



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
QUINTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO CON SUBESPECIALIDAD
EN TEMAS DE MERCADO**

SUMILLA: "(...) UNR no presenta evidencia alguna que desvirtúe la información económica empleada por INDECOPI; y si bien la información consignada en FACILITO no constituye per se una prueba de acciones de concertación de precio, ésta, conjugada con las comunicaciones emitidas por la Asociación [detalladas por Episodio en los acápites anteriores], permite ver un patrón de paralelismo concertado; por cuanto cada acuerdo expresado en los correos electrónicos se trasladaban a la realidad económica, visualizándose modificaciones de precio en bloque, con coincidencia de fechas [las fechas de acuerdo de los correo coinciden con las fechas de modificación de precios en FACILITO]"

Expediente : 2690-2020

Demandante : SERVICENTRO UNR S.A.C.¹

Demandado : Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de
Protección de la Propiedad Intelectual²

Materia : Nulidad de Resolución Administrativa – Libre competencia

Procedencia : 26° Juzgado Contencioso Administrativo

Apelante : Demandante

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN NÚMERO DIECISIETE

Lima, veintidós de junio de dos mil veintitrés

VISTOS: En Audiencia Pública correspondiente al **12 de mayo de 2023**, con la prórroga concedida y el expediente administrativo acompañado; interviene como Juez Superior ponente el Magistrado **Rossell Mercado**.

RESOLUCIÓN MATERIA DEL GRADO

Viene en grado de apelación, la **SENTENCIA (RESOLUCION ONCE)** de fecha 18 de mayo de 2022, obrante de fojas 709 a 731 del expediente judicial electrónico (EJE), que declara **INFUNDADA LA DEMANDA**.

¹ En adelante, UNR o el DENUNCIADO

² En adelante, INDECOPI



FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

1. El *a quo* identificó la controversia en establecer si corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 0225-2019/SD C-INDECOPI, de fecha 20 de diciembre de 2019, que resolvió [se consigna únicamente lo relevante para la presente causa]:

PRIMERO: Confirmar en parte, modificando fundamentos, la Resolución 099-2017/CLC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2017, en la medida que sancionó a Servicentro UNR S.A.C. y otros agentes, por la comisión de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo anticompetitivo, con la finalidad de fijar los precios de venta del Gas Licuado de Petróleo vehicular en la ciudad de Chimbote –en diversos episodios– durante los años 2012, 2013 y 2014, infracción tipificada en los artículos 1 y 11.1 inciso a) del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

[...]

TERCERO: Modificar la Resolución 099-2017/CLC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2017, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el extremo referido a la multa impuesta a las empresas apelantes. En consecuencia, se impuso una multa solidaria a la recurrente de 140.95 UIT.

QUINTO: Confirmar en parte la Resolución 099-2017/CLC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2017, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en el extremo que ordenó como medida correctiva la implementación de un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, modificándose las características de la capacitación que forma parte de dicho programa de cumplimiento.

[...]

SÉPTIMO: requerir el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Asimismo, consignó que, en base a los fundamentos de la demanda interpuesta, correspondía determinar lo siguiente en la vía judicial:

- (i) *Si la autoridad administrativa habría vulnerado el derecho de motivación del demandante, al sustentar la infracción en meros indicios, sin la concurrencia de los requisitos para que se configure una recomendación;*
- (ii) *Si existe una valoración adecuada de indicios y contra indicios, en la determinación de responsabilidad en los episodios sancionados.*
- (iii) *Si la autoridad administrativa infringió el principio de tipicidad.*



2. En relación a la afectación al deber de motivación, el a quo consignó lo siguiente:

2.1. Tomó en cuenta que UNR alegó la existencia de una motivación insuficiente por cuanto INDECOPI no habría analizado la concurrencia de los requisitos para la comisión de la infracción imputada: a decir: (i) si existió una manifestación de voluntad por parte de la asociación y sus representantes, ii) la manifestación o exhortación fue debidamente exteriorizada y difundida; y, iii) la referida exhortación indicó la fecha de implementación y el precio recomendado.

2.2. Tomó en cuenta que según la Resolución N° 0225-2019/SDC-INDECOPI, la administración dividió la secuencia de hechos investigados de la siguiente forma:

Primer periodo: Conformado por el episodio 1 [desde el 23 de junio de 2012 hasta 2 de julio del mismo año] y el episodio 2 [desde el 3 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de dicho año], los cuales habrían sido consecutivos.

Segundo periodo: conformado por los episodios 3 al 8 [desde el 3 de abril de 2013 hasta el 30 de setiembre de 2013], los cuales habrían sido consecutivos y sin precios intermedios entre cada episodio.

Tercer periodo: conformado por los episodios 10 al 15 [desde el 11 de octubre de 2013 hasta el 27 de febrero de 2014], los cuales también habrían sido consecutivos y sin precios intermedios entre cada episodio.

Habiéndose imputado responsabilidad en los episodios, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 14 y 15

2.3. Consignó que, pese a no existir una evidencia documental plena, no se evidencia la falta de motivación alegada por SERVICENTRO UNR ya que la administración empleó otros indicios referidos principalmente a la evidencia económica, aplicando la prueba indiciaria, construida a partir de dos elementos concretos: (i) las comunicaciones efectuadas entre los sujetos involucrados en la conducta imputada [principalmente, correos]; y, (ii) la evidencia económica acopiada durante el periodo investigado [como, la existencia de precios idénticos o similares en los productos ofrecidos por los agentes del mercado].

Lo expuesto, amparándose en el artículo 166° de la Ley 27444, que permite el empleo de todos los elementos de prueba necesarios para arribar a la verdad material, así como en el artículo 1° del



Decreto Legislativo N° 1034, que dispone que la finalidad de dicha norma es prohibir y sancionar aquellas conductas anticompetitivas a fin de conseguir eficiencia económica en los mercados, beneficiándose en última instancia a los consumidores.

- 2.4. Determinó que existió una valoración respecto de la participación de UNR en cada uno de los episodios identificados por INDECOPI, sobre la base de evidencias económicas, consignando que se logró acreditar canales de comunicación entre las estaciones de servicio, con la finalidad de incrementar el precio del GLP, logrando establecerse paralelismos entre la conducta de UNR con el acuerdo colusorio adoptado; y concluyendo que no era necesario la exigencia de acreditar un comportamiento exteriorizado y difundido; siendo suficiente corroborar la hipótesis colusoria planteada a partir de los indicios presentados.

Desestimando los argumentos en este extremo.

3. En relación a que no se acreditó la voluntad de UNR de participar en el acuerdo colusorio, el a quo consignó lo siguiente:

- 3.1. Consignó que la autoridad administrativa se encuentra facultada a emplear medios de prueba directos o indirectos, orientados a conseguir la finalidad del procedimiento administrativo sancionados, según lo estipulado en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1034.

- 3.2. Sostuvo que si bien UNR señala que el análisis efectuado por el Tribunal del INDECOPI es insuficiente, dado que nunca se probó una conducta directa, tal afirmación no desvirtúa la cadena de indicios derivada de la evaluación económica que revela la conducta coordinada de UNR para modificar su precios en el mercado; sustentado con los episodios investigados y en comunicaciones efectuada por terceros que permiten vislumbrar un ambiente coordinado en la variación de precios.

Desestimando los argumentos de la demandante en este extremo.

4. En relación a que INDECOPI habría empleado pruebas prohibidas en el pronunciamiento administrativo, el a quo consignó:



4.1. A la alegación de empleo de medios probatorios no lícitos, por cuanto los documentos fueron obtenidos sin mandato judicial, el juez consignó que el literal a) del artículo 11°:1, contempla la prohibición de los acuerdos colusorios entre competidores sobre los precios de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado.

4.2. Consignó que, en el marco de dicho mandato, los literales a) y c) del artículo 15°:3 de la misma norma, otorgan a la Secretaría Técnica las funciones de realizar inspecciones con o sin notificación previa y exigir la exhibición de todo tipo de documentos; contemplando la limitación probatoria del órgano instructor, condicionándola a la existencia de mandato judicial en los supuestos donde se necesitara descerraje o para el acopio de correspondencia privada.

Por lo que desestimó las alegaciones vertidas en dicho sentido.

5. Respecto a la presunta vulneración al principio de tipicidad.

5.1. El demandante alega que la práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo anticompetitivo no se encuentra contemplada taxativamente y/o expresamente señalada en el numeral 11.1 del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Conductas Anticompetitivas.

5.2. A tal afirmación, el *a quo* consignó que la fijación concertada de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, como practica colusoria, constituye una prohibición absoluta expresamente sancionada, conforme es de verse del literal a) del artículo 11°:2 del Decreto Legislativo N° 1034, siendo que la autoridad de competencia únicamente compruebe la existencia de la conducta

Por lo que desestimó las alegaciones formulada en este extremo.

6. Respecto a la presunta vulneración al principio de parcialidad.

6.1. El demandante sostiene que se vulneró el citado principio por cuanto la misma autoridad que condujo la fase instructora fue la que aplicó la sanción.

6.2. El *a quo* consignó que en mérito de los artículos 14° y 15° d el Decreto Legislativo N° 1034, donde se establece que, la etapa de sanción, la



Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado de declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente, mientras que, para la etapa de instrucción, es la Secretaría Técnica de la Comisión quien, con autonomía técnica, realiza la labor de investigación de conductas anticompetitivas y emite opinión sobre la conducta infractora, por lo que determinó que no se vulneró el principio de imparcialidad.

7. Respeto a que INDECOPI omitió considerar la concurrencia de contra indicios que justificaban de manera razonable la fijación de precios de UNR, el *a quo* consignó que los agentes en el mercado ostentan diversos mecanismos a efectos de evaluar y fijar sus precios, siendo uno de estos el *pricing* (modalidad por la cual los agentes fijan sus precios a partir del propio valor que es establecido en el mercado;); sin embargo, consignó que dicha opción no podía ser admitida como un contra indicio que genere suficiente convicción acerca de la modalidad en la fijación de los precios y el paralelismo existente con las empresas investigadas.
8. Respecto a la ausencia de una comunicación directa como prueba de la conducta infractora; el juez determinó que el citado argumento no genera convicción, pues, si bien revisados los diversos correos cursados entre los agentes económicos no se encuentra una comunicación directa remitida por UNR y que haga alusión a su participación en el acuerdo colusorio, ello no le resta el aporte probatorio de tales comunicaciones a fin de establecer de manera indiciaria la participación de la accionante en el acuerdo colusorio. Desestimando así lo alegado en este extremo.
9. Respecto a que se determinó de manera incorrecta a la Asociación de Estaciones de Servicios Ancash Costa como plataforma facilitadora de la práctica colusoria; el juez determinó que el accionante no niega ni desvirtúa la condición de asociada que mantenía, pudiendo ser considerada dicha circunstancia como un indicio válido a efectos de determinar el conocimiento de las conductas colusorias materia de investigación; sin perjuicio de que no se sancionó a UNR por su condición de asociada, sino, a razón de haberse demostrado los paralelismos y similitudes existentes entre las conductas coordinadas establecidas a partir del análisis de las comunicaciones recabadas, así como su comportamiento económico en el mercado.



Desestimando los argumentos esgrimidos en este extremo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO IMPUGNATORIO

Mediante escrito de fecha 31 de mayo de 2022, SERVICENTRO UNR formuló recurso de apelación contra la sentencia, exponiendo los siguientes agravios:

- 1. La sentencia no tiene una debida motivación:** El impugnante señala que la autoridad administrativa determinó que UNR incurrió en la comisión de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo anticompetitiva por presuntamente elevar los precios de gas licuado de petróleo vehicular en la ciudad de Chimbote; lo cual fue avalado por el juzgado sin valorar los argumentos expuestos.

El Juzgado incurrió en motivación aparente, ya que contiene argumentos de hecho y de derecho, no existe un análisis conjunto de los argumentos del impugnante.

Sostiene que existe contravención al artículo 148° de la Constitución, porque el juez no ha efectuado un adecuado control jurídico del acto administrativo impugnado

- 2. Existe deficiencia en la valoración de la prueba, ya que no se acreditó la voluntad de UNR de participar en el acuerdo colusorio:** El impugnante sostiene que no se ha acreditado su participación en los hechos imputados ni se ha demostrado la voluntad de implementar el acuerdo colusorio, a través de comunicaciones directas o la participación en reuniones. Del mismo modo, no se ha tomado en cuenta la licitud e idoneidad de los medios probatorios obtenidos sin mandato judicial.

Cuestiona la validez de las pruebas obtenidas, por cuanto éstas son ilícitas, conforme los lineamiento de la STC N° 006 55-2010-PHC/TC, al vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

- 3. Se produjo vulneración al principio de tipicidad:** Señala que la práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo anticompetitivo no se encuentra contemplada taxativamente y/o expresamente señalada en el numeral 11.1 del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Conductas Anticompetitivas, por lo tanto, no se cumple con el principio de legalidad.



La modalidad de práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo anticompetitivo no se encuentra establecida taxativamente en el numeral 11.1 del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 10 34, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Conductas Anticompetitivas, por lo tanto, no cumple con el principio de legalidad, dado que la Administración no ha precisado en cuál de los incisos del numeral 11.1 se subsume la supuesta inconducta, lo cual reviste de nulidad a las resoluciones impugnadas por contravenir el principio de tipificación o taxatividad, el mismo que constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta.

4. **Cuestiona el que se haya determinado a la Asociación de Estaciones de Servicios Ancash Costa como la plataforma facilitadora de la práctica colusoria:** No se tomó en cuenta que no se logró acreditar que UNR haya estado presente en alguna reunión de la citada Asociación, que hubiera firmado algún tipo de acta dando valor a los acuerdos adoptados o que formalizara mediante algún conducto alguna comunicación autorizando la realización de las reuniones.

Sostiene que ninguno de los actos emitidos por la Asociación es válido, por cuanto el artículo 87° del Código Civil consigna que para la validez de las reuniones de asamblea se requiere en primera convocatoria la concurrencia de más de la mitad de los asociados, y en segunda, cualquier número de asociados. En el presente caso no se ha demostrado que UNR haya estado presente en alguna reunión de la Asociación o que se haya suscrito acta otorgando validez a los acuerdos. Tampoco que se haya dado autorización para llevar a cabo las reuniones.

5. **No se logró acreditar que UNR haya incurrido en la infracción imputada por lo que no debió de multársele.** Consigna que, al no estar acreditada la infracción imputada, la multa impuesta resulta ser totalmente desproporcionada, vulnerándose los principio de razonabilidad y proporcionalidad. En relación a no haberse demostrado la imputación planteada, el impugnante sostiene que no se tomó en cuenta lo siguiente:

- Para establecer la conducta anticompetitiva, debió evaluarse si concurrieron los siguientes aspectos de parte de UNR: (i) si existió una manifestación de voluntad por parte de la asociación y sus representantes [no hay evidencia de la participación de UNR en las reuniones de acuerdos], ii) Si la manifestación o exhortación fue debidamente exteriorizada y difundida [no existe correo ni comunicación alguna con la Asociación dando conformidad para los



acuerdos]; y, iii) Si la referida exhortación indicó la fecha de implementación y el precio recomendado [cualquier acuerdo realizado en la Asociación no le alcanza].

- La administración empleó únicamente indicios para imputarle la conducta infractora, no existiendo pruebas de que su representada haya cursado correo alguno o que se le haya cursado correos sobre asistencia a las reuniones. No existe documento alguno que acredite la participación de UNR en las reuniones de acuerdos. Se tuvo que valorar los siguientes aspectos:

- i) Análisis del contenido de las comunicaciones (verificación de la evidencia documental). No existe ninguna evidencia documental objetiva que involucre a UNR, no siendo razonable que la resolución de INDECOPI (fundamento 397) otorgue mayor peso al análisis de la evidencia económica, vulnerando así el debido procedimiento. Su representada no ha participado en la reunión de octubre de 2014; mas aún cuando la Administración determinó que la responsabilidad de las empresas fue evaluada a partir de la asistencia a las reuniones.

Refiere que en la provincia de Santa hay 31 estaciones de servicios que comercializan GLP y sólo 5 habrían concertado precios; siendo que una minoría jamás podría concertar precios

- ii) Comportamiento de los precios de venta al consumidor final del producto investigado (evidencia económica). Consignó que el régimen económico en Perú es la economía social de mercado
- iii) Identificación del precio acordado, de los agentes intervinientes, del periodo de ajuste para el cumplimiento del precio concertado (periodo de ajuste)
- iv) Vigencia del acuerdo.

6. Sobre el principio de imparcialidad en los procedimientos administrativos de libre competencia. Manifiesta que por el principio de comunidad de la prueba hace suyo los informes presentados por la empresa investigada ENERGIGAS quien presentó dos informes legales elaborados por los señores Enrique Priori Santoro y José Antonio Tirado Barreda, que refieren la necesaria separación funcional que debe existir entre el órgano instructor y el órgano resolutorio, a efecto de asegurar la



imparcialidad en los procedimientos administrativos sancionadores, no habiendo ocurrido esto en el presente caso.

- 7. Respecto a la determinación del *pricing*.** Sostiene que jamás existió la concertación que se les pretende imputar, siendo que los precios se fijaron teniendo en cuenta los costos y gastos, así como el aplicativo *FACILITO*, aunado a la oferta y la demanda en el mercado con lo cual se determinaban los precios con los que se llegaba al consumidor final, todo sobre la base del régimen Constitucional sin existir ningún tipo de colusión debido a la proximidad de las Estaciones de Servicios; tomando en cuenta que los precios pueden variar en función a cuánto el clientes estaría dispuesto a pagar por un producto o servicio, intentando obtener la empresa el máximo provecho o ganancia posible. El que las estaciones de servicio se hallan muy próximas entre sí, explica la similitud de los precios.
- 8. Sobre el análisis de los episodios.** El impugnante sostiene que el análisis realizado por la Administración no está arreglado a derecho ya que la similitud de los precios se debe a la oferta y demanda que existe en el mercado; es en ese sentido que no existe ningún beneficio extraordinario derivados de los supuestos acuerdos; sustentando lo expuesto en el siguiente cuadro:

Estación de Servicio	Fecha Inicio	Fecha Fin	Precio		Cantidad Vendida (L.) (c)	Beneficio Extraordinario (S) (d) = [(a)-(b)]*(c)	Beneficio Extraordinario ajustado por inflación (S) (e) = (d)/[1.0585]	Probabilidad de detección (f)	Multa Base (S) (g) = (e)/(f)	Multa Base (UIT) (h) = (g)/[4.059]
			Colusorio (S) (a)	Competitivo (S) (b)						
Casuarinas	23/06/2012	02/07/2012	1.85	1.63	29,378.58	6,493.29	6,133.86	41%	16,180.14	4.00
Chimbote Corp	23/06/2012	02/07/2012	1.85	1.63	30,160.19	6,622.04	6,296.80	41%	16,577.57	4.09
Costa Gas	23/06/2012	02/07/2012	1.85	1.62	74,303.68	17,089.85	17,540.86	41%	42,782.59	10.56
UNR	23/06/2012	02/07/2012	1.87	1.69	29,395.83	5,291.25	5,430.89	41%	13,246.07	3.27
Casuarinas	03/07/2012	31/08/2012	1.82	1.63	110,705.19	21,033.99	21,589.09	41%	52,656.31	13.00
Chimbote Corp	03/07/2012	31/08/2012	1.82	1.63	139,576.32	26,519.50	27,219.37	41%	66,388.71	16.39
Costa Gas	03/07/2012	31/08/2012	1.82	1.62	527,659.12	105,531.82	108,316.89	41%	264,187.54	65.23
Dino	03/07/2012	31/08/2012	1.82	1.62	113,379.06	22,675.82	23,274.25	41%	56,766.46	14.02
UNR	03/07/2012	31/08/2012	1.84	1.69	155,045.53	23,256.83	23,870.59	41%	58,220.96	14.38
Petrogas SRL-Solgas	12/07/2012	31/08/2012	1.82	1.67	23,953.43	3,593.01	3,687.84	41%	8,994.72	2.22
Petrogas Chimbote-Solgas	13/07/2012	31/08/2012	1.82	1.69	46,638.17	6,062.96	6,222.97	41%	15,177.97	3.75

FUNDAMENTOS DE LA SALA

PRIMERO: El artículo 364 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente proceso, establece que: “*El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado la resolución que les produzca agravo, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente*”.



SEGUNDO: Así, la apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior a solicitud de parte o tercero legitimado, reexamine la resolución expedida por el inferior jerárquico como garantía del principio a la doble instancia reconocido en el inciso 6° del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. En atención a ello, conforme lo establece el inciso 5° del mismo artículo 139° de nuestra Carta Fundamental, los justiciables tienen derecho a que las resoluciones judiciales que se expidan en los procesos en los cuales intervienen, tengan una adecuada motivación o fundamentación que les permita conocer las razones por las cuales se concede o deniega su pretensión. Asimismo, el artículo 370° del Código Procesal Civil estipula que el Juez no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Ello implica que el órgano jurisdiccional revisor que conoce de la apelación sólo resolverá sobre aquello que le es sometido en virtud del recurso. Por lo tanto, únicamente será materia de análisis lo que ha sido cuestionado en el recurso de apelación y que ha sido reseñado brevemente.

TERCERO: Antecedentes administrativos y judiciales. -

A efecto de un mejor entender para la resolución de la presente controversia, resulta pertinente exponer sucintamente los antecedentes administrativos y judiciales que dieron origen a la presente causa:

- a) Por medio de la Resolución N° 009-2004-INDECOPI/CLC del 23 de mayo de 2014³, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia inició una investigación por la presunta realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada del precio de venta del gas licuado de petróleo (en adelante, GLP) para uso vehicular en la ciudad de Chimbote, durante el periodo comprendido entre junio de 2012 a febrero de 2014; en infracción a lo dispuesto en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Los fundamentos para el inicio de esta investigación de oficio, fue la existencia de indicios razonables de que:

- En junio de 2012 algunas estaciones de servicio que comercializan GLP vinculadas a la Asociación Ancash Costa habrían acordado aumentar el precio del GLP para uso vehicular en S/. 0.20 en la ciudad de Chimbote.
- El acuerdo de junio de 2012 habría continuado en abril de 2013 pues en esa fecha la Asociación decide aumentar el precio del GLP a S/. 1.62.

³ Hoja 91 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 1)



- Las comunicaciones y fijación de precios habrían continuado hasta el año 2014, siendo que, de la información que obra en el expediente, existe diversas comunicaciones que datan de agosto, octubre, noviembre de 2013, así como de enero de 2014, que dan cuenta sobre los nuevos precios del GLP acordados entre las Estaciones de Servicio Investigadas.
- Dicha conducta se mantuvo también en el mes de febrero de 2014, donde se puede advertir que las Estaciones de Servicios Investigadas seguían comportándose en forma paralela para la fijación de precios de venta de GLP en la ciudad de Chimbote.

Por medio de la **Resolución N° 011-2014/ST-CLC-INDECOPI**, de fecha 10 de junio de 2014⁴ se integró la Resolución 009-2014/ST-CLC-INDECOPI del 23 de mayo de 2014 informando a las personas investigadas que las infracciones imputadas a título de cargo mediante dicha resolución son sancionables por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, de acuerdo con el régimen de multas contenido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1034, según las facultades atribuidas por el artículo 14 del referido Decreto Legislativo.

Por medio del escrito de fecha 19 de junio de 2014, UNR apeló la Resolución N° 009-2014/ST-CLC-INDECOPI⁵, solicitando se le excluya del procedimiento sancionador; y con fecha 11 de julio del mismo año, apeló la Resolución N°011-2014/ST-CLC-INDECOPI⁶

b) Con fecha 11 de agosto de 2014 UNR presentó sus respectivos descargos contra las Resoluciones N° 009 y 011-2014, siendo los principales los siguientes:

- Los precios fijados por su representada responden a criterios netamente técnicos sujetos a la composición de los costos de compra del producto y las condiciones del mercado.
- Las estaciones de servicio que ofrecen GLP se encuentran muy cercanas entre sí, por lo que cualquier cambio de precios condiciona el *pricing*, por lo que la mejor política para mantener un precio estándar es estar cerca del precio del competidor más cercano.
- Las empresas integrantes de la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios de Ancash -Costa- que intervinieron en las reuniones no tienen participación significativa en el mercado relevante de venta de GLP en Chimbote
- No existe prueba alguna o indicio alguno plasmado objetivamente en un documento escrito o medio magnético que demuestre la existencia de un acuerdo que tenga por finalidad fijar uniformemente los precios del GLP.
- La existencia de coincidencia de precios entre 3 empresas, de un total de 32 empresas en fechas diferentes, no es un indicador de prácticas colusorias

⁴ Hoja 159 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 1)

⁵ Hoja 251 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 1)

⁶ Hoja 88 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 3). (Hoja 575 del EA físico)



Mediante escrito de fecha 16 de junio de 2015, UNR amplía los fundamentos de su apelación⁷.

Por medio de la **Carta 579-2015/ST-CLC-INDECOPI**⁸, de fecha 26 de agosto de 2015, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia informa a UNR que por medio de la Resolución N° 002 -2015/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica denegó los recursos de apelación por no ser actos administrativos susceptibles de ser impugnados.

- c) Mediante el **Informe N° 050-2017/ST-CLC-INDECOPI** del 6 de junio de 2017⁹, la Secretaría Técnica concluyó que existía evidencia estadística económica y documental que acreditaba que las denunciadas son responsables por la comisión de práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo anticompetitivo, con la finalidad de fijar el precio de venta del Gas Licuado de Petróleo vehicular durante el periodo comprendido entre junio de 2012 y febrero de 2014, en la ciudad de Chimbote.
- d) Por medio del escrito de fecha 14 de junio de 2017 UNR¹⁰ solicita se declare la prescripción de la facultad sancionatoria de INDECOPI, por haber transcurrido más de cuatro años de ocurrida la presunta comisión de la infracción administrativa.

UNR presentó alegatos contra el Informe Técnico 050-2017, mediante escrito del 5 de julio de 2017¹¹ alegando que en sus instalaciones no se encontró ningún correo ni comunicación donde se indicara el precio del GLP; asimismo, afirmando la existencia a una vulneración del principio de tipicidad al considerar que no se había indicado en cuál de los incisos del numeral 11.1 del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1034 se subsumía la conducta imputada. Asimismo, cuestionó la incorporación de medios probatorios ilegales al no haberse contado con autorización judicial previa para la obtención de los correos electrónicos, así como el hecho de no haberse acreditado que su representada hubiera participado de forma activa en las reuniones de la asociación.

⁷ Hoja 89 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 6). (Hoja 1644 del EA físico)

⁸ Hoja 82 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 14). (Hoja 4657 del EA físico)

⁹ Hoja 138 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 22). (Hoja 7611 del EA físico)

¹⁰ Hoja 12 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 23). (Hoja 7906 del EA físico)

¹¹ Hoja 93 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 24). (Hoja 8333 del EA físico)



Abunda sus argumentos de alegatos en el escrito de fecha 6 de julio de 2017¹².

- e) Por medio de la **Resolución N° 099-2017-INDECOPI/CLC** del 25 de febrero de 2008¹³, la Comisión declaró que los denunciados [entre ellos UNR] incurrieron en una práctica colusoria horizontal conforme a los alcances expuestos en la citada Resolución, con la finalidad de fijar el precio de venta del Gas Licuado de Petróleo vehicular durante el periodo comprendido entre junio de 2012 y febrero de 2014, en la ciudad de Chimbote; conducta tipificada en los artículos 1 y 11.1 literal a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que encuentra sujeta a prohibición absoluta, de conformidad con el artículo 11.2 de la Ley de Represión :

Los argumentos de la Comisión fueron fundamentalmente los siguientes [se consignan los pertinentes a la presente causa]:

- La imputación de cargos formulada por la Secretaría Técnica ha sido clara y explícita, al identificar los agentes involucrados, la conducta infractora desarrollada por los agentes económicos (una presunta práctica colusoria horizontal destinada a la fijación de precios), el tipo en el que se subsume (artículos 1 y 11.1 literal a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas).
- El plazo establecido en el artículo 27 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no constituye un plazo perentorio en términos de la LPAG, toda vez que se ubica en el marco de un procedimiento administrativo sancionador y la norma tampoco contempla la nulidad en el supuesto de exceso del referido plazo, pudiendo la Secretaría Técnica seguir ejerciendo sus facultades y obligaciones
- Sobre la supuesta necesidad de autorización judicial previa para la obtención de correos electrónicos de las investigadas, consignó que el artículo 15.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, regula las facultades de investigación de la Secretaría Técnica, otorgándole la facultad para realizar visitas de inspección, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, a fin de recabar información pertinente para la investigación la referida norma atribuye a la Secretaría Técnica, como autoridad de investigación e instrucción, la capacidad de realizar visitas de inspección en las cuales podrá exigir a los administrados la exhibición de todo tipo de documentos, los cuales podrán estar contenidos en registros físicos, magnéticos o electrónicos. Así, la autorización judicial tiene un carácter subsidiario y es exigible frente a la negativa de los administrados de acceso a sus establecimientos (descerraje) o frente al copiado de comunicaciones privadas por parte de la Secretaría Técnica.
- Sobre la función de la Asociación como plataforma facilitadora para la concertación de precios, determinó que la Asociación desempeñaba roles tales como los de convocar a reuniones con fines anticompetitivos, ser el seno en donde se coordinaba la fijación de precios entre los imputados y, comunicar, así como supervisar los acuerdos adoptados; contando incluso con una

¹² Hoja 140 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 24). (Hoja 8380 del EA físico)

¹³ Hoja 168 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 25). (Hoja 8764 del EA físico)



comisión en su interior encargada de viabilizar las labores del cártel, y que en base a dichos acuerdos se viabilizó modificaciones conjuntas de los precios.

- Cada participante de la práctica colusoria ha sido identificado a través de un análisis conjunto de correos electrónicos y del comportamiento de sus precios de venta de GLP vehicular. Así, de los correos electrónicos se han identificado agentes económicos que han remitido comunicaciones con fines anticompetitivos, los que han sido destinatarios de la referida información, y otros que han sido identificados en los correos como parte del acuerdo. Aunado a ello, a través de la serie de precios de venta de GLP vehicular se ha verificado si la conducta en el mercado de los referidos agentes guardó correspondencia con lo mencionado en los correos electrónicos.
 - Determinó que en el momento que un agente económico es informado del cártel y decide alinearse al precio concertado, sustituye la incertidumbre de su actuar independiente por la certeza de la colaboración entre competidores, lo que constituye el concepto y finalidad de una práctica colusoria.
 - Impuso a UNR una multa final de 140,95 UIT
- f) Por medio del escrito de fecha 10 de enero de 2018, UNR impuso recurso de apelación contra la Resolución 099-2017/CLC-INDECOPI¹⁴
- g) Mediante la **Resolución N° 0225-2019/SDC-INDECOPI**, de fecha 10 de diciembre de 2019¹⁵ se confirmó en parte la resolución de primera instancia, existiendo variación en la imposición de la multa de algunos de los denunciados (la multa de UNR se mantuvo).

Expuestos los agravios, así como los antecedentes del presente caso, corresponde emitir pronunciamiento respecto de la resolución impugnada.

CUARTO: ABSOLUCIÓN DE LOS AGRAVIOS RELATIVOS A LA SENTENCIA IMPUGNADA. -

4.1. Respecto a la falta de motivación de la sentencia referido a la actividad probatoria desplegada a nivel administrativo.- Señala el impugnante que el Juzgado no ha efectuado una adecuada valoración de las pruebas presentadas por su representada; por cuanto -sostiene- no tomó en cuenta que *“la autoridad administrativa determinó que SERVICENTRO UNR participó en los episodios 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 lo cual ha sido confirmado sin valorar nuestros argumentos, lo cual deviene en nulo de pleno derecho es en ese sentido que recurrimos al colegiado a fin de que esta sentencia arbitraria sea revocada”*.

Esto es, el impugnante alega que no existe evidencia que la vincule a las reuniones de coordinación efectuadas por la Asociación. Así, el

¹⁴ Hoja 380 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 26). (Hoja 9411 del EA físico)

¹⁵ Hoja 1 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 31). (Hoja 11333 del EA físico)



cuestionamiento referido a motivación aparente pasa por verificar si la sentencia formuló una valoración de la actividad probatoria desplegada a nivel administrativo; por cuanto, se puede estar de acuerdo o no con los criterios empleados por la administración para establecer si UNR incurrió o no en la infracción imputada; mas no argumentarse una ausencia de motivación o motivación aparente en el caso no se concuerde con las conclusiones arribadas por la administración.

Del análisis de la sentencia impugnada, consta que e la *quo* hizo referencia directa al empleo de medios de prueba directos o indirectos (fundamento 10.9), consignando que al estar acreditada la existencia de correos electrónicos de coordinación entre los miembros de la Asociación, donde se acordaba subir de precio el GLP (fundamento 10.10), se evaluó la evidencia económica en función al paralelismo existente entre la conducta de UNR con el acuerdo colusorio adoptado (fundamento 10.25); lo que a su vez se condice con los Cuadros de Precios Colusorios y Competitivos [Cuadro 33]¹⁶, contenido en el Anexo 5 de la Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI.

En consecuencia, sí existe una motivación en la resolución de sentencia, por lo que corresponderá desestimar el agravio expuesto en este extremo.

4.2. Sobre que existe una deficiencia en la valoración de la prueba, ya que no se acreditó la voluntad de UNR de participar en el acuerdo colusorio:

El impugnante refiere que no se ha acreditado su participación en los hechos imputados ni se ha demostrado la voluntad de implementar el acuerdo colusorio, a través de comunicaciones directas o la participación en reuniones.

Refiere asimismo que para establecer la conducta anticompetitiva, debió evaluarse si concurrieron los siguientes aspectos de parte de UNR: (i) si existió una manifestación de voluntad por parte de la asociación y sus representantes, ii) si la manifestación o exhortación fue debidamente exteriorizada y difundida; y, iii) si la referida exhortación indicó la fecha de implementación y el precio recomendado; y que la sentencia no tomó en cuenta que la administración únicamente empleó indicios para imputar la conducta infractora, ya que no existen pruebas que lo vinculen y que INDECOPI otorgó indebidamente mayor peso a la denominada *evidencia económica*, vulnerando así el debido procedimiento.

¹⁶ Hoja 417 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 25). (Hoja 9011 del EA físico)



Además, sostiene que en la provincia de Santa hay 31 estaciones de servicios que comercializan GLP y sólo 5 habrían concertado precios; siendo que una minoría jamás podría concertar precios

Al respecto, corresponde señalar lo siguiente.

- 4.2.1. La imputación realizada a la impugnante (y los demás agentes económicos involucrados) se enmarca dentro del Decreto Legislativo N.º 1034 — que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, cuya finalidad es la siguiente: «*La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores*».

La infracción imputada fue por incurrir en prácticas colusorias horizontales, con la finalidad de fijar el precio de venta del Gas Licuado de Petróleo vehicular durante el periodo comprendido entre junio de 2012 y febrero de 2014, en la ciudad de Chimbote; conducta tipificada en los artículos 1 y 11.1 literal a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que encuentra sujeta a prohibición absoluta, de conformidad con el artículo 11.2 de la Ley de Represión

«*Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales:*

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

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

(...)».

Según la imputación formulada, los agentes económicos del sector de hidrocarburos de la ciudad de Chimbote concertaron con la finalidad de elevar el precio del GLP, estando dentro de esta concurrencia la empresa UNR. La materialización de los acuerdos obra en los correos electrónicos cursados entre la Asociación de Estaciones y Grifos de Chimbote y sus asociados, donde se evidencia los acuerdos tomados con la finalidad de subir concertadamente los precios del GLP.

INDECOPI dividió el periodo materia de investigación (años 2012 a 2014) en **15 periodos**; en función a las fechas en las cuáles se produjeron los incrementos concertados en el GLP [cada periodo corresponde a un incremento concertado]; asociando las evidencias económicas [subida de precios] con las comunicaciones -correos electrónicos- emitidas entre los miembros de la Asociación.



4.2.2. En el expediente administrativo obran los correos intercambiados entre la Asociación con los diversos asociados, tendientes a coordinar aumento del precios del GPL. El *a quo* tomó en cuenta el mérito de dichas comunicaciones [fundamento 10.10 de la sentencia], consignando que éstos documentos tenían mérito para corroborar la hipótesis colusoria.

A modo ilustrativo, consignamos como ejemplo los siguientes correos, a efecto de dejar establecido que **existieron comunicaciones activas** en las que en forma expresa los asociados acordaron modificar concertadamente los precios del GLP; conducta que es diametralmente opuesta a una sana competencia en el libre mercado:

Correo del 22.06.2012 (Hoja 151 del EA digitalizado. Tomo 2. Ver hoja 406 del EA físico)
Se acuerda elevar el precio del GLP de 1.63 a 1.85 Soles

Correo de Grifos Espinoza - precios de glp establecidos CONVER... <https://mail.google.com/mail/u/0/?ui=2&ik=3a1c02568&vie>

000401

 Angel Figueroa <afigueroa@grupogesa.com>

precios de glp establecidos CONVERZADO CON EL SR JOSUE NORIEGA

Grifos Espinoza <santaluisa@grifosespinoza.com> 22 de junio de 2012, 17:20
Para: Francisco Ponte <fponte@grupogesa.com>, afigueroa@grupogesa.com

Señor francisco buenas tardes como sabra nos reunimos hoy a las 11:00 am la comision donde estaba incluido yo y visitamos todas las estaciones de chimbote y nuevo chimbote
La agenda para realizar esta visita era:

- Ponerse de acuerdo en subir el precio del Glp en la ciudad de chimbote, precio actual promedio, 1.63, nuevo precio promedio 1.85 en nuevo chimbote y chimbote viejo
sera de S/ 1.87, ESTO SERA A PARTIR DE HOY A LAS 10 PM O MAS TARDAR EL DIA DE MAÑANA 07:00 AM
- Segun el comentario del presidente de esta asociacion el Sr Josue Noriega hay un comentario que se a filtrado que el combustible va a bajar o subir la proxima semana en caso de haber una baja, el precio que se va a establecer en conjunto sera de considerar solamente el 50 % de dicha baja y en caso subiera considerar el alza, mas 15 puntos a nivel de todos los grifos, todos aceptaron.
- Actualmente esta asociacion no cuenta con ningun local, tambien se vio la posibilidad que cada socio dea mensualmente S/ 100,00 nuevo soles para poder de una vez contar con una oficina, (alquilado) con una secretaria, que pueda realizar labores concernientes a la asociacion.
- Realizar las denuncias de los grifos clandestinos ante las entidades de control (Osinerning, Ministerio publico) por la venta de combustible informal

sin otro particular



Correo del 19.07.2013 (Hoja 36 del EA digitalizado. Tomo 5. Ver hoja 1280 del EA físico)
Se acuerda elevar el precio del GLP de 1.65 a 1.67 Soles

001283

De: chimbote corp sac [chimbotecorpsac@hotmail.com]
Enviado el: viernes, 19 de julio de 2013 07:06 p.m.
Para: osiofaza78@hotmail.com; jongetuisvega@hotmail.com; GREFAN; LA UNION SAC
Asunto: HUGO CHU; costa gas erika gomez; TRANSERSA
variacion de precio gip

Señores Asociados

En Reunión con los sres de Dimecsa se acordó que ellos realizaran su cambio de precios de gip a s/. 1.65 a partir de las 11pm en su cambio de turno, con el compromiso de que los asociados deberemos realizarlo al día siguiente a s/.1.67.

Sin otro particular

Atte

ing Josue Noriega Raveio
Presidente Asociacion de Grifos Ancash Costa

4.2.3. UNR sostiene que ninguna de las comunicaciones cursadas hace referencia directa o indirecta a su representada. Asimismo, indica que tampoco remitió correo a la Asociación que tuviera como contenido información relativo a los acuerdos tomados para la concertación de precios.

Del análisis de la sentencia, consta que en los considerandos del 10.11 al 10.24 el *a quo* realizó una evaluación de cada uno de los **Episodios** identificados por INDECOPI como puntos en los cuales se produjeron los incrementos concertados de precio del GLP; determinando que los incrementos de cada periodo eran concordantes con las comunicaciones remitidas por correo electrónico. A su vez, la Resolución N° 099-2017/CL S-INDECOPI (confirmada por la Resolución N° 0225-2019/SDL-INDECOPI), elabora un análisis diferenciado para cada *Episodio*, efectuando el correlativo entre los acuerdos arribados en cada etapa y la evidencia económica generada. Así, cada acuerdo de incremento de precio se vio reflejado en un aumento que coincidía con lo concertado. [Ver: Cuadro 33 del Anexo 5 de la R.A. 099-2017/CLS-INDECOPI¹⁷]

¹⁷ Hoja 417 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 25). (Hoja 9011 del EA físico)



Es pertinente remarcar que UNR **no cuestiona el contenido, validez o pertinencia de los correos remitidos por la Asociación**, ni los correos de respuesta; sino que centra su defensa en afirmar que su representada no tuvo participación, injerencia, ni voluntad de integrar los acuerdos arribados en virtud las reuniones llevadas a cabo por diversos asociados, destinadas a obtener un incremento del GLP.

- 4.2.4. En relación a su participación en los acuerdos, de la declaración asimilada contenida en el escrito de apelación de sentencia (último párrafo de la página 11 del escrito impugnatorio), consta que UNR reconoce que sí fue asociada de la citada institución; pero que, pese a su condición de miembro, no tuvo participación en ninguna decisión relativa a la determinación de la supuesta concertación de precios, máxime si -refiere- UNR no figura en ninguno de los correos como remitente.

Respecto a este punto, la sentencia en su considerando 17.3 consignó que dicha circunstancia [la de ser asociado], constituía un **indicio** válido a efecto de determinar el conocimiento de las conductas colusorias materia de investigación, considerando que el hecho de que no existiera una aprobación expresa de los acuerdos por parte de UNR no implica la ausencia de responsabilidad; y reafirmó dicho razonamiento en el considerando 17.4, al señalar que para el caso de UNR no existe una prueba directa de que dicha empresa hubiera participado en los acuerdos, por cuanto no consta un correo o comunicación donde se haga mención directa a su participación.

- 4.2.5. En relación a lo expuesto, la impugnación cuestiona el análisis probatorio de la sentencia por otorgar mérito probatorio a pruebas no directas de la participación de UNR en las concertaciones.

Respecto a dicho cuestionamiento, hemos de tomar en cuenta que el artículo 166° de la Ley 27444 contempla como medios de prueba a recabar antecedentes, a los documentos, informes, dictámenes, declaraciones de los administrados, testigos, peritos, a la consulta de documentos y actas y la realización de inspecciones oculares. Toda esa actuación probatoria estará dirigida a llegar a la verdad material contemplada en el artículo IV inciso 1.11 de la Ley 27444, principio mediante el cual la administración queda habilitada para adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun



cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

- 4.2.6. Además, el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1 034 dispone que la finalidad de la ley de represión de conductas anticompetitivas es la de prohibir y sancionar aquellas conductas anticompetitivas a fin de conseguir eficiencia económica en los mercados; y el artículo 15.3 de la citada norma¹⁸ faculta a la Secretaría Técnica, órgano instructor, a requerir todo tipo de documentación, realizar inspecciones y acciones necesarias para la conducción de las investigaciones; por lo que el empleo de prueba indiciaria está permitido por Ley.

En tal sentido, la administración no incurre en causal de nulidad por el uso de sucedáneos probatorios, máxime si, dada su naturaleza, una posible concertación de precios no puede demostrarse con prueba directa (contratos o pactos acordados entre los participantes), pues esta no existe o nunca llega a encontrarse (ya que los infractores se ocupan de desaparecerla).

Por ello, las prácticas concertadas se demuestran mediante la conjunción del comportamiento o actuación coordinada de los infractores en el mercado (paralelismo), y de otros elementos de juicio o evidencias que, indirectamente y a través de inferencias, permitan concluir que existió un concierto de voluntades entre los competidores (prueba indirecta).

¹⁸ 15.3. Para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para:

(a) Exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

(b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, en vídeo, disco compacto o cualquier otro tipo de instrumento electrónico.

(c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública.

La Secretaría Técnica deberá obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso hubiera negativa a la entrada en los locales o éstos estuvieran cerrados, así como para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos (...)



Es por ello que resulta válido y pertinente el recurrir a la prueba indirecta o indiciaria.

Finalmente, el artículo 188 del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente al proceso contencioso administrativo establece que los medios probatorios tienen como finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes. Asimismo, el artículo 275 de la referida norma, establece que: “Los sucedáneos *son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.*” (Resaltado nuestro). Así, conforme lo estipula el Código Procesal Civil, el Juez puede fundamentar su fallo realizando una valoración conjunta de medios probatorios sucedáneos, siempre que la valoración conjunta de dichos sucedáneos se haga de forma razonada, y se explique los motivos por los cuales el conjunto de sucedáneos logra causar convicción al Juez. Ergo, **no existe impedimento en que un fallo judicial sea consecuencia únicamente del análisis de sucedáneos**, siempre que se cumplan con los criterios anteriormente expuestos.

En consecuencia, no es estimable el cuestionamiento de la sentencia en virtud de sustentar su fallo en pruebas indiciarias.

- 4.2.7. Sin perjuicio de lo expuesto, a efecto de proseguir con la absolución de los agravios, es necesario evaluar cuáles fueron los sucedáneos probatorios valorados por el *a quo*. Conforme consta del fundamento 10.25 de la sentencia, se tomó en cuenta que la base de la resolución administrativa impugnada es la **evidencia económica**, por cuanto es de ésta que se logró determinar el **paralelismo**¹⁹ existente entre la conducta de UNR con cada uno de los acuerdos colusorios adoptados.
- 4.2.8. Está acreditado que por medio de correos de coordinaciones, la Asociación efectuó coordinaciones entre el periodo de 2012 a 2014 a efecto de elevar el precio del GLP. Dado que la responsabilidad de UNR fue establecida por medio de prueba indiciaria y en función a la **evidencia económica** hallada, es menester evaluar si tal

¹⁹ “En la teoría económica, el paralelismo consciente se refiere a la uniformidad de comportamiento, ya sea en precios o en otra conducta competitiva, comúnmente mostrada por empresas en una industria oligopolística que venden un producto homogéneo.” Definición obtenida de: FLINT, Pinkas, “Estudio exegético del D.L. 701”, PUCP Fondo Editorial 2002. Pp. 1032.



razonamiento tiene la suficiencia para determinar la responsabilidad de la empresa UNR en los cargos imputados.

UNR sostiene que la fijación de sus precios responde a *los costos y gastos, así como el aplicativo facilito, aunado a la oferta y la demanda en el mercado con lo cual se determinaban los precios con los que se llegaba al consumidor final [pricing]*²⁰

En tal sentido, según De Jaime (2007)²¹ debe entenderse al *pricing* como un proceso que supone la coordinación de las decisiones de marketing y ventas y de las decisiones financieras, asegurando el equilibrio entre valor y costes de los productos; siendo sus elementos estratégicos para la fijación de precios: (i) Las técnicas y las herramientas internas (como las técnicas de cálculo de costes, fijación de estructuras de precios y agrupación de precios); (ii) La percepción del valor para el consumidor; (iii) Las estrategias del valor competitivo.

Siendo el argumento de defensa de UNR que los precios fijados en el periodo investigado fueron resultado de la oferta y la demanda, sobre la base del cálculo de sus costos y gastos; y no el resultado de la aplicación de acuerdos.

- 4.2.9. Conforme el punto 416 de la Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI²² el **paralelismo** puede manifestarse con: (i) la existencia de precios idénticos o similares en los productos ofrecidos por los agentes de mercado; (ii) tendencias idénticas, similares o convergentes en las variaciones de precios; tomando en cuenta que, la existencia de paralelismo en la fijación de precios *per se*, no es indicativo de la existencia de acuerdos colusorios.

Más bien, debe analizarse si existe correlación en circunstancias externas con la evolución de los precios del producto investigado. Esto es, si en forma no justificada se produce uniformemente una elevación de precios, analizando la línea temporal con la finalidad de establecer si la convergencia se da en puntos concretos o si ésta es continuada; si la variación es única, o si presenta diferentes variaciones uniformizadas.

²⁰ Hoja 13 de su escrito de demanda [Sobre la determinación del *pricing*]

²¹ De Jaime Eslava, José. "*Pricing*: Nuevas estrategias de precios". ESIC Editorial. Madrid, 2007. Pp. 33 y 34. Versión digital en: https://books.google.com.pe/books?id=KZ03AsTP0UIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

²² Hoja 141 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 25). (Hoja 11403 del EA físico)



Una evidencia de que la situación de paralelismo o convergencia de precios no es producto de la sana competencia, sería la confirmación de la existencia de un pacto o acuerdo entre los agentes económicos del producto afectado.

4.2.10. En el caso que nos avoca, del tenor de los correos electrónicos intercambiados entre los asociados, se observa que los cambios de precio obedecieron a acuerdos tomados entre los agentes económicos [se consigna ejemplos, a modo ilustrativo]:

Correo del 31.08.2013 (Hoja 30 del EA digitalizado. Tomo 1. Ver hoja 30 del EA físico)
Se hace referencia a un acuerdo para igualar los precios

Silvia Cruz

De: estacionchimbote <estacionchimbote@energigas.com>
Enviado el: sábado, 31 de agosto de 2013 02:21 p.m.
Para: Luis Lengua (luislengua@energigas.com)
Asunto: PRICING AL 31/08 // EDS CHIMBOTE
Datos adjuntos: PRICING.xls
Categorías: Categoría roja

Luis buenas tardes, adjunto pricing para igualar al cambio de turno, Dimexsa esta en 1.69 y greffan espera nuestro cambio para igualarse.

Saludos.

GENARO TUPAYACHI HUAMAN
Administrador EDS Chimbote
ENERGIGAS S.A.C
E-mail: estacionchimbote@energigas.com
Calle 3850 Miraflores Alto
#994271033
Fijo: 043 203467



Correo del 18.01.2014 (Hoja 33 del EA digitalizado. Tomo 1. Ver hoja 33 del EA físico)
Se hace referencia a un cambio de precio acordado

From: "estacionchimbote" <estacionchimbote@energigas.com>
Date: Sat, 18 Jan 2014 09:42:24 -0500
To: <mbogani@energigas.com>
Cc: Ernesto Bettocchi <ebettocchi@energigas.com>
Subject: PRICING COGECO

Estimado Marco se detalla lo solicitado

Importante :

Converse con la Srta. Susana Coronel Administradora de Cogeco e indico que ya tiene VoBo. De Gerencia para proceder cambio de Precio hoy día Sábado 18/01 a horas 02:00 p.m.

CHIMBOTE - PRECIOS ACTUALES	S/. 14.42	S/. 15.28	S/. 16.86	S/. 18.87	S/. 19.98	S/. 1.86
ESTACION CHIMBOTE	DB5-S50	G 84	G 90	G 95	G 97	GLP
COGECO - AV ENRIQUE MEIGGS CDRA 28	S/. 14.33	S/. 14.98	S/. 16.45	S/. 18.25		S/. 1.86



De lo que, se evidencia que en las comunicaciones cursadas se coordinaba la variación de precios, conminando a los agentes que no se plegaban a lo pactado a alinearse a los precios establecidos.

Esta circunstancia es un hecho que afecta en forma directa la variación de precios del GLP, ya que los acuerdos tenían justamente la finalidad de concertar precios.

4.2.11. Ahora, -conforme se ha consignado previamente-, UNR sostiene que no tomó parte de los acuerdos, manifestando que sus precios obedecieron al *pricing*. En contraparte, el *a quo* considera que las variantes en los precios responden a un paralelismo producto de las concertaciones efectuadas.

Analizando la **Resolución N° 0225-2019/SDC-INDECOPI**, se aprecia que desde el punto 665 al 1536²³ INDECOPI analiza cada uno de los 15 episodios [correspondiendo cada episodio a una variación en los precios del GLP], correlacionando las variaciones de precios a los correos de acuerdos remitidos por los asociados. Se reitera que, **UNR no cuestiona la existencia ni el contenido de los correos**, sino que niega su participación en dichas comunicaciones; por lo que, para los efectos de la presente causa, dichas comunicaciones no son controvertidas, procediendo a analizar su contenido.

Respecto de los episodios 1 y 2²⁴

[Fundamento 666 a de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 1 de GESA [agente económico] donde se hace referencia al acuerdo por el cual el precio se elevaría de 1.63 a 1.85 en Nuevo Chimbote y 1.87 en Chimbote Viejo, a partir del 22 de junio (máximo 23 de junio) de 2012 (fundamento 670), y la Comunicación 2 de SOLGAS de fecha 3 de julio de 2012 (fundamento 677), con la que se informa que se ha elevado el precio a S/ 1.85, y que se espera que para el día 3 de julio de 2012 varíen a S/. 1.82

La evidencia económica [condensada en la Tabla 4]²⁵ demuestra que UNR varió su precio de S/ 1.69 a S/ 1.87, variación que se produjo el día 23 de junio de 2012, fecha que coincide con el acuerdo arribado en los correos electrónicos. Esta misma figura se da para el día 3 de julio, donde UNR varía su precio de S/. 1.87 a 1.84, hasta el día 31 de agosto de 2012, variación que coincide con la Comunicación 2.

Es decir, se produjo una alineación simultánea al precio colusorio.

²³ Hoja 205 a 416 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 31). (Hoja 11405 a 11546 del EA físico)

²⁴ Hoja 205 a 220 del expediente administrativo digitalizado. (Tomo 31). (Hoja 11405 a 11442 del EA físico)

²⁵ Hoja 211 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11438 del EA físico)



Respecto del episodio 3²⁶

[Fundamento 727 a de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 4 de la empresa DAYTONA de fecha 26 de marzo de 2023 (fundamento 730) la cual tiene como asunto “*Reunión Cambio de Precio GLP*”. Se menciona que si bien el correo no indica el precio arribado en el acuerdo, se puede hacer el correlativo con las evidencias económicas a efecto de verificar si se produjo cambio a raíz de dicha reunión. En tal sentido, consta en la Tabla 6 [fundamento 736]²⁷ que a partir del 3 de abril de 2023 UNR elevó el precio de GLP de S/ 1.43 a S/ 1.55, **modificación de precios que se produjo en forma simultánea con los otros agentes económicos.**

Respecto del episodio 4²⁸

[Fundamento 781 a de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 5 emitida por CHIMBOTE CORP, de fecha 10 de abril de 2012 convocando a reunión, y la Comunicación 6²⁹ de la empresa DAYTONA de fecha 17 de mayo de 2013, donde se envía la lista de precios mínimos a modificar, consignando para el GLP un valor de S/ 1.62. En la Tabla 7 [Fundamento 788]³⁰ Se aprecia que **UNR varió su precio a S/ 1.62 a partir del 23 de abril de 2013, siendo una de las primeras empresas en efectuar dicha modificación.** Al 27 de abril todos los agentes económicos ya habían modificado su precio al valor indicado.

Respecto del episodio 5³¹

[Fundamento 845 de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 7 [fundamento 848] emitida por la empresa GREFAAN, de fecha 9 de julio de 2013, donde se informa que por acuerdo de la Asociación a partir de dicha fecha los precios de GLP variarían a un precio mínimo de S/ 1.61. En la Tabla 8 [fundamento 855]³² se aprecia que con fecha 9 de julio de 2013, esto es, en la fecha pactada, UNR varió sus precios a S/ 1.62, **modificación se efectuó en paralelo con los demás agentes económicos.**

Respecto del episodio 6³³

[Fundamento 907 de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 8 emitida por GREFAAN con fecha 19 de julio de 2013, indicando que los asociados debían efectuar una variación de precios para el 20 de julio, a un monto de S/ 1.67; siendo que de la Tabla 9 de indicativo económico (fundamento

²⁶ Hoja 220 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11443 del EA físico)

²⁷ Hoja 224 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11444 del EA físico)

²⁸ Hoja 231 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11448 del EA físico)

²⁹ Hoja 231 y 232 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11448 y 11449 del EA físico)

³⁰ Hoja 236 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11450 del EA físico)

³¹ Hoja 249 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11457 del EA físico)

³² Hoja 253 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11459 del EA físico)

³³ Hoja 261 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11463 del EA físico)



928)³⁴, se aprecia que UNR aplicó el precio indicado en la reunión, y para el día 20 de julio de 2013 elevó el precio del GLP a S/ 1.67.

Respecto del episodio 7: No se concretó acuerdo alguno.

Respecto del episodio 8³⁵

[Fundamento 989 de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 17 (fundamento 996)³⁶ emitida el 30 de agosto de 2013 por GRUPO COPETROL, donde se consigna que **de acuerdo a lo propuesto en la reunión** el precio de GLP quedaría establecido en S/ 1.72 desde las 10pm de dicho día; siendo que de la Tabla 10 de precios de GLP³⁷ (fundamento 1006) se verifica que con fecha **31 de agosto de 2013 UNR varió su precio de GLP de S/ 1.66 a S/. 1.72; coincidiendo con el acuerdo realizado.**

Respecto del episodio 9: No se concretó acuerdo alguno.

Respecto del episodio 10³⁸

[Fundamento 1087 de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 22 (fundamento 1096)³⁹ remitida por GRUPO COPETROL con fecha 11 de octubre de 2013, indicando que a partir de esa fecha a las 11pm se variaría el precio de GLP a S/ 1.76; y, de la Tabla 11 (fundamento 1103)⁴⁰ que condensa la información económica de variación de precios del GLP, **UNR varió el precio de GLP a S/ 1.76 con fecha 11 de octubre de 2013, lo cual coincide con los acuerdos expresados en el correo.**

Respecto del episodio 11⁴¹

[Fundamento 1087 de la R.A.] No existe evidencia física, comunicaciones donde se pueda verificar acuerdo alguno respecto de este periodo; sin embargo, INDECOPI acudió a evidencia económica, con la finalidad de establecer si se había arribado a algún acuerdo económico respecto del precio del GLP; siendo que, de la Tabla 12⁴² (fundamento 1169) se consigna que con fecha 19 de octubre de 2013, **las investigadas variaron sus precios de S/. 1.76 (precio pactado en el Episodio 10), a S/. 1.80;** en forma uniforme y concertada; no existiendo evidencia que justifique que esta variación responda a un mecanismo de *pricing*. Pasaron de un precio colusorio, previamente pactado y sustentado con comunicación, a otro.

³⁴ Hoja 275 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11470 del EA físico)

³⁵ Hoja 288 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11476 del EA físico)

³⁶ Hoja 290 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11477 del EA físico)

³⁷ Hoja 296 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11480 del EA físico)

³⁸ Hoja 313 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11488 del EA físico)

³⁹ Hoja 316 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11490 del EA físico)

⁴⁰ Hoja 320 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11493 del EA físico)

⁴¹ Hoja 330 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11498 del EA físico)

⁴² Hoja 333 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11499 del EA físico)



Respecto del episodio 12⁴³

[Fundamento 1218 de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 23 (fundamento 1223) remitida por la empresa GESA, de fecha octubre de 2013; en mérito de la cual se pactó subir el precio del GLP a S/ 1.83; siendo que tal incremento tiene su correlativo en la evidencia económica, conforme se desprende de la Tabla 13 (fundamento 1229)⁴⁴, **con fecha 25 de octubre UNR varió su precio de GLP a S/ 1.83, concordando con el acuerdo registrado en la comunicación de GESA.**

Respecto del episodio 13⁴⁵

[Fundamento 1282 de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 25 y 26⁴⁶ remitida por SOLGAS y ENERGIGAS, de fechas 8 y 18 de enero respectivamente, donde se hace referencia a un acuerdo de modificación de precio de SLP a S/ 1.86; indicando que a la fecha de emisión del correo ya existían algunas empresas que habían implementado dicho precio [consigna en la Comunicación 25: "existen otras EESS con ese precio"], siendo necesario alinear a los faltantes. Lo expuesto en dichas comunicaciones se traslada a la evidencia económica, conforme se desprende de la Tabla 14 (fundamento 1299)⁴⁷ por cuanto **UNR modificó su precio de S/ 1.83 (precio pactado en el Episodio 12) a S/ 1.86 con fecha 1 de abril de 2014.**

Respecto del episodio 14⁴⁸

[Fundamento 1362 de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 27 (fundamento 1366) emitida por COGECO, con fecha 17 de enero de 2014, donde solicita en su Fragmento 3 la hora para realizar el cambio de precio, indicando que si las demás empresas ya han realizado el cambio se le indique para "*poder alinear nuestros precios sin necesidad de restar margen ni de perder volumen de ventas*"; y si bien no se hace mención expresa al GLP, sí se hace mención a coordinaciones para alinear los precios de combustibles. Siendo que, las coordinaciones a las cuales se hace referencia en las comunicaciones se ve reflejada en la evidencia económica condensada en la Tabla 15 (fundamento 1370)⁴⁹, en la que se aprecia que **URN modificó su precio de S/ 1.86 (pactado en el Episodio 13) a S/. 1.96, evidenciándose una variación en bloque en el precio indicado.**

⁴³ Hoja 342 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11503 del EA físico)

⁴⁴ Hoja 346 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11505 del EA físico)

⁴⁵ Hoja 357 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11511 del EA físico)

⁴⁶ Hoja 359 y 360 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11512 y 11513 del EA físico)

⁴⁷ Hoja 364 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11514 del EA físico)

⁴⁸ Hoja 376 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11520 del EA físico)

⁴⁹ Hoja 381 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11523 del EA físico)



Respecto del episodio 15⁵⁰

[Fundamento 1424 de la R.A.] Se tomó como referencia la Comunicación 29 emitida por ENERGIGAS con fecha 7 de febrero de 2014⁵¹ donde se consigna que a partir del 8 de febrero el precio del GLP tendría que ser elevado a S/ 2.04; información que se trasladó a la evidencia económica plasmada en la Tabla 16 (fundamento 1433)⁵², **por cuanto se aprecia que UNR varió el precio del GLP el día 8 de febrero, conforme lo acordado.**

4.2.12. Es importante señalar que UNR manifiesta que la INFORMACIÓN técnica brindada por INDECOPI no demuestra nada, considerando que no tiene sustento en la realidad; sin embargo, los datos se obtuvieron del mérito de las comunicaciones que han sido detalladas en los párrafos anteriores [las cuales no han sido controvertidas por el impugnante], así como del Sistema FACILITO⁵³ de OSINERGMIN, sistema de información en mérito del cual todos los comercializadores formales de combustibles están obligados a reportar las actualizaciones de sus precios de venta en el Facilito. Es decir, la información de FACILITO [con la cual se elaboraron los cuadros de evidencia económica] proviene de los propios agentes de mercado.

4.2.13. UNR no presenta evidencia alguna que desvirtúe la información económica empleada por INDECOPI; y si bien la información consignada en FACILITO no constituye *per se* una prueba de acciones de concertación de precio, ésta, conjugada con las comunicaciones emitidas por la Asociación [detalladas por Episodio en los acápites anteriores], permite ver un patrón de paralelismo concertado; por cuanto cada acuerdo expresado en los correos electrónicos se trasladaban a la realidad económica, visualizándose modificaciones de precio en bloque, con coincidencia de fechas [las fechas de acuerdo de los correos coinciden con las fechas de modificación de precios en FACILITO]

4.2.14. Finalmente, respecto a que quienes efectuaron las reuniones constituyen una minoría respecto del total de distribuidoras de GLP en la provincia de Santa; tenemos que, aún si no todos los agentes económicos de la provincia estuvieron implicados, la infracción

⁵⁰ Hoja 390 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11527 del EA físico)

⁵¹ Hoja 393 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11523 del EA físico)

⁵² Hoja 395 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). (Hoja 11530 del EA físico)

⁵³ Este sistema se implementó como parte de la aplicación del Decreto Supremo N° 043-2005-EM, mediante el cual se estableció la obligatoriedad que todos los agentes de la cadena reporten sus precios de lista en el sistema creado por OSINERGMIN para tal efecto



alcanza a todos lo que participaron en el proceso de concertación de precios.

4.2.15. De forma tal que, pese a que UNR no es mencionada en los correos, su conducta en la fijación de precios es acorde con los acuerdos de concertación de precios de GLP; con lo que, no corresponde amparar los agravios formulados en este extremo.

4.3. Respecto a que se empleó prueba prohibida.

4.3.1. El impugnante refiere que INDECOPI ha actuado prueba ilícita, por cuanto el acceso a comunicaciones privadas únicamente puede darse con una autorización judicial, requisito que estuvo ausente en el presente caso; por lo que, la prueba derivada de dichas comunicaciones es nula y no puede ser empleada en el procedimiento.

4.3.2. Miranda Estrampes (2010) sostiene que *por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales*⁵⁴; siendo en el caso concreto el derecho fundamental cuya afectación se invoca, el derecho a la privacidad de las comunicaciones, amparado en artículo 2º, inciso 10 de la Constitución Política del Perú. El impugnante sostiene que para poder acceder a los correos que dieron sustento a la denuncia, INDECOPI tendría que haber contado con autorización judicial; pero en este caso, se accedió a la información sin dicho requisito, produciéndose la afectación indicada.

4.3.3. Conforme lo expone el *a quo* en el fundamento 12.2 de la sentencia la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en los literales a) y c) del artículo 15º inciso 3), otorga a la Secretaría Técnica (órgano instructor) la potestad de efectuar inspecciones, incluso sin notificación previa, y de exigir todo tipo de documentación, en formato físico, digital o virtual.

4.3.4. Ahora, es cierto que la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones es un derecho constitucionalmente protegido, y el acceso a esta información requiere de autorización judicial en aquellos casos que el poseedor de dichas comunicaciones

⁵⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones". Revista Catalana de Seguretat Pública. Mayo 2010. Pp. 133
Versión digital en: <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>



presente negativa a exhibir su contenido. Tal situación implica que, para que la administración acceda al contenido de las comunicaciones, el juez debe de emitir autorización.

4.3.5. Sin embargo, en los casos en los que los administrados acceden en forma voluntaria a compartir la información contenida en sus comunicaciones, no se requiere de la autorización judicial. A modo ilustrativo, obra el Acta de Visita Inspectiva realizada a ENERGIGAS⁵⁵, donde la empresa entregó la información digital de la computadora de su representante; recabándose copias de los correos electrónicos⁵⁶; así como en el Acta de Visita de Inspección efectuada a la empresa GREFAAN SA⁵⁷, donde se consigna que la empresa proporcionó la información contenida en los correos electrónicos de la empresa; Actas que fueron suscritas por las empresas en señal de conformidad.

4.3.6. En consecuencia, no se observa afectación a los derechos fundamentales de los administrados investigados, ya que fueron estos los que entregaron la información a la administración; motivo por el cual no fue necesario contar con autorización judicial para acceder al contenido de los correos cursados.

Correspondiendo desestimar el agravio citado en este extremo.

4.4. Respetto a la vulneración al principio de tipicidad.

4.4.1. El impugnante refiere que la práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo anticompetitivo no se encuentra contemplada taxativamente y/o expresamente señalada en el numeral 11.1 del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Conductas Anticompetitivas, por lo tanto, no se cumple con el principio de legalidad.

4.4.2. En relación a lo expuesto, de acuerdo al **Principio de Tipicidad**, constituyen conductas Sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales. La Ley N°2744 4 establece en el artículo 230° numeral 4, lo siguiente: *Solo constituyen*

⁵⁵ Hoja 27 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 1). (Hoja 27 del EA físico)

⁵⁶ Hoja 30 a 34 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 1). (Hoja 30 a 34 del EA físico)

⁵⁷ Hoja 31 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 5). (Hoja 1276 del EA físico)



conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

- 4.4.3. Si bien con el principio de tipicidad se pretende que las conductas sancionables se encuentren establecidas con la mayor precisión posible y que puedan conocerse la totalidad de las conductas pasibles de constituir infracción; no obstante, la realidad evidencia que ello es imposible, lo cual no puede ser óbice ni excusa para que la Administración Pública no cumpla con su rol sancionador.
- 4.4.4. Este hecho, hace que la aplicación del principio de tipicidad deba efectuarse bajo otros parámetros de exigencia, pues si buscamos que las normas contengan un listado cerrado de infracciones descritas exhaustivamente, las entidades no podrán garantizar una represión de todas las conductas que puedan constituir infracciones.

El impugnante sostiene que, el juez no ha valorado que la conducta imputada por INDECOPI no se encuadra en el tipo legal infractor, por cuanto, la Resolución N° 0225-2019/S DC-INDECOPI, de fecha 20 de diciembre de 2019, resolvió:

“PRIMERO: Confirmar en parte, modificando fundamentos, la Resolución 099-2017/CLC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2017, en la medida que sancionó a Servicentro UNR S.A.C. y otros agentes, por la comisión de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo anticompetitivo, con la finalidad de fijar los precios de venta del Gas Licuado de Petróleo vehicular en la ciudad de Chimbote –en diversos episodios– durante los años 2012, 2013 y 2014, infracción tipificada en los artículos 1 y 11.1 inciso a) del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

[...]

- 4.4.5. Las **prácticas colusorias horizontales** son las que se producen entre agentes económicos competidores que realizan acuerdos, toman decisiones, hacen recomendaciones o conciertan prácticas entre sí con la finalidad de restringir, impedir o falsear la libre competencia. El artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 así lo



establece y entre las prácticas reconoce como tales a las siguientes:

«Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales. -

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

(a) **La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio [...]**».

Constituyendo dichas conductas, prohibiciones absolutas; esto es, *la fijación de precios resulta sancionable independientemente del mecanismo utilizado, en la medida en que una restricción en una variable competitiva esencial como el precio puede ser alcanzada por diversas vías, igualmente reprochables*⁵⁸

4.4.6. De forma que, contrariamente a lo expresado por el impugnante, la infracción imputada se encuentra expresamente tipificada en el Decreto Legislativo N° 1034 (Literal a, artículo 11 °2), motivo por el cual corresponde desestimar los agravios formulados en este extremo.

4.5. Respecto a que no se acreditó que la Asociación de Estaciones de Servicios Ancash Costa haya sido la plataforma facilitadora de la práctica colusoria:

4.5.1. El impugnante refiere que no se tomó en cuenta que no se logró acreditar que UNR haya estado presente en alguna reunión de la citada Asociación, que hubiera firmado algún tipo de acta dando valor a los acuerdos adoptados o que formalizara mediante algún conducto alguna comunicación autorizando la realización de las reuniones. Sostiene además que ninguno de los actos emitidos por la Asociación es válido, por cuanto el artículo 87° del Código Civil consigna que para la validez de las reuniones de asamblea se requiere en primera convocatoria la concurrencia de más de la mitad de los asociados, y en segunda, cualquier número de asociados.

⁵⁸ DÁVILA BRONCANO, Rosa Liliana. "Mercado y Conductas Anticompetitivas". Revista Ius et Praxis N°48-49, Año 2017-2018. Pp. 133.

Versión digital en:

https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/download/4502/4421/



- 4.5.2. Conforme ha sido desarrollado previamente, el hecho de que UNR no haya estado presente en las reuniones o hubiera algún correo dirigido a su empresa o remitido por esta en el que se discutiera el tema de la concertación de precios; lo cierto es que la evidencia económica traducida en el paralelismo en la variación de precios [variaciones que coincidían con las fechas pactadas en los correos para la modificación de precios], es un indicio lo suficientemente sólido para determinar su participación activa en la concertación de precios, al actuar en forma acorde con los acuerdos de fijación de precios contenidos en las comunicaciones remitidas por los miembros de la Asociación implicados en la presente infracción.
- 4.5.3. De otro lado, el invocar el artículo 87° del Código Civil, para intentar restar validez a los acuerdos carece de asidero; por cuanto la finalidad de las reuniones era arribar a acuerdos de concertación/fijación de precios, rompiendo el equilibrio de las normas del libre mercado; conducta que *per se* constituye una infracción; por lo que, más que pretender invalidar dichos acuerdos por alguna carencia de formalidad (ausencia de quorum de los miembros de la asociación); éstos son en sí mismos ilegales y sujetos a una sanción por contravención a las normas de la libre competencia contempladas en el Decreto Legislativo N° 1034.
- 4.5.4. Asimismo, si bien indica que la Asociación no fue la plataforma para impulsar las reuniones, lo cierto es que de los correos cursados se puede determinar que la intención de los acuerdos era que los asociados aceptaran alinear sus precios; independientemente si la totalidad de los miembros aceptó dichos acuerdos, lo cierto es que sí hubo empresas que concertaron para fijar los precios del GLP en el periodo investigado, entre las cuales se encuentra UNR.

Motivo por el cual, corresponde desestimar los agravios esgrimidos en este extremo.

- 4.6. **Respecto a que se vulneró el principio de imparcialidad en el procedimiento administrativo contra los actos de libre competencia:**



- 4.6.1. El impugnante refiere que por el principio de comunidad de la prueba hace suyo los informes presentados por la empresa investigada ENERGIGAS quien presentó dos informes legales elaborados por los señores Enrique Priori Santoro⁵⁹ y José Antonio Tirado Barreda⁶⁰, que refieren la necesaria separación funcional que debe existir entre el órgano instructor y el órgano resolutorio, a efecto de asegurar la imparcialidad en los procedimientos administrativos sancionadores, no habiendo ocurrido esto en el presente caso.
- 4.6.2. Conforme indica expresamente en su Exposición de Motivos⁶¹, el Decreto Legislativo 1034 prevé normativamente la separación funcional de la Comisión y la Secretaría Técnica. Esta separación se encuentra regulada en los artículos 14⁶² y 15⁶³ de la norma.

Compete al secretario técnico imputar los cargos, investigar y opinar si los investigados han realizado o no una o más de las conductas anticompetitivas imputadas, emitiendo la resolución de admisión a trámite de procedimiento. Asimismo, está encargado de las indagaciones preliminares y de la investigación correspondiente luego de iniciado el procedimiento sancionador, recopilando los medios probatorios que considere pertinentes, así como analizando aquellos aportados por las partes.

El resultado de las investigaciones formuladas por la Secretaría Técnica, se plasman en un Informe Técnico, el cual contiene su opinión sobre los hechos investigados y la existencia o inexistencia de infracción.

Una vez emito el Informe Técnico concluye la fase de instrucción y los actuados se trasladan a la Comisión de Defensa de la Libre

⁵⁹ Hoja 430 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 27). (Hoja 9832 del EA físico)

⁶⁰ Hoja 453 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 27). (Hoja 9855 del EA físico)

⁶¹ https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf

⁶² Artículo 14.- La Comisión.-

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente;

(...)

⁶³ Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.



Competencia, que es un órgano resolutorio con autonomía técnica y funcional, que tiene función resolutoria, decidiendo si los investigados infringieron la ley y determinar la sanción a aplicar, de ser el caso. Cabe señalar que, dada la autonomía de cada órgano, en caso la Comisión decidiera que los investigados no cometieron infracción, la Secretaría Técnica puede impugnar lo decidido.

- 4.6.3. Así, *aunque en el INDECOPI la investigación/acusación y la resolución se concentran en una misma institución, en el procedimiento se separan la instrucción/investigación y la resolución de los expedientes*⁶⁴; contando cada órgano autonomía funcional que garantiza la imparcialidad en la resolución de los casos.

En consecuencia, corresponde desestimar los agravios formulados en dicho extremo.

4.7. **Respecto de la determinación del *pricing*:**

- 4.7.1. El impugnante refiere que jamás existió la concertación que se les pretende imputar, siendo que los precios se fijaron teniendo en cuenta los costos y gastos, así como el aplicativo *FACILITO*, sin existir ningún tipo de colusión debido a la proximidad de las Estaciones de Servicios; tomando en cuenta que los precios pueden variar en función a cuánto el clientes estaría dispuesto a pagar por un producto o servicio, intentando obtener la empresa el máximo provecho o ganancia posible.
- 4.7.2. El *pricing* se basa en la fijación de precios, acorde con las necesidades del mercado y los objetivos del comercio, buscando que los precios sean atractivos para los consumidores y rentables para las empresas.

El impugnante sostiene que la variación de precios responde al *pricing*, por cuanto dado que las estaciones de GLP en la provincia de Santa se encuentran geográficamente cercanas las unas de las otras, por lo que las variaciones de precios en los

⁶⁴ Marcos, Francisco. "El derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador peruano en materia de defensa de la competencia ante INDECOPI". Working Papers. Editado por IE-Law School, Madrid-España. Año 2020. Pp. 10
Versión digital en:
<https://ssrn.com/abstract=3728911>



competidores eran un indicativo para poder variar los precios, con la finalidad de ser competitivos en el mercado.

- 4.7.3. Uno de los mecanismos para la determinación del *pricing* es en base a la competencia; esto es, debe conocerse los precios con los que se mueve la competencia y analizar los posibles cambios y circunstancia que generan una posible fluctuación de precios, para poder adecuarse y ser competitivo.

Así, el enfoque basado en información de la competencia, consiste en determinar los precios con base en aquellos que se encuentran disponibles en el mercado, permitiendo una evaluación cuantitativa de la posición relativa frente a los competidores, que demuestran la percepción de su oferta de beneficios a través del precio⁶⁵.

- 4.7.4. De forma que, una variación de precios en función al *pricing* asociado a la competencia, implica un análisis de la competencia, con la finalidad de fijar los precios de forma tal que resulten ser atractivos para los consumidores [en comparación de sus competidores] y que a su vez tenga un equilibrio que le permita generar rentabilidad a su comercio.
- 4.7.5. Sin embargo, en el caso concreto, no podemos hablar de *pricing* por un factor de competitividad, por cuanto la estrategia de fijación de precios en dichos términos, responde a las fluctuaciones del mercado; entendiéndose que dichas fluctuaciones responden a las condiciones del libre mercado. Empero, en la presente causa ha quedado establecida la existencia de reuniones y/o coordinaciones que tuvieron la clara finalidad de concertar el precio del GLP; por lo que las variaciones del precio no respondieron a una sana competencia, sino a una medida proscrita por ley [práctica colusoria horizontal]
- 4.7.6. De lo expuesto, se concluye que el comportamiento de UNR no responde a un *pricing* resultante de un análisis de competitividad, ya que la variación de precios de dicha empresa se da en forma homogénea con los agentes de mercado que incurrieron en

⁶⁵ RIOS VALENCIA, Clara y ARAUJO ZAPATA, Manuel. “Estrategia de pricing basada en valor y su aplicación en la industria”. Tesis de Grado para optar por el título de Maestría en Mercadeo. Universidad EAFIT. Medellín 2019. Pp. 12

Versión digital en:

https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/14250/Clara_Ri%CC%81os_Manuel_Araujo_2019.pdf?sequence=2&isAllowed=y



infracción; incluso [conforme se consignó al detalle en el análisis de los Episodios] existe coincidencia entre las fechas y precios establecidos en los correos electrónicos en los que se arribaron a acuerdos de fijación de precios; lo que encuadra la conducta en una aceptación de los acuerdos de concertación de precios [práctica colusoria horizontal].

Por lo que, corresponde desestimar los agravios vertidos en este extremo.

4.8. Respeto de la imposición de la sanción de multa:

- 4.8.1. El impugnante refiere que, al no estar acreditada la infracción imputada, la multa impuesta resulta ser totalmente desproporcionada, vulnerándose los principio de razonabilidad y proporcionalidad. No cuestiona cuestiones metodológicas ni técnicas.
- 4.8.2. Al estar el agravio relativo a la multa sustentado en la premisa de que la infracción no estaba debidamente acreditada; y dado que del desarrollo de la presente resolución se ha determinado que la infracción se encuentra acreditada, amerita la imposición de una sanción.
- 4.8.3. Se aprecia que la multa impuesta a UNR asciende a 140.95 UIT. Conforme consta del fundamento 1771 de la Resolución N°0225-2019/SDC-INDECOPI⁶⁶, la multa impuesