, la mayor parte de definiciones al respecto toman como punto de referencia a la persona natural. Así también, es pertinente la cita a Eduardo NOVOA MONREAL, quien señala que “*la vida privada está constituida por*

aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídas al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento”.

Vale la pena citar la noción de “right to privacy” en el sistema del Common Law:

“El Common Law asegura a cada individuo el derecho a determinar, generalmente, hasta qué límites sus pensamientos, sentimientos y emociones serán comunicadas a otros. En nuestro sistema de gobierno, nadie puede ser forzado a expresarlos (salvo cuando se encuentre en la posición de testigo); e incluso si hubiera elegido expresarlos, generalmente conserva el poder para fijar los límites de la publicidad que deba dárseles. La existencia de este derecho no depende del método particular de expresión adoptado. Este derecho es inmaterial sea que se trate de palabras o de signos, de pintura, de esculturas, o música. Tampoco la existencia de este derecho depende de la naturaleza o valor del pensamiento o emociones, ni de la calidad de los medios de expresión. La misma protección se otorga a una carta casual o a una inscripción en un diario, y al más valuable poema o ensayo, a una equivocación o desacierto y una obra maestra. En cada uno de estos casos el individuo tiene el derecho a decidir aquello a lo que se le daba dar publicidad. Nadie más tiene el derecho a publicar sus obras, sin su asentimiento. Este derecho es enteramente independiente del material en el cual, el pensamiento, el sentimiento, o emociones está expresado. Este existe independientemente de cual ser corporal, tal es el caso de las palabras habladas, una canción cantada, una obra teatral actuada. O si expresado en algún material, como en un poema escrito, el autor se deshiciere del papel, no por ello renuncia a algún derecho de propiedad sobre la composición misma. El derecho se pierde solo cuando el autor por sí mismo comunica su producción al público, -en otras palabras, lo publica. Este es enteramente independientemente de las leyes sobre derechos de autor, y su alcance en el campo del arte. El propósito de estos estatutos es asegurar al autor, compositor, o artista todos los beneficios resultantes de la publicación; pero la protección del Common Law le posibilita controlar de manera absoluta el acto de publicación; y su ejercicio de su discreción, para decidir si debería haber alguna publicación. La reglamentación de los derechos no tiene valor alguno, a menos de que haya una publicación; los derechos reconocidos por el Common-Law se pierden tan pronto como sea publicado.”

(Traducción libre. Samuel Warren y Louis Brandeis, “The right to privacy”, Harvard Law Review, vol. IV, 15 de diciembre, 1890)

Luego, si bien es cierto que las personas naturales tienen un derecho indubitable a la intimidad, se debe tomar en cuenta que las personas jurídicas también son reconocidas como sujetos de derechos –centros de imputación de derechos y obligaciones- que cuentan con subjetividad propia atribuida por el ordenamiento jurídico; y, por ende, pueden ser titulares de derechos, incluso, fundamentales. Sin embargo, obviamente, no todos los derechos de los que gozan las personas físicas pueden ser ejercidos por las personas jurídicas sino solo aquellos que correspondan a su naturaleza; en todo lo demás poseen la misma esfera de libertad que poseen los individuos físicos, siendo una limitación legítima solo si está fundada en Derecho.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en el EXP. N.º 4972-2006-PA/TC reconociendo la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de algunos derechos fundamentales:

“7. En el contexto descrito y aun cuando resulte evidente que la Constitución se refiere preferentemente a la persona humana (como también y, por extensión, al concebido), ello no significa que los derechos solo puedan encontrarse subjetivamente vinculados con aquella considerada stricto sensu de modo individual. Es evidente que la existencia y permisibilidad jurídica, de lo que se ha venido en denominar personas jurídicas o morales, plantea, por de pronto, y en la lógica de dirimir controversias como la presente, la necesidad de precisar el estatus jurídico de estas últimas en relación con los derechos fundamentales.”

De esta manera, vinculado al “derecho a la intimidad” se encuentra el “secreto profesional” y el “secreto comercial”. Así, se señala pertinentemente la cita a Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, quienes afirman que: “Determinados hechos de la vida de las personas son conocidos por terceros en virtud de la prestación de servicios profesionales. Les incumbe el deber de secreto por ello, que aparece recogido en normas jurídicas algunas veces”.

La confidencialidad y el secreto tienen se encontraban ya en el Juramento Hipocrático que recita lo siguiente: “todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable”.

Coincidimos con que la violación del secreto profesional supone el incumplimiento de un compromiso asumido consistente en una conducta negativa –un no hacer- de revelación de aquello que ha llegado a conocer en el ejercicio del encargo que le ha sido confiado, vulnerándose de manera indirecta el derecho a la intimidad. Se entiende que debe tratarse de información no conocida de manera general, es decir, que sea reservado. Este deber de no revelación o de guardar el secreto profesional supone un deber genérico de lealtad y la confianza por parte de quien delega una actividad.

Así, para ejemplificar, en el caso de la profesión legal, se ha señalado que el secreto profesional impone un deber de confidencialidad el cual, a su vez, comprende otros deberes: una prohibición de revelación, es decir, la abstención de revelar la información comprendida dentro de la confidencialidad, de entregar, exhibir o facilitar el acceso a soportes materiales, electrónicas o de otro tipo que se encuentren bajo su custodia; un deber de cuidado, es decir, la adopción de las medidas razonables para mantener la confidencialidad de la información; un deber de cuidado respecto de acciones de colaboradores. Asimismo, es relevante destacar que la extinción de la relación profesional no extingue el deber de confidencialidad ni la muerte del cliente.

Por otro lado, el secreto comercial como es entendido por James POOLEY, es aquella información que no se desea que sea conocida por la competencia. Así, “la ley protege en general no solo las fórmulas y los diseños de carácter secreto, sino cosas más sencillas, como las características que podrían incorporarse en el próximo iPhone, o el país en que una empresa tiene la intención de establecerse próximamente”.

En el mismo sentido que el secreto profesional, el secreto comercial protege las relaciones de confianza que se llevaban a cabo en la era industrial en la cual ante el paso de los talleres a las fábricas se buscó la manera de obligar a los empleados a guardar la confidencialidad respecto de determinada información; por ende, como bien ha señalado el autor mencionado, el secreto es una herramienta legítima de toda empresa, cualquiera

sea su tamaño, ya que mantener la reserva de información relativa, por ejemplo, a la estrategia comercial para hacer frente a los competidores con base en información sobre los clientes, preferencias y necesidad, es la forma principal en la que las pequeñas y medianas empresas protegen sus ventajas comerciales. En caso de que no existiera tal deber de confidencialidad, las empresas asumirían riesgos mayores al manejar un personal más amplio, por lo cual limitarían dicho número, perjudicando su nivel de producción e innovación.

Al respecto, se debe tomar en cuenta el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el cual en la Sección 7 establece un régimen de protección de la información no divulgada, y en el artículo 39 numeral 2 se dispone la posibilidad de impedir que la información que este legítimamente bajo su control sea divulgada a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos; sin embargo, dicha información para gozar de protección: no debe ser generalmente conocida ni fácilmente accesible, debe tener un valor por ser secreta, y debe ser objeto de «medidas razonables» para mantenerla en secreto.

En el caso, consideramos que las pruebas que sustentan la denuncia formulada por la ASOMELCO son ilícitas, dado que en su obtención se ha vulnerado el secreto profesional y comercial de las denunciadas cadenas de supermercados –WENROU, YANSHI, KONGGI y DAFENG, los cuales forman parte del derecho a la intimidad de las personas jurídicas, centros de imputación de derechos y deberes, que cuentan con subjetividad atribuida por el ordenamiento jurídico. Esta vulneración se produjo debido a que fue un tercero distinto a las partes a quienes concierne la información –específicamente un exfuncionario de una de las cadenas de supermercados mencionadas- quien, sin el consentimiento de aquellas, difundió la información que fundamenta la denuncia contra las imputadas a través de un medio público -el programa dominical número uno de la televisión meiliana denominado “Abajo el crimen”, siendo que dicha información tenía carácter reservado o confidencial al exponer datos concernientes a las políticas comerciales de las denunciadas para competir en el mercado.

3. Test de proporcionalidad: Derecho a la información vs derecho a la intimidad -secreto comercial y secreto profesional

En el caso, la medida adoptada consistente en la aceptación al proceso de pruebas ilícitamente obtenidas constituye una limitación de derechos que no cumple con la aplicación del test del balancing o ponderación, es decir, no es justificable, como se demostrará en el análisis siguiente.

Así, si bien existe, en abstracto, un derecho a la información –derecho a informar- por parte de quien publicita determinada información, este derecho no es absoluto sino que está sujeto a determinados requerimientos que impone un Estado democrático y social de Derecho, como lo es el respeto a la vida privada o intimidad de las personas.

De tal manera, la razonabilidad de una medida ante un conflicto de derechos implica la realización de un análisis de las siguientes exigencias: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

- La primera, idoneidad o adecuación impone verificar que el o los medios adoptados por la autoridad sean aptos para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.
- La segunda, necesidad, sugiere que la medida no restrinja el derecho más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del fin. Consiste en la aplicación del “medio menos restrictivo”.
- La última es la proporcionalidad en sentido estricto que supone el ejercicio de balancear o ponderar los beneficios de la medida impuesta versus los costos de haber incurrido en la vulneración de un derecho fundamental para concluir en qué lado se produce el mayor bien. La afectación del derecho debe ser la mínima en relación al fin perseguido.

En el caso en concreto, la medida cuestionada y objeto de la aplicación del test de ponderación viene a ser la admisibilidad de la prueba ilícita –en adelante, la medida- ante el conflicto entre el derecho a informar por parte de los exfuncionarios de las cadenas de

supermercados, entre ellos, el señor Alejandrino Tezcurra Quintanilla, y el derecho a la intimidad por parte de las cadenas de supermercados WENROU, YANSHI, KONGII y DAFENG.

Respecto, del primer criterio, debemos empezar por definir cuál es la finalidad de la Comisión de Libre Competencia de Meiland (en adelante, la Comisión) para verificar si la medida se ajusta a dicho fin.

Así, de acuerdo a la Ley de Competencia de Meiland, el artículo 1 señala que el objetivo de esta es:

Artículo 1

Objetivos

Controlar o eliminar convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional; todo ello con el fin de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores

De ello podemos concluir que el fin es el bienestar de los consumidores a través de la promoción de la eficiencia económica en los mercados para lo cual busca controlar o eliminar las conductas anticompetitivas. Por lo cual, en principio, la medida sí resultaría adecuada a dicho fin ya que la admisibilidad de dichas pruebas pese a haber sido obtenidas de manera ilícita con la vulneración del secreto profesional y comercial (derecho a la intimidad de las cadenas de supermercados) permite facilitar las actividades de investigación de la COMISIÓN para determinar la existencia de las conductas imputadas consistentes en prácticas colusorias horizontales y verticales por las cadenas de supermercados mencionadas.

En cuanto al segundo criterio, el cual supone la ausencia de una solución más efectiva y adecuada que restrinja en la menor medida un derecho, se debe evaluar si la medida restringe excesivamente el derecho a la intimidad de las denunciadas. Por lo cual, se debe plantear la pregunta respecto a si era esencial la admisión de las pruebas ilícitas a fin de

que la COMISIÓN pueda realizar actividades de investigación concernientes a las prácticas imputadas.

Consideramos que no, debido a que bastaba con que ante la denuncia planteada por la ASOMELCO, la COMISIÓN, en virtud de las funciones que le competen, iniciara sus labores de investigación de motu proprio según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Competencia de Meiland:

Artículo 9

Actuaciones de instrucción

1. La Comisión de Libre Competencia está facultada, en razón de su competencia, a realizar de oficio cuantas actuaciones probatorias resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los documentos, información u objetos que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia o no de la infracción administrativa que se imputa.

Por lo cual, no era necesaria la admisión de las pruebas ilícitas, puesto que no corresponde a los exfuncionarios de las cadenas imputadas la realización de la labor de investigación de conductas ilícitas, sino que más bien esta es una función de la COMISIÓN que omitió cumplir y cuyo ejercicio le hubiera permitido conseguir material probatorio verídico y lícito para iniciar un proceso en el cual se respeten las debidas garantías. De otro lado, dada la participación de los exfuncionarios dentro de las cadenas de supermercados, la COMISIÓN pudo haber optado por tomar una prueba testimonial, y de esa manera obtener mayor información sobre las conductas imputadas objeto de análisis.

Por último, respecto del criterio de proporcionalidad en sentido estricto, corresponde analizar si los costos a partir de la medida de admisibilidad de la prueba ilícita con la consiguiente vulneración del secreto profesional y comercial de las imputadas fueron superiores a los beneficios obtenidos a partir de la primacía del derecho a informar.

Consideramos que tampoco, si bien es cierto que la medida en cuestión permite alcanzar la función punitiva o sancionatoria de la COMISIÓN con el consiguiente aumento de la probabilidad de detección de las conductas ilícitas, generando un mayor efecto disuasivo –*deterrence*- ante la inminencia de que colaboradores y ex colaboradores de las empresas

puedan denunciarlas facilitando información obtenida durante su desempeño en dichas empresas a la agencia de competencia, ello no se logra de manera gratuita, sino que supone costos muy elevados que deben ser considerados a efectos de tomar una decisión sobre la admisibilidad de la prueba ilícita. Como se ha mencionado con anterioridad, el secreto comercial supone una herramienta de las empresas para poder hacer frente a la competencia, siendo su carácter reservado fundamental para incentivar la competencia al posibilitar una mejora de sus posiciones en el mercado, suscitando consecuencias positivas consistentes en una mayor oferta de determinados productos, mejora en la calidad de estos, innovación, etc. Estos efectos se ven facilitados por el deber de guardar secreto profesional impuesto a los funcionarios y exfuncionarios de las empresas ofertantes en el mercado. Por consiguiente, si en aras de conseguir aumentar la probabilidad de detección y una menor falibilidad en las decisiones de la agencia de competencia se admiten acusaciones con base en pruebas ilícitas para cumplir el fin de generar eficiencia y beneficiar a los consumidores, ello ciertamente logrará un efecto disuasivo respecto de la comisión de conductas ilícitas, pero no solo ello, sino que también disminuirá la dinamicidad del mercado, aumentará la desconfianza, y se generará un aumento de costos en los procesos de selección de funcionarios, costos administrativos consistentes en un mayor control del acceso a la información y de los costos de coordinación entre los distintos órganos de las empresas, todo lo cual se verá reflejado en el mercado, y por ende, será internalizado por los consumidores. El remedio sería peor al mal que se pretendía evitar, ¿por qué no permitir que sean los mismos anticuerpos de la agencia de competencia los encargados de afrontar el problema? Por todo lo cual, dados que los costos de la limitación del derecho al secreto profesional y comercial son superiores a los beneficios obtenidos por la aceptación de la medida, tampoco cumple con el criterio de proporcionalidad en sentido estricto.

En último lugar, consideramos pertinente resaltar, en lo concerniente al pretendido interés difuso de los consumidores por la admisibilidad de la prueba ilícita, que la admisibilidad de la denuncia fundada en pruebas ilícitas disfrazada de interés público el interés privado de los exfuncionarios de las cadenas de supermercados de tomar represalias sobre las imputadas, de otra manera, ¿por qué no informaron antes respecto de dichas actividades ilícitas? No solo ello, sino que la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda conocer información privada de las empresas representa un riesgo ante el manejo político por parte de las entidades estatales bajo el pretexto de defensa del consumidor.

4. Manipulación de los correos

Sin perjuicio de lo señalado en los numerales anteriores, se ha podido evidenciar que entre los correos ofrecidos como prueba por parte de ASOMELCO existe manipulación de alguno de ellos, por lo que al momento en que quede demostrado esto, deberá considerarse esta prueba como ineficaz y excluida de la presente investigación, toda vez que, al haberse comprobado su manipulación, es factible que haya sido modificado con interés de perjudicar a las empresas denunciadas.

En ese sentido, podemos apreciar en el correo 10 lo siguiente:

| |
|---|
| <p>CORREO 10 De: Jorge Sánchez [YUELIANG]</p> <p>Enviado el: 15 de Mayo de 2016 12:29 p.m. Para: Fabiana Ríos [YANSHI]</p> <p>CC: Andrés Seminario [YANSHI]; Dolores Uribe [YANHSI]</p> <p><u>Asunto: RE: Reunión URGENTE PRECIOS Fabiana: Cualquier respuesta respecto de nuestra política de precios o promociones debe ser coordinada conmigo. Uds no den respuestas ni información directamente a los supermercados para evitar problemas mayores. En este caso hemos podido evitar el conflicto que se está armando.</u></p> <p><u>Saludos</u></p> |
| <p>_____ De: Fabiana Ríos [YANSHI] Enviado el: 23 de julio de 2016 06:34 p.m. Para: Jorge Sánchez [YUELIANG] Asunto: Reunión URGENTE PRECIOS</p> <p>Jorge Un servicio el Konggi solicita una reunión mañana 4.30 a 5.00 p.m. para ver el tema de precios pues refieren que nosotros estamos distorsionando los precios del arroz y aceite con los descuentos del fin de mes. Wenrou los está presionando y han indicado que bajaran sus precios por debajo de su costo. <u>Espero confirmación.</u></p> <p><u>Saludos</u></p> |

De la revisión detallada del correo citado, podemos observar que la fecha del correo de respuesta del funcionario de YUELIANG hacia la funcionaria de YANSHI data de fecha 15 de mayo de 2016, mientras que el correo origen de la funcionaria de YANSHI debería ser de fecha anterior, pero, que data de fecha 23 de julio de 2016, es decir, no es posible

que sea de fecha posterior, por lo que concluimos que este correo no cuenta con una conexión lógica, a diferencia de los demás correo presentados como prueba por la denunciante ASOMELCO, por lo que cabría presumir que así como existe incongruencia en este correo -y por lo tanto presunción de manipulación- debería además declararse por inválida esta prueba y ser excluida de la presente investigación.

Por su parte, en el correo 12 se señala lo siguiente:

CORREO 12

De: Andrés Seminario [YANSHI]

Enviado el: 29 de Abril de 2016 10:44 am

Para: Manuel Moncada [YUELIANG]

Asunto: RE: PRECIOS MERCADO YUELIANG

Hola Manuel...Creo que debemos regularizar juntos lo de Konggi...lo de Dafeng podemos esperar hasta junio ...pero como entenderás por experiencias en el pasado (Huancayo y Barranca)

Wenrou te pide que regularicemos nosotros y luego nunca regulariza y eso también nos genera pérdida de valor para el grupo...te sugiero que coloques una fecha para que los tres supermercados regularicemos y salimos a medir en el mercado si se cumplió el acuerdo.

Saludos,

De: Manuel Moncada [YUELIANG]

Enviado el: 05 de Abril 09:10 a.m.

Para: Andrés Seminario [YANSHI], Fabiana Ríos [YANSHI]

Asunto: PRECIOS MERCADO YUELIANG Adjunto: YUELIANG.PRECIOS.xls

Hola Andrés, durante la semana pasada tuve reuniones con los diferentes supermercados para ver la situación del control de precios tenemos muchas distorsiones y con gran diferencia principalmente con Konggi ya que como entenderás Uds. tienen un margen alto para soportar las distorsiones que se están ocasionando, Wenrou acepto trabajar nuevamente con el control de precios y pide se regularice la relación que te estoy enviando, es de suponer que en algunos casos ellos mismos ocasionaron estas diferencias la idea es ordenar, en el caso de Dafeng quiere

empezar a partir de mayo ya que con el cambio de gerencia tienen algunas dudas con la nueva política pero no tenemos muchos problemas con ese supermercado puesto que no distorsiona como Wenrou. Para llevar este tema de la mejor forma posible y evitar que principalmente Wenrou pida más descuentos para llegar a tus precios, esto genera una pérdida de valor para el grupo, la última vez no pidió los productos de la relación ya que dice esta con margen negativo y no tiene ningún interés de comprar para perder. Cualquier sugerencia lo coordinamos Saludos cordiales,

Del análisis del correo citado, es posible concluir que también ha sido manipulado ya que es sencillo percatarse que en el correo del 05 abril enviado por el funcionario de YUELIANG a los funcionarios de YANSHI ha sido omitido -o recortado- el año que en todos los demás correos aparece.

Estas observaciones nos permiten concluir que las pruebas presentadas por ASOMELCO, en primer lugar fueron obtenidas en violación de derechos fundamentales, y en segundo lugar, que aun así, ha quedado demostrada la manipulación de estos por lo que la Agencia de Competencia no deberá considerar los correos para efectos de la investigación por ser contrario a derecho y vulnerar nuestro derecho fundamental a proceso justo.

II. EL CASO EN FORMA DE JUEGO: NO ESTÁ DEMOSTRADA LA PARTICIPACIÓN DE WENROU

Se puede plantear las decisiones de los supermercados de subir sus precios y/o realizar un acuerdo para realizar la subida de precios como un juego. Un juego es una situación estratégica en que cada agente anticipa, o intenta anticipar, las acciones y reacciones de sus rivales al momento de decidir sus propias acciones. En nuestro caso, cada supermercado formula una estrategia constituida por las acciones que llevará a cabo para competir con sus rivales. La ganancia o beneficio obtenido por cada empresa dependerá de las estrategias y acciones de todas y cada una de las empresas.

Existen dos tipos de juegos: No cooperativos y cooperativos. La diferencia entre ambos es que mientras que en los primeros los jugadores solamente actúan motivados por su beneficio propio, en los últimos los competidores pueden llegar a acuerdos vinculantes (a

los que estarían obligados de manera ineludible) que maximizan el beneficio en conjunto. Aun así, en los juegos cooperativos se podría llegar a una maximización de los beneficios propios a través del reparto de los beneficios en conjunto entre los que participaron en dicho acuerdo vinculante. Un ejemplo serían los acuerdos de concertación de precios. A continuación, se realizará el planteamiento de ambos tipos de juegos para obtener conclusiones que nos sean útiles para el análisis del caso.

Comenzaremos con la aplicación del juego no cooperativo. Tenemos que el mercado de los supermercados tiene cuatro empresas. Asumamos que las tres empresas más pequeñas han formado una coalición para competir con WENROU y decidir si aumentar sus precios o no. Esto no quita que el juego sea no cooperativo, dado que se analizará la competencia entre dos jugadores: YKD (coalición formada por YANSHI, KONGGI y DAFENG) y W (WENROU), donde cada uno buscará maximizar su propio beneficio. Ambos toman decisión sobre su variable estratégica precio, por lo que las posibles acciones para cada jugador son: S (subir precio) y NS (no subir precio). Además, ambos jugadores toman su decisión al mismo tiempo, por lo que se trataría de un juego estático.

Sobre las posibles ganancias o beneficios de los jugadores se plantea que sean los ingresos producto de sus ventas. Las variables que componen el ingreso son el precio y cantidad. El precio puede ser alto (P^C) o bajo (P_C) dependiendo de la decisión de los jugadores. Estos precios también pueden ser asociados a una situación de colusión (P^C) y de competencia (P_C). Asimismo, las cantidades también pueden variar porque dependen del precio. A continuación, se presentan las cantidades posibles de menor a mayor.

$Q^{C\ MIN}$: Cantidad mínima producida con precio alto

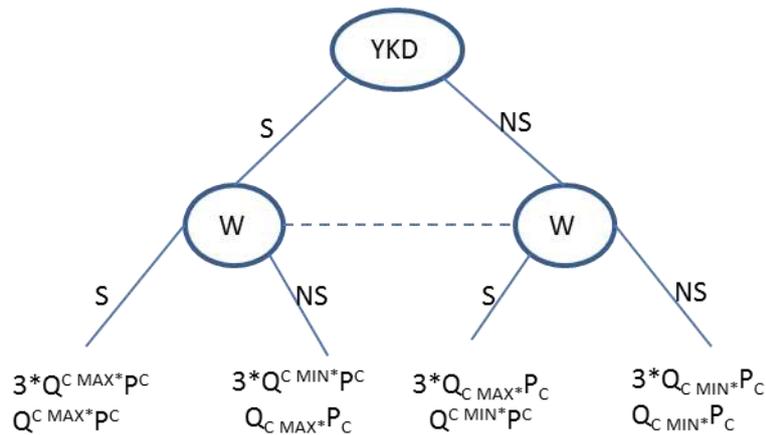
$Q^{C\ MAX}$: Cantidad máxima producida con precio alto

$Q_{C\ MIN}$: Cantidad mínima producida con precio bajo

$Q_{C\ MAX}$: Cantidad máxima producida con precio bajo



Después de las aclaraciones antes mencionadas, el juego en su forma extensiva (forma de diagrama de árbol) se plantearía de la siguiente manera:



En el gráfico se puede observar las posibles acciones que pueden tomar cada uno de los jugadores y los ingresos esperados que obtendrían producto de tomar dichas acciones. Las líneas punteadas señalan que se trata de una decisión simultánea. Por otra parte, los ingresos que están multiplicados por tres corresponderían a la coalición de YKD. Asimismo, el juego en su forma estratégica (forma de matriz de pagos) se plantearía de la siguiente manera:

| | | | |
|-----|----|------------------------------------|------------------------------------|
| | | W | |
| | | S | NS |
| YKD | S | $(3*Q_C^{MAX}*P_C, Q_C^{MAX}*P_C)$ | $(3*Q_C^{MIN}*P_C, Q_C^{MAX}*P_C)$ |
| | NS | $(3*Q_C^{MAX}*P_C, Q_C^{MIN}*P_C)$ | $(3*Q_C^{MIN}*P_C, Q_C^{MIN}*P_C)$ |

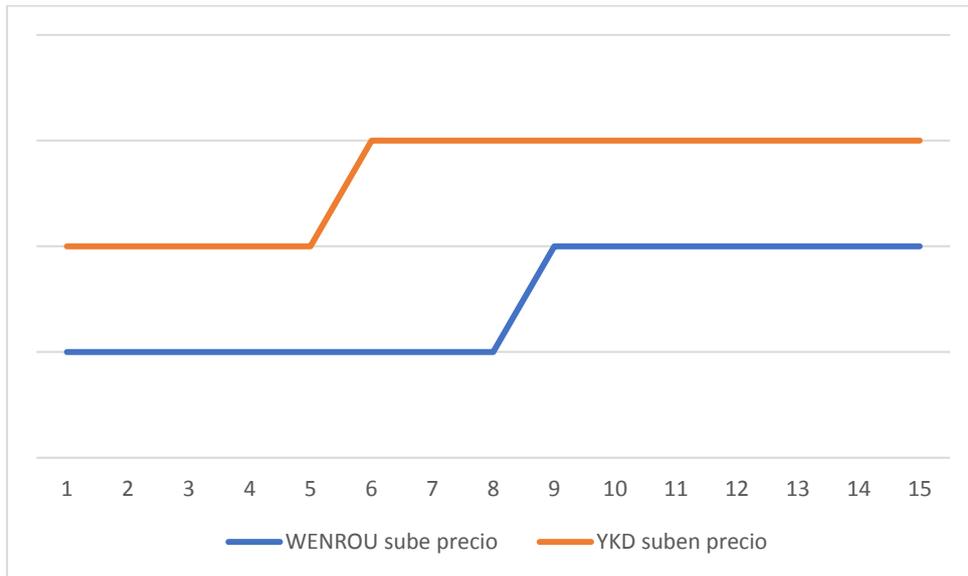
1. Posibles resultados de las interacciones de las empresas

A partir de las combinaciones de las posibles acciones tomadas por los jugadores se obtiene cuatro posibles resultados:

- YANSHI, KONGGI y DAFENG suben precios y WENROU sube precio
- YANSHI, KONGGI y DAFENG suben precios y WENROU no sube precio
- YANSHI, KONGGI y DAFENG no suben precios y WENROU sube precio
- YANSHI, KONGGI y DAFENG no suben precios y WENROU no sube precio

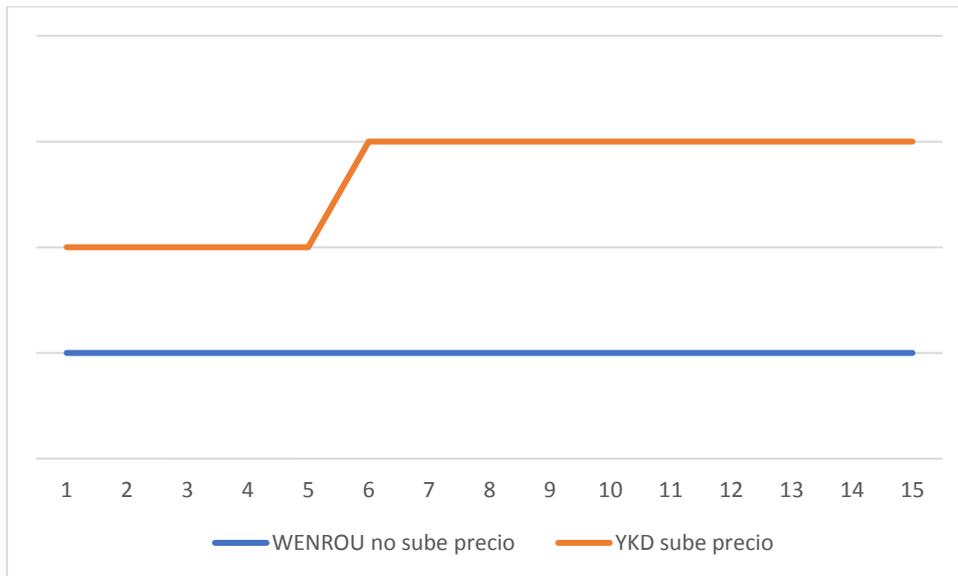
A continuación, se comenzará a analizar la razonabilidad de cada una de las combinaciones y las ganancias en cada una de estas tomando en cuenta que los agentes solo toman decisiones racionales.

Combinación 1



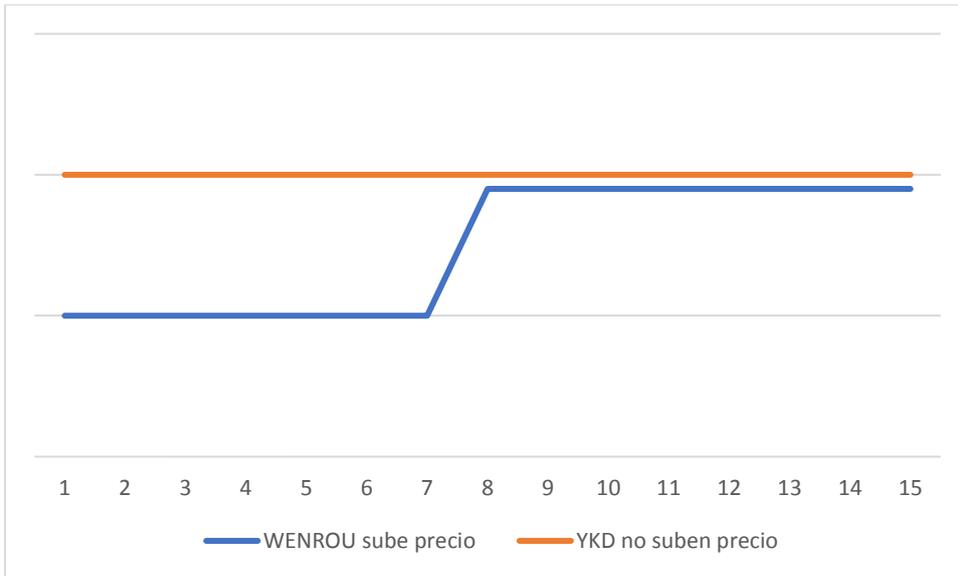
En esta combinación, tanto WENROU como YANSHI, KONGGI y DAFENG han aumentado sus precios. Hay que denotar que esta decisión no es pactada entre ambas partes y que la colusión se da solo entre YANSHI, KONGGI y DAFENG. Para esperar esta decisión, las empresas coludidas asumen que WENROU aumenta sus precios siguiendo el comportamiento de sus principales competidores. Sin embargo, tal decisión por parte de WENROU podría resultar ilógica y riesgosa, ya que estaría sacrificando nuevos consumidores para entrar a un juego de colusión del que no forma parte y no tiene información alguna. Por estas razones, esta combinación debe ser descartada como posible resultado de equilibrio debido a que las empresas estarían esperando un comportamiento ilógico por parte del principal supermercado de Meiland.

Combinación 2



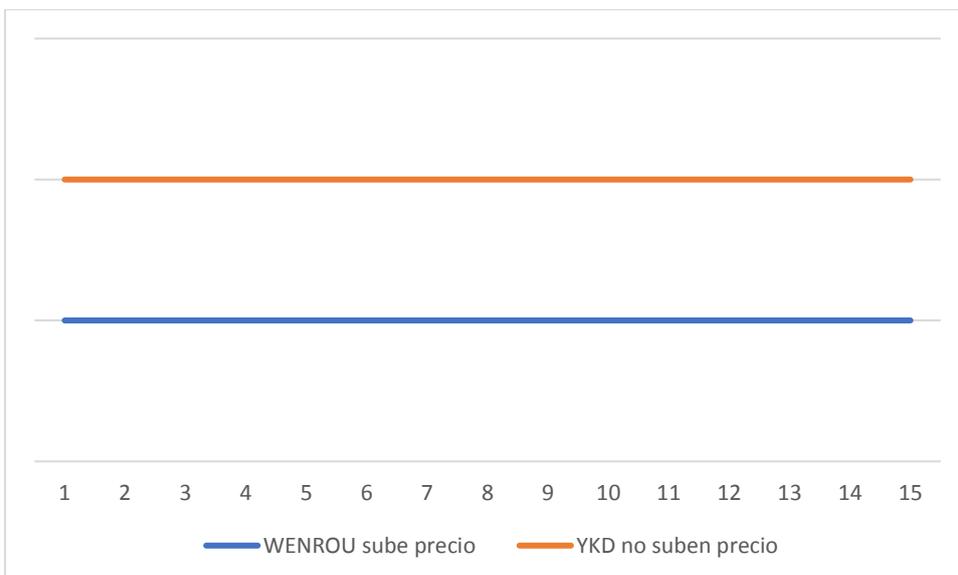
En esta combinación, WENROU no sube sus precios, pero YANSHI, KONGGI y DAFENG si lo hacen producto de una concertación de precios entre ellas. Las empresas coludidas esperan que WENROU, al ver la acción de sus competidores, decida mantener sus precios. Este escenario resulta lógico pues se espera que un gran número de consumidores se vea atraído hacia WENROU, debido la ley de la demanda, lo que generaría que esta empresa obtenga ganancias en desmedro de sus principales competidores. Además, teniendo en cuenta la situación de incertidumbre, WENROU no tendría necesidad de arriesgar el aumento de consumidores ante un posible cártel cuya existencia desconoce. Así esta combinación, si bien es razonable, representa un escenario desastroso para YANSHI, KONGGI y DAFENG, ya que no solo no verán ningún beneficio por realizar un cártel, sino que verán devastada su poca participación en el mercado debido a que WENROU lograría atraer a los consumidores con precios más bajos. Por esto último, no se espera que estas empresas realicen una concertación que te terminará perjudicando, por lo que se descarta una subida de precio por parte de ellas.

Combinación 3



En esta combinación, YANSHI, KONGGI y DAFENG no suben sus precios, pero WENROU si lo hace. Algo que hay que resaltar es que en esta posibilidad no se da colusión de precios. WENROU decide aumentar sus precios para aumentar sus ingresos. Sin embargo, esto implicaría un sacrificio importante de consumidores para esta empresa, que resultarían atraídos a sus competidores, conforme a la ley de demanda, debido a que la brecha de precios entre todos los supermercados se ha cerrado. Esta situación sería prevista por WENROU, por lo que no decidiría subir sus precios.

Combinación 4



En esta combinación, ni YANSHI, KONGGI y DAFENG ni WENROU suben sus precios. En esta situación no hay colusión, al igual que en el caso anterior. Si se da alguna subida de precios será por factores de mercado y el precio se da por equilibrio entre oferta y demanda. Las empresas han concluido en este caso que no deben subir sus precios producto de una concertación o ejerciendo su poder de mercado, debido a que resultaría muy riesgoso por la pérdida de consumidores. Este resultado sería el más lógico que se dé como producto de la interacción de las decisiones de las empresas.

2. Resultado de equilibrio del juego

Producto de la interacción entre las estrategias que toman WENROU y YANSHI, KONGGI y DAFENG, se llega a una situación denominada «Equilibrio de Nash», que resulta ser el conjunto de acciones con las que cada jugador hace lo mejor para él, dado lo que hacen sus adversarios. Para el caso se diría que los supermercados están en dicho equilibrio si, dadas las acciones de las empresas rivales, ninguna empresa puede elevar sus ganancias escogiendo una acción distinta de la acción de equilibrio. Por tanto, ninguna empresa tiene incentivos para desviarse unilateralmente de la situación de equilibrio.

A continuación, se mostrará el «Equilibrio de Nash» para el juego no cooperativo planteado a través de la formulación del juego en su forma estratégica (matriz de pagos).

| | | | |
|-----|----|---|---|
| | | W | |
| | | S | NS |
| YKD | S | $(3Q^{C\text{MAX}}*P_C, Q^{C\text{MAX}}*P_C)$ | $(3Q^{C\text{MIN}}*P_C, Q_{C\text{MAX}}*P_C)$ |
| | NS | $(3Q_{C\text{MAX}}*P_C, Q^{C\text{MIN}}*P_C)$ | $(3Q_{C\text{MIN}}*P_C, Q_{C\text{MIN}}*P_C)$ |

Se puede observar que el «Equilibrio de Nash» del juego sería (NS, NS), lo que significa que tanto YANSHI, KONGGI y DAFENG como WENROU no subirán sus precios, ya sea producto de una concertación como lo puede hacer YKD o ejerciendo su poder de mercado como lo puede hacer W. La lógica de este resultado se encuentra en la Combinación 4 antes expuesta, donde se ve si a algún jugador se le ocurre subir su precio, será disciplinado por el otro que le comenzará a robar consumidores. El temor a dicho escenario origina este resultado.

Aun así, no se quita la posibilidad de subida de precios cuando es producto del comportamiento de costos o por factores de mercado relevantes para todas las empresas, puesto que si alguna empresa se resistiese a subir su precio si hubiera un aumento de costo podría terminar obteniendo pérdidas que no podría sostener en el tiempo.

3. Juego cooperativo

La aplicación de un juego cooperativo para el caso permitirá estudiar los resultados de cada una de las coaliciones de jugadores que se puede formar. Por tanto, el interés de este análisis son los comportamientos colectivos y no las acciones individuales de los miembros de una coalición.

Entre los elementos del juego tenemos a las coaliciones, que son todos los posibles conjuntos que se pueden formar a partir de los jugadores, incluyendo la coalición sin jugadores \emptyset . En nuestro caso, tenemos que las coaliciones posibles son: \emptyset , {YKD}, {W} y {YKD, W}. Asimismo, definimos que para cada coalición S, le corresponde un valor de coalición $V(S)$ que es el valor mínimo que puede obtener una coalición si todos sus miembros se asocian y juegan en equipo. Hay que denotar que las utilidades de los jugadores son transferibles, por lo que las ganancias o pérdidas que se obtienen al actuar como coalición pueden repartirse entre los jugadores que la componen.

Para obtener la forma coalicional del juego es necesario ir calculando el valor de cada una de las coaliciones.

Para la coalición {YKD} el valor mínimo obtenido por la acción de subir precios (S) es $3 * Q^C MIN * P^C$ y por la acción de no subir precios (NS) es $3 * Q_C MIN * P_C$. Por tanto, el valor de esta coalición es $3 * Q_C MIN * P_C$.

Para la coalición {W} el valor mínimo obtenido por la acción de subir precios (S) es $Q^C MIN * P^C$ y por la acción de no subir precios (NS) es $Q_C MIN * P_C$. Por tanto, el valor de esta coalición es $Q_C MIN * P_C$.

Para la coalición {YKD, W} los posibles valores obtenidos son $4 * Q^C_{MAX} * P^C$; $Q^C_{MIN} * P^C + 3 * Q^C_{MAX} * P^C$; $Q^C_{MAX} * P^C + 3 * Q^C_{MIN} * P^C$ y $4 * Q^C_{MIN} * P^C$. De estos el valor escogido por la coalición es $4 * Q^C_{MAX} * P^C$.

Entonces la representación del juego en forma coalicional quedaría definida de la siguiente forma:

| | | | | |
|------|-------------|-----------------------|-------------------|-----------------------|
| S | \emptyset | {YKD} | {W} | {YKD, W} |
| V(S) | 0 | $3 * Q^C_{MIN} * P^C$ | $Q^C_{MIN} * P^C$ | $4 * Q^C_{MAX} * P^C$ |

¿Qué podemos concluir a partir de este resultado? Si nos fijamos cuando se realiza la coalición entre YANSHI, KONGGI y DAFENG el resultado arroja que no subirán precios y que mantendrán un nivel competitivo. Esto implica que la subida de precios producto de una concertación resulta insostenible para las tres empresas.

Sin embargo, si a la coalición se les une WENROU sí es posible llegar a una concertación de precios sostenible que dé como resultado una subida de precios. El valor de coalición obtenido se dividiría entre las cuatro empresas y les permitiría maximizar sus ganancias. Este resultado puede estar asociado al hecho de que para que un acuerdo colusorio sea sostenible es necesario que incluya al principal agente del mercado, pues si este no estuviera incluido él disciplinaría a los que están dentro del acuerdo quitándoles consumidores y, por ende, participación en el mercado.

Entonces, podemos concluir que para que un acuerdo resulte sostenible sería necesaria la participación de WENROU.

Así pues, dado que en no existe evidencia alguna que vincule a WENROU, debe descartarse de plano la posibilidad de que esta empresa haya participado en la conducta denunciada siendo, por lo tanto, completamente imposible o irracional que se haya cometido la conducta denunciada.

En efecto, en ninguno de los correos electrónicos esta empresa ha sido remitente o destinataria, por lo que respecto de ella constituyen meros dichos de terceros sin valor

probatorio alguno. Además, sus precios distan mucho de ser paralelos o convergentes con los de sus competidores, dado que sus incrementos de precios son en días posteriores y en niveles distintos. En ese sentido, constituiría una grave vulneración al principio de presunción de inocencia considerar que WENROU ha participado en la conducta cuando ninguno de los supuestos indicios la vincula de forma indubitable.

Descartada la participación de WENROU en algún acuerdo, se descarta también la existencia de él, puesto que resultaría insostenible un acuerdo para las otras tres empresas.

III. EXPLICACIONES ALTERNATIVAS AL INCREMENTO DE PRECIOS

De acuerdo con las reglas de la prueba indiciaria, para que en base a una pluralidad de indicios se pueda demostrar una infracción, debe descartarse la existencia de explicaciones alternativas a los hechos investigados. En este caso, la convergencia de precios evidenciada en el mercado no sólo podría ser explicada por la realización de un cártel de precios, hecho que negamos categóricamente. Por el contrario, tanto el precio internacional de los commodities, los precios de los otros canales de distribución, así como otros factores, constituyen explicaciones alternativas y totalmente válidas al paralelismo de precios, como puede apreciarse en la pericia económica elaborada por Apoyo Consultoría.

En ese sentido, dado que no pueden demostrarse la ausencia de explicaciones alternativas, debe considerarse que el supuesto paralelismo de precios denunciado no responde a una práctica colusoria horizontal, sino que se explica por otros factores del mercado totalmente razonables que, como se expondrá a continuación, han influido considerablemente en la convergencia de precios.

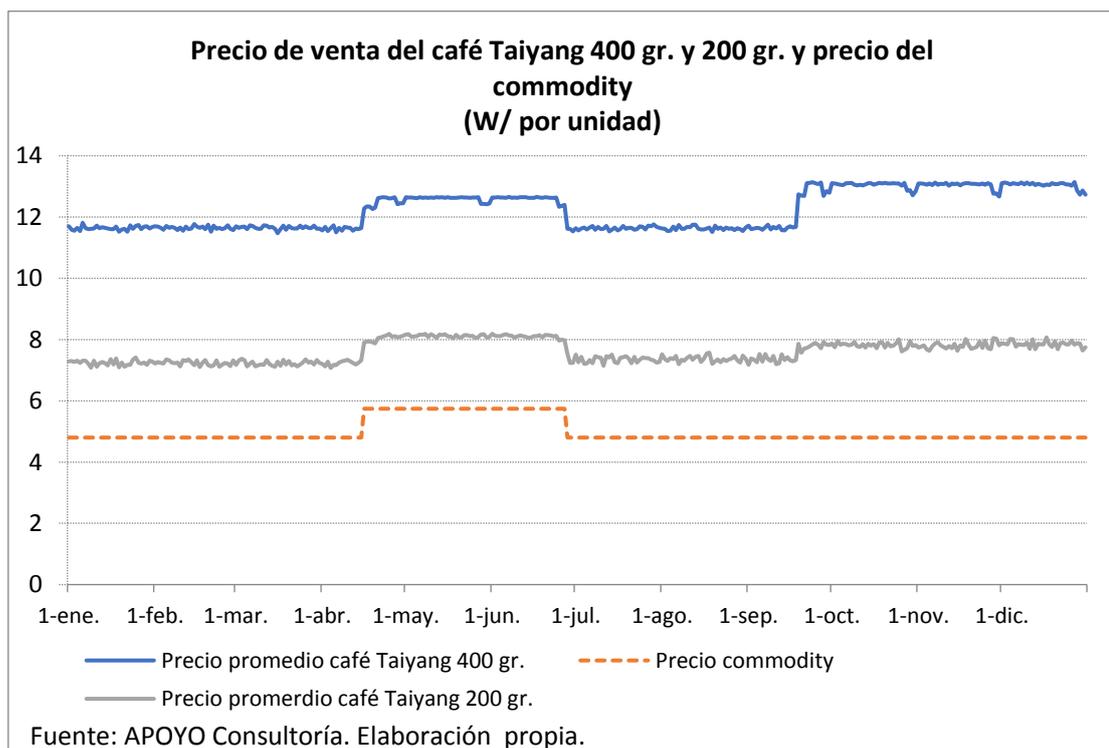
La pericia antes mencionada provee del análisis de la data económica sobre la evolución y comportamiento de los precios de venta de los productos presuntamente afectados que prueba que las subidas de precios no se dan por acuerdos de fijación de precios, sino por otros factores referidos al mercado. Esto se da conforme al análisis de nuestro segundo descargo que dice que *“luego de un análisis de los correos y de la data económica se encuentra que no se ha configurado ningún acuerdo de fijación de precios entre las empresas denunciadas”*.

Además, de acuerdo a esta pericia se estima que los productos afectados representan solo el 5% de las ventas totales de los supermercados en Meiland durante el año 2016. Por lo tanto, representarían una escasa participación en los márgenes de los supermercados. Este elemento debe ser analizado por la COMISIÓN, en función a una pretendida ganancia potencial, antes de proceder al inicio de una medida correctiva reparadora.

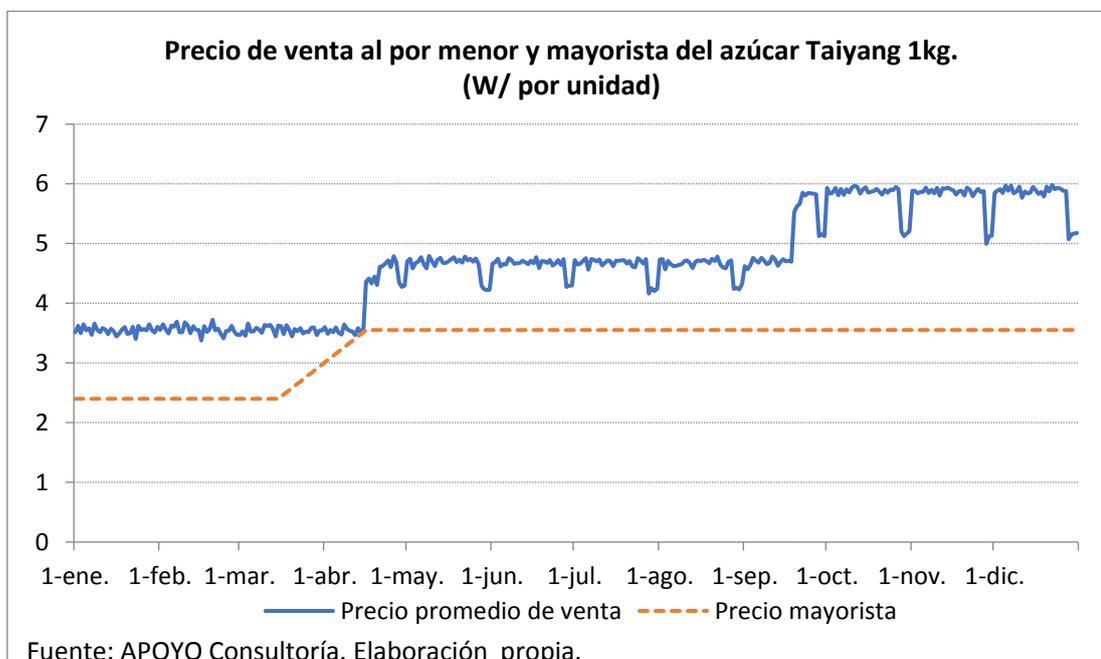
Ahora bien, tenemos que la evolución de los precios de los productos afectados depende de factores de mercado como la dinámica de los costos de producción. Por tanto, existen otras razones, ajenas a la concertación, que explican el alza de los precios y que deben ser analizadas por la COMISIÓN.

Entre los factores hallados tenemos:

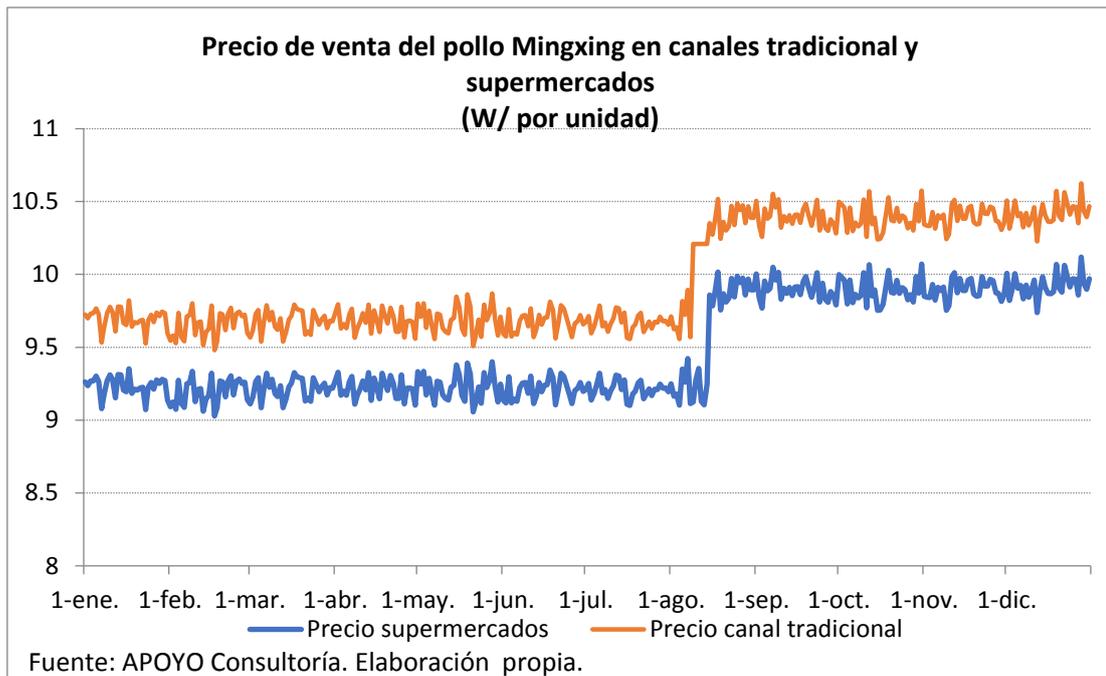
- Precio internacional de commodities: Afecta a los productos importados como el aceite y el café. Se observa un incremento del precio internacional del café durante el segundo trimestre del 2016, que coincide con el alza identificada para abril del 2016 (según el Gráfico 2 de la pericia denunciante). Por ende, en el caso del café Taiyang la decisión del alza de precios en abril proviene del incremento de su costo de importación.



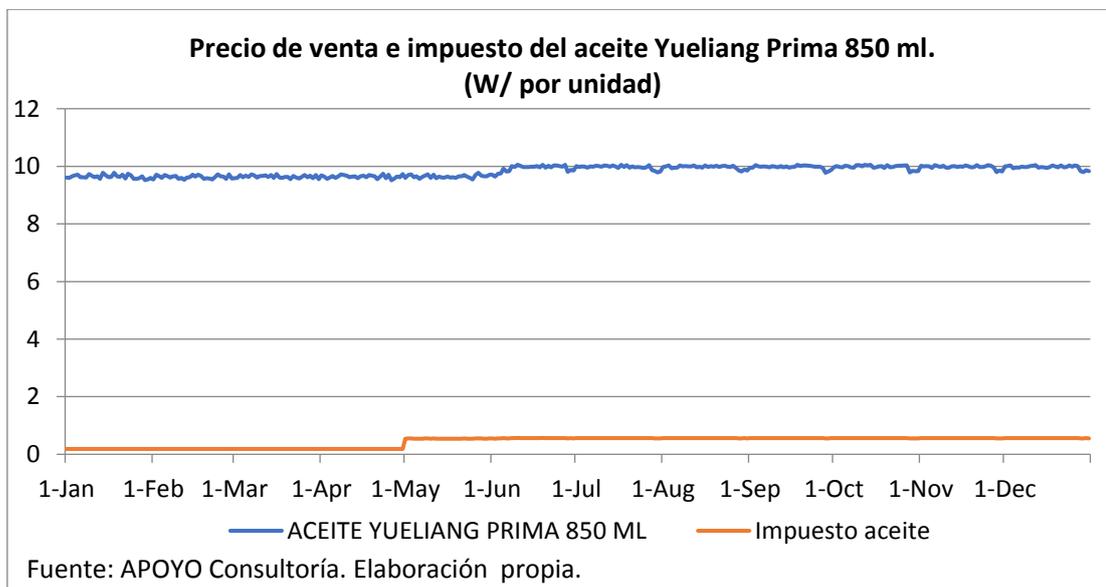
- Precio mayorista: Afecta a los productos locales como el arroz, azúcar y pollo. Se observa un mayor precio mayorista del azúcar, que coincide con el alza identificada para abril del 2016 (según el Gráfico 3 de la pericia denunciante). En la gráfica se ve que se da un poco antes. Por ende, en el caso del azúcar Taiyang la decisión del alza de precios minoristas en abril proviene del incremento de su precio mayorista.



- Precio en otros canales de venta: Es el precio del canal sustituto. Afecta a la dinámica competitiva inter-canales de los productos analizados. Se observa un alza del precio del pollo en el canal tradicional durante agosto del 2016, que conlleva a un alza similar por parte de los supermercados (según el Gráfico 4 de la pericia denunciante). En la gráfica se ve que se da un poco antes por lo que no se podría señalar que el canal tradicional siguió al canal moderno. Por ende, en el caso del pollo Mingxing la decisión del alza de precios en agosto proviene del incremento de su precio en el canal sustituto. También se observa que hay un alza de precios del café y azúcar en el canal tradicional, por lo que las decisiones de alza de precios de estos productos en los supermercados también provienen del incremento de su precio en el canal sustituto.



- **Impuesto a las ventas:** Afecta a los productos de primera necesidad, tales como azúcar, arroz, leche, etc. comercializados por los supermercados. Una tasa de 2% sobre las ventas finales de dichos productos a los consumidores es aplicada desde diciembre del 2011 por el Ministerio de Economía y Hacienda de Meiland (en adelante, el MEHM). Sin embargo, en mayo de 2016 dicho ministerio emitió una disposición normativa según la cual las operaciones de venta de productos de primera necesidad de los supermercados estarían gravadas con un tasa de 6% de impuesto a las ventas. En la gráfica se puede observar que el alza de impuestos precede al alza de precios para el aceite Yueliang.



IV. EL PRESUNTO CÁRTEL CARECE DE RACIONALIDAD ECONÓMICA

1. Los supermercados no tienen poder de coerción

De acuerdo con los hechos del caso, el presunto cártel consistiría en un acuerdo de precios entre supermercados, realizado indirectamente a través de la información que estos transmitían a sus proveedores y la retransmisión de dicha información por parte de los proveedores a los otros supermercados. Además, los proveedores habrían realizado labores de coordinación y monitoreo del supuesto acuerdo, fiscalizando activamente la regularidad de su cumplimiento. En ese sentido, sin los proveedores como *facilitadores* de la conducta, no habría sido posible su supuesta –y negada– realización.

Ahora bien, habiendo quedado demostrado que las posibles estrategias de los competidores en el mercado investigado no han coincidido al punto de formar un cártel y que existen explicaciones alternativas válidas y verificables al incremento de precios, cabe preguntar: ¿por qué los proveedores YUELIANG, TAIYANG y MINGXING facilitarían una conducta de la que no obtendrían ningún beneficio? Como veremos, la respuesta a esta pregunta servirá para reafirmar la carencia de racionalidad económica de la supuesta práctica anticompetitiva.

En efecto, los denunciantes no han argumentado por qué los proveedores participarían en una conducta como la denunciada, esto es, qué beneficios podrían obtener de dicha práctica. Por el contrario: cobrar precios altos o elevados solo beneficia a quien los percibe, en perjuicio de la rentabilidad de los proveedores, puesto que la preferencia por sus productos podría verse disminuida al migrar los consumidores a los productos de sus competidores. En ese sentido, a los proveedores no les conviene que las empresas que comercializan sus productos a nivel minorista eleven sus precios artificialmente, sin tener en cuenta las señales del mercado, puesto que reducirían sus ventas a nivel mayorista.

En ese orden de ideas, ¿cuál sería la razón, según los denunciantes, por la que los proveedores habrían decidido ingresar a una colusión que les resulta claramente perjudicial? La literatura económica no tiene una respuesta clara al hecho de que, en algunos escenarios, proveedores accedan a facilitar una conducta en beneficio propio, por ello, se decanta por afirmar que, más que obtener beneficios, la utilidad radicaría en evitar

perjuicios, como ocurre en la mayoría de casos observados. Así, un proveedor facilitaría una conducta colusoria entre comercializadores minoristas cuando estos o alguno de estos tengan posición de dominio o gran poder de mercado como para *coercionar* al proveedor para participar en la práctica, evitando este último perder o limitar un canal de ventas importante.

Así pues, descartada toda posibilidad de que WENROU haya formado parte del presunto cártel, la intervención de los proveedores YUELIANG, TAIYANG y MINGXING no puede ser explicada como parte de una labor de implementación de un acuerdo anticompetitivo, toda vez que los supermercados YANSHI (23%), KONGGI (12%) y DAFENG (19%) no tienen el poder de mercado y, por lo tanto, el poder de coerción, suficiente como para coaccionar a empresas proveedoras de la talla e importancia como son las mencionadas. Las denunciadas tienen el 54 % del mercado de supermercados, pero apenas llegan a tener entre el 16% y 17% del mercado de ventas minoristas de los productos analizados. Por el contrario, YUELIANG, TAIYANG y MINGXING concentran el 50% de mercado de proveedores, por lo que en ningún supuesto podrían verse doblegados por los supermercados. Incluso WENROU, con casi la mitad del mercado de supermercados, no podría ejercer tal poder de coerción, aún con su relativa capacidad producto de la interdependencia propia de un mercado de estructura oligopólica y la posibilidad de los proveedores de utilizar su poder de mercado a través del resto de supermercados, sin perjuicio del hecho de que no existe evidencia alguna que vincule a WENROU con la conducta denunciada, dado que no participa en ninguna de las comunicaciones y, por tanto, no siendo posible encontrar evidencia alguna de coerción por parte de esta.

En conclusión, un modelo de colusión como el denunciado carecería absolutamente de racionalidad, puesto que los proveedores se verían perjudicados al propiciar una conducta de ese tipo, no siendo posible que hayan sido coercionados a ingresar por los supermercados, dado su escaso poder de mercado, no existiendo, inclusive, evidencia alguna de ello en las comunicaciones utilizadas como medios de prueba.

2. No aumentan sus márgenes de ganancia y los productos cuestionados no representan parte importante de las ventas

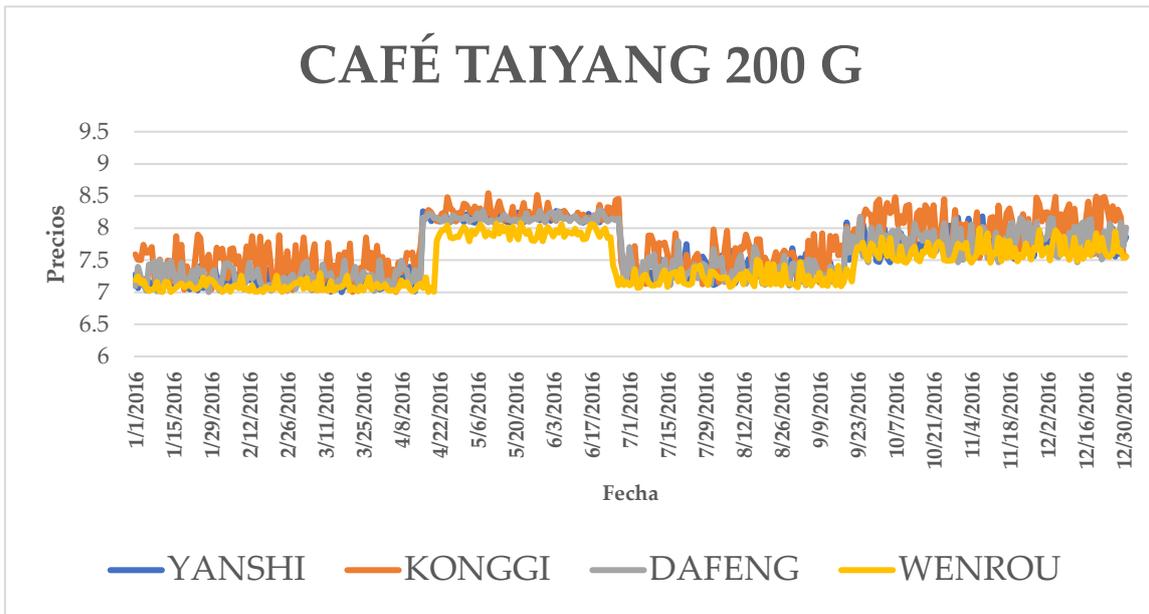
Durante el periodo analizado, el total de ventas de los supermercados es de aproximadamente W/. 72 millones. Es decir, la ganancia en ventas de los artículos utilizados en una supuesta concertación de precios es de aproximadamente W/. 3.6 millones, apenas el 5% del total de ganancias de WENROU, YANSHI, KONGGI y DAFENG.

Por otra parte, teniendo en cuenta la participación de cada autoservicio, WENROU obtuvo W/. 1.65 millones por la venta de estos artículos de los W/. 33.1 millones de su venta total. En el caso de YANSHI, sus ganancias fueron de W/. 0.82 millones en los mencionados productos de los W/. 16.5 millones de ganancias globales. KONGGI por su parte obtuvo W/. 0.43 millones solo en estos insumos de la canasta básica, mientras que su total de ventas fueron de W/. 8.64 millones. Asimismo, de los W/. 14.4 millones de ganancia, solo W/. 0.72 millones vino de estos bienes.

En el caso de la subida de precios, presuntamente concertados, de los productos analizados, estos pueden ser explicados por diversos factores.

La pericia económica realizada por APOYO CONSULTORÍA mostró que los precios de ciertos commodities aumentaron durante el mes de abril del 2016. Teniendo en cuenta que los cuatro supermercados venden productos importados, se puede entender el incremento del precio del café, el cual subió durante el mes señalado y es un producto adquirido por los autoservicios a sus proveedores, los cuales lo traen del extranjero.

Figura I: Serie de Precios del Café TAIYAN 200 G

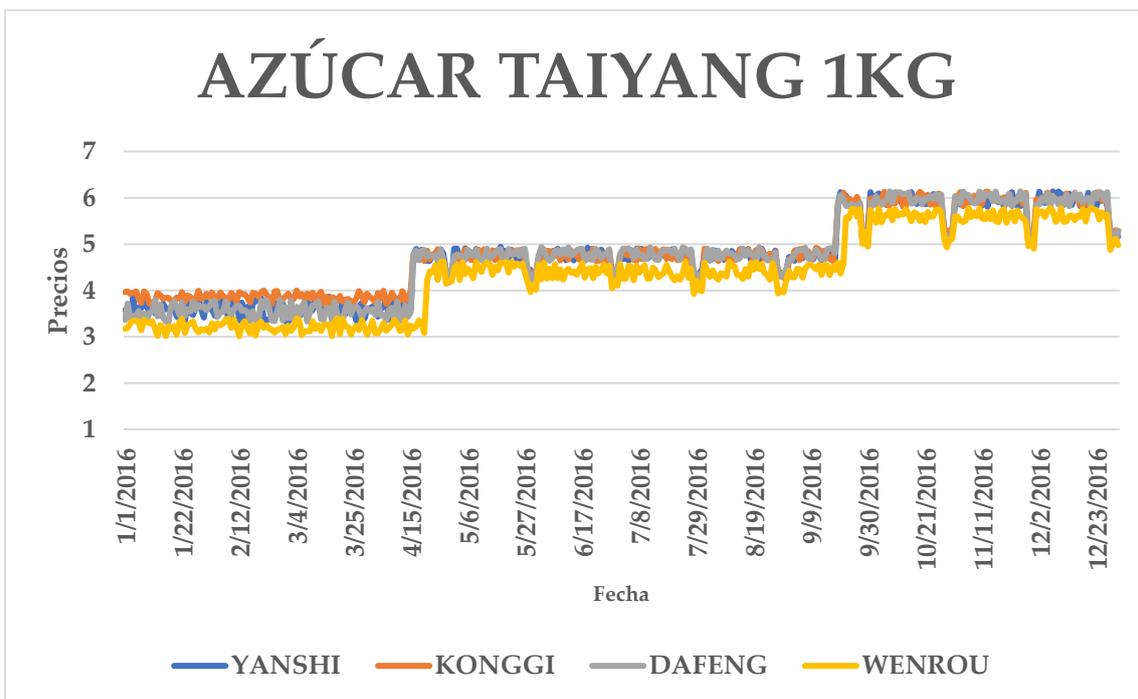


Fuente: Apoyo Consultoría

Elaboración Propia

Para el caso del alza del precio del azúcar, este puede ser explicado debido a un incremento del precio de venta de los proveedores, el cual implica un costo para los supermercados y es la razón de la venta de este bien en el mes de abril del 2016.

Figura II: Serie de Precios del Azúcar TAIYANG 1 KG

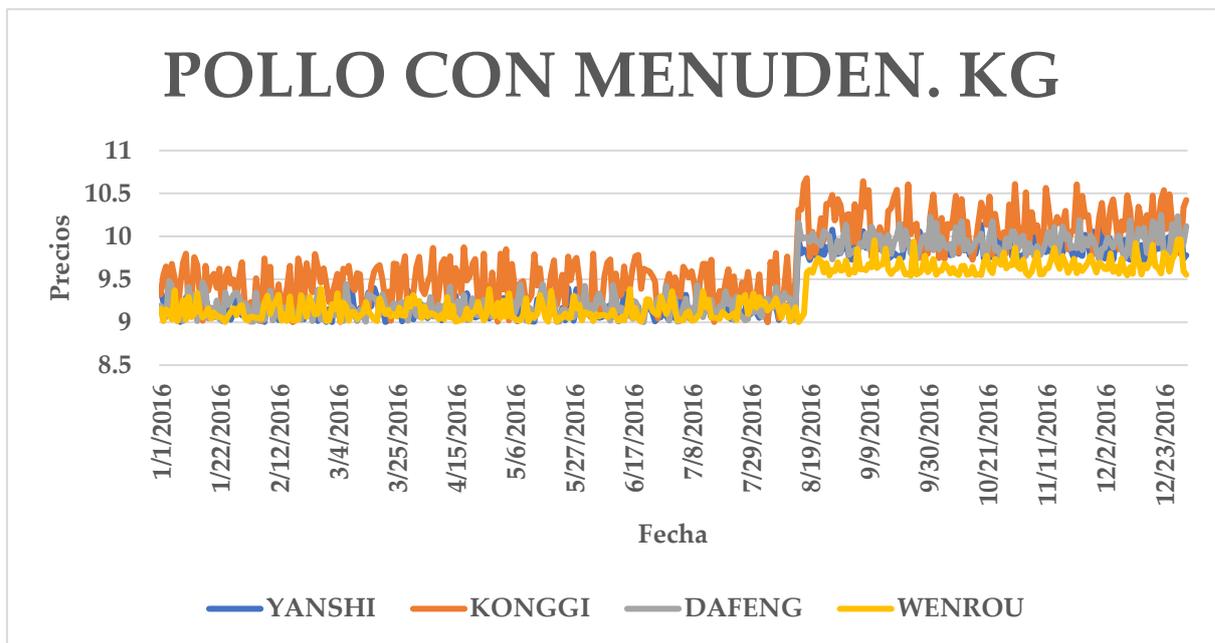


Fuente: Apoyo Consultoría

Elaboración Propia

Finalmente, el precio de pollo con menudencia MINGXING por kg se incrementó en el mes de agosto del 2016. Este comportamiento es explicado por la subida de precios de este producto en el mercado tradicional. Los supermercados al observar esta conducta, imitaron este comportamiento por un motivo estratégico para obtener mayores ganancias sin que exista una colusión alguna entre las cadenas.

Figura III: Serie de Precios del POLLO CON MENUDENCIA por KG



Fuente: Apoyo Consultoría

Elaboración Propia

Finalmente, las ganancias obtenidas por los productos analizados representan un porcentaje marginal y mínimo para cada uno de los supermercados investigados, por lo cual, no existiría motivo alguno para que los autoservicios se coludan. Asimismo, de los datos observados se observa que la mayor parte de dicho monto es obtenida por WENROU. En este sentido, no se tiene prueba alguna de que esta empresa haya participado en algún cartel, con lo cual se descartaría que promueve una conducta de dicha naturaleza, además, el resto de autoservicios obtienen ganancias por venta mucho menores, lo cual desincentivaría un acuerdo colusorio para llegar a lograr montos tan bajos.

3. Los canales sustitutos de venta también son competidores

Como ha sido explicado en los párrafos anteriores, los precios de los supermercados también son influenciados por la conducta de los otros canales de venta de los productos investigados. Cabe tener en cuenta que el canal de supermercados representa solamente el 31% del mercado de productos de primera necesidad, frente a un importante 64% del canal tradicional.

Así pues, un consumidor podría adquirir los productos de primera necesidad tanto del canal moderno como del canal tradicional, toda vez que al tratarse un bien homogéneo, carece de importancia la identidad del proveedor, pudiendo satisfacerse a través de ambas vías las necesidades del consumidor. Sin duda, y teniendo en cuenta que los precios del canal tradicional afectan considerablemente los precios de los supermercados, debe considerarse que los agentes económicos que participan en ambos canales son competidores entre sí.

En línea con lo expuesto, cabe preguntarse: ¿qué efectividad podría tener un supuesto cártel de cuatro (4) empresas que solo representan el 31% del mercado?, ¿acaso no podrían, como se demuestra claramente en la pericia económica, el resto de agentes económicos de los distintos canales disciplinar la conducta de los supermercados? Sin duda, cualquier intento de colusión por parte de empresas con poca participación en el mercado estaría destinado al fracaso, ya que los consumidores optarían por abastecerse a través de los otros canales de venta que representan más del 60% del mercado y satisfacen de igual manera sus necesidades.

Por ello, carece de toda racionalidad realizar una práctica colusoria horizontal en este contexto, lo que deberá tener en cuenta la Comisión al momento de evaluar la denuncia formulada en nuestra contra.

4. WENROU no ha participado en la conducta

Ahora bien, en el negado supuesto que el mercado se restrinja únicamente al canal moderno compuesto por los supermercados, la presunta práctica colusoria horizontal

también carecería de sentido, toda vez que, al ser imposible demostrar que WENROU ha participado en tal conducta, como se ha explicado anteriormente, las empresas competidoras restantes no tendrían en conjunto el poder de mercado suficiente como para afectar la capacidad de WENROU en el mercado, empresa que ostenta individualmente el 56% de mercado, lo que le permite actuar de manera independiente de la estrategia comercial de sus competidores, como se aprecia al analizar la serie de precios.

Así pues, cualquier intento de colusión por parte de YANSHI, KONGGI y DAFENG se vería imposibilitado por cualquier movimiento de precios de WENROU, quien con su elevado poder de mercado haría fracasar tal colusión. En ese sentido, un cártel en las condiciones descritas sería un completo despropósito, por lo que no puede considerarse seriamente que empresas con amplia experiencia en el mercado tomen una decisión tan perjudicial para sus propios intereses.

V. RELACIONES COMERCIALES ENTRE SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES

Nos encontramos frente a una estructura de mercado entre los proveedores y supermercados donde:

- Los proveedores poseen poder de mercado frente a sus demandantes directos: los autoservicios (cadenas de supermercados).
- Las empresas mayoristas no atienden directamente la demanda de los consumidores de la canasta básica.
- El bien intermedio y final es el mismo.

Para este caso, los vendedores al por menor toman sus decisiones maximizadoras de beneficios después de abastecerse de los bienes que requieren para la venta al público, los cuales son comprados a las empresas proveedoras, por tanto, las conductas de los mayoristas y supermercados están en función de la demanda atendida en su segmento respectivo, es decir, los proveedores no tienen injerencia sobre la decisión de precios de los minoristas.

En el esquema de control vertical, la empresa proveedora puede desear ejercer un control sobre el precio de venta al por menor, ubicando su área de ventas o disponer de contratos vinculantes entre ambas empresas, dado que este impacta directamente sobre sus beneficios.

1. Limitación a vincular al sector con un control vertical

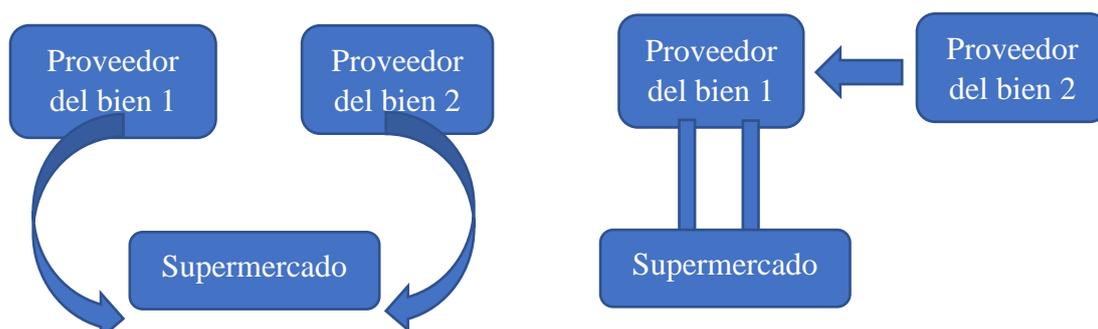
La Ley de Competencia de Meiland, en el artículo 4.2, describe las prácticas colusorias verticales como aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización cuando tenga por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Si bien la ley señala que dichas prácticas se encuentran prohibidas, es necesario aclarar que se trata de una prohibición relativa, en las que, según la ley, solo existiría una infracción administrativa cuando la conducta tenga, o pueda tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

En el caso de existir esta conducta, los proveedores podrían obligar a los supermercados a vender a un precio específico o hacer publicidad exclusiva para su marca. Asimismo, se debe tomar en cuenta que si bien existe la capacidad de influir sobre la cantidad que pagan los consumidores finales, no pueden asegurar que toda la cantidad vendida a los minoristas sea la que efectivamente es adquirida por los ciudadanos meilianos.

Las áreas de venta exclusiva solo poseen injerencia en el caso en que los supermercados se encuentren ubicados en lugares aislados donde no puedan competir contra otros minoristas, de esta manera, estos autoservicios se convertirían en monopolios para dichos consumidores finales.

Siguiendo a Dixit-Stiglitz, los vendedores al por menor, supermercados, ofrecen un bien compuesto, canasta básica, por los artículos adquiridos a sus proveedores. Dado que los bienes comprados a los proveedores son sustitutos imperfectos entre ellos, no se puede ejercer una vinculación entre las empresas del segmento superior del mercado. Con lo cual, pierde fuerza el argumento de un control vertical dado que el mayorista no puede evitar que algún supermercado compre a otro distribuidor.

Figura I: Gráfica de Vinculación



Fuente: Tirole – Organización Industrial

Elaboración Propia

En el presente caso, los hechos indican que la situación expuesta por ASOMELCO lograría encajar dentro de un esquema de colusión vertical intramarca. Esto debido a que en las comunicaciones se evidencia el interés de los proveedores por la comercialización de sus productos y sus preocupaciones sobre la situación de estos en los supermercados. Asimismo, ASOMELCO presenta una serie de correos, de dudosa procedencia, como prueba de una supuesta colusión horizontal; sin embargo, estos solo contienen conversaciones entre proveedores y supermercados, en otras palabras, conversaciones entre empresas que **operan en distintos planos de la cadena de comercialización.**

No se observa que las empresas proveedoras impidan que los supermercados vendan bienes que sean sustitutos directos de sus productos. Dicho argumento se refuerza con la venta de ciertos bienes de marca propia por parte de algunas cadenas de autoservicio, los cuales compiten con los artículos de los proveedores.

En esta línea, de los correos que presentó la denunciante, no se puede evidenciar en ninguno de ellos algún intercambio de información entre los supermercados denunciados. La ley mejicana claramente hace una diferencia entre prácticas colusorias verticales y horizontales debido al carácter de cada una, así mientras las primeras se encuentran bajo una prohibición relativa, las segundas se encuentran bajo una prohibición absoluta. Esto es así debido a que las prácticas colusorias verticales no necesariamente llegarán a tener un efecto negativo sobre la libre competencia o sobre el consumidor dado que podría llegar a obtener una mayor eficiencia en el mercado.

Por otra parte, la publicidad de los minoristas no está direccionada a la compra de un artículo en específico, sino a posicionar al supermercado dentro de Meiland. Es decir, no existe un contrato de exclusividad de venta sobre bienes específicos.

Finalmente, ninguno de los instrumentos antes señalados permiten que se cumpla el objetivo de una integración vertical, el cual es maximizar el beneficio del proveedor y del vendedor al por menor guiados por las empresas del segmento superior del mercado. Por tal motivo, no existe manera de preservar un precio de reventa, el cual es inexistente en el mercado estudiado de bienes pertenecientes a la canasta básica de los consumidores de Meiland.

2. Explicación de la estructura del mercado

Los proveedores operan como un oligopolio al existir pocos vendedores al por mayor de los productos que ofrecen los supermercados, minimarkets, quioscos y el mercado tradicional a los consumidores finales. Asimismo, los minoristas, tanto supermercados como el resto de ofertantes, operan sobre un esquema de empresa dominante. En este caso, los autoservicios capturan parte de la demanda de los todos consumidores finales de bienes al por menor, operando como un oligopolio pero sin restringir la entrada de nuevos competidores. El resto de la demanda es cubierta por minimarkets, quioscos y el canal tradicional. Estos últimos operan en un esquema de competencia perfecta sobre la demanda residual del mercado, parte no cubierta por los supermercados.

En el caso, los proveedores no pueden ejercer ningún control vertical sobre los autoservicios y el resto de oferentes, al no existir restricciones verticales de ningún tipo. Este argumento se respalda en la imposibilidad de realizar una vinculación entre los distribuidores que ejerzan una limitación hacia los vendedores al por menor de ambos sectores, supermercados y demás oferentes, de venta al menudeo dado que la canasta básica está compuesta por bienes que son sustitutos imperfectos entre sí. Por lo cual, a pesar de que sean inputs necesarios para las grandes cadenas de venta, ningún proveedor posee la capacidad de generar restricciones verticales en esta estructura.

3. Explicación alternativa de correos

En la denuncia, ASOMELCO da distintas interpretaciones de los correos, interpretaciones que resultan forzadas y alejadas de la realidad.

CORREO 2

De: Julio González [YANSHI] Enviado el: 16 de julio de 2016 7:17 p.m.
Para: Rodrigo Lavalle [TAIYANG] [Gerente Legal]
Asunto: RV: precios Wenrou Datos adjuntos: ProductosYanshi.xls (5 KB)

Estimado Rodrigo,

Los productos que se detallan en el documento adjunto a este correo han tenido una baja considerable de precios en Wenrou.

Te agradeceré solucionar este tema ASAP para que los precios se regularicen, porque no podemos seguir subsidiando la venta de tu línea de productos a costa de nuestra rentabilidad.

Tenemos mucho interés en que tus productos sigan creciendo en nuestro supermercado pero bajo una lógica de mutua ganancia.

Quedo a la espera de tus comentarios

Saludos,

PRODUCTOS YANSHI

Café

Azúcar

En este caso la denunciante señala que se observa cómo un supermercado condiciona al proveedor a someterse a un precio uniforme. Sorprende que se haya llegado a esa solución, teniendo en cuenta que en el caso se habla de una baja de precios de WENROU, lo que demostraría la inexistencia de una colusión horizontal; por otro lado, ASOMELCO no deja claro si es que lo que se denuncia es una concertación de precios entre supermercados o proveedor.

Del análisis del texto del correo, una interpretación más razonable y menos forzada sería la de que realmente YANSHI se ve preocupado ante las bajas de precios de WENROU y

sospecha que esto se debe a que los proveedores le dan precios menores. Además, se observa que lo que se exige no es mantener precios uniformes, sino el dar precios competitivos para poder competir con WENROU.

CORREO 5

De: Manuel Moncada [YUELIANG] [Gerente Legal] Enviado el: 11 de junio de 2016 05:34 p.m. Para: Verónica Rojas [YUELIANG]

Asunto: Reordenamiento PPSUG. Yueliang

Buenas tardes amigos:

Por este medio, les agradezco por todo el apoyo brindado en el reordenamiento de precios. El pasado jueves 9 de junio, verifiqué que el 100% esté conforme. Estoy seguro que con la colaboración de todos ustedes podremos trabajar sin inconvenientes y sobre todo lograr que cada uno de los productos Yueliang sea rentable para todos nuestros clientes. Les agradeceré que cualquier variación en los siguientes días me sea comunicada en la brevedad, a fin de coordinar y evitar cualquier inconveniente.

Todos están poniendo de su parte. Estoy seguro que este pacto de caballeros dará buenos resultados. Un abrazo y buen fin de semana!

Es en este correo en la que se expone el desconocimiento total de la denunciante del funcionamiento de cualquier mercado. Sostener que el hecho de que YUELIANG busque no solo el beneficio propio, sino también el de sus principales compradores, es un comportamiento contrario a la competencia deja de lado que esta promueve la interdependencia de los agentes económicos de tal modo que estos no puedan actuar de forma independiente. El que YUELIANG luche por ser rentable para sus clientes, que en este caso son los distintos supermercados, solo demuestra que estamos ante una empresa competitiva que busca posicionarse en el mercado.

4. ¿Colusión vertical u horizontal?

ASOMELCO sostuvo en su denuncia que estábamos ante una colusión vertical y una horizontal, sin darle prioridad a ninguna ni explicar dentro de qué ámbito se desarrollaba cada una de estas. Del análisis realizado, y no solo teniendo como base los correos electrónicos, se ha llegado a la conclusión de que la situación del mercado y el contenido de los correos no dan cabida a una colusión horizontal.

De un verdadero análisis de algunos correos se puede llegar a la conclusión de que en el presente caso los proveedores estaban en un esfuerzo constante por lograr que sus productos le sean rentables a los supermercados, situación que increíblemente la denunciante considera como colusoria. En esta situación, en la que lo que se busca es el posicionamiento de una serie de productos, cabe preguntar si es posible que exista una colusión horizontal que lo único que lograría es que los consumidores escojan otras opciones.

Sobre la colusión vertical, el esfuerzo realizado por los proveedores para el posicionamiento de sus productos podría generar un ambiente adecuado para que esta se realice. Más, contrariamente a lo sostenido por ASOMELCO, el simple hecho de querer que tus productos sean más atractivos, no es una infracción. Para poder hablar de una colusión vertical habría que probar factores adicionales, tales como el interés de desplazar competidores o amenazas a los supermercados, factores que no se observaron en el presente caso.

En este caso se ha lanzado una denuncia temeraria que podría poner en riesgo el entorno económico por el que Meiland tanto tiempo ha esperado, y aun así ASOMELCO no ha tenido la responsabilidad de especificar correctamente las infracciones cometidas sembrando la duda en la población de que se está frente a una colusión vertical u horizontal sin especificar cuál de estas se desarrolla de qué modo. De los argumentos expresados líneas arriba, se concluye que lo más factible sería hablar de una colusión vertical, sin embargo esta no se estaría configurando por la falta de diversos factores.

POR TANTO:

Solicitamos a la Comisión tener presente lo expuesto a fin de declarar, cuando corresponda, **INFUNDADA** la denuncia en todos sus extremos.

Meiland, 10 de julio de 2017

Fernando Alonso Jaramillo Ponce - Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Fernando Javier Ballón Estacio - Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Josep Carmelo Cerrón Solano - Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Manuel Edwin Villar Castillo - Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Darío Efraín Morales Herrera - Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Camila Wendy Chamorro Poma - Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú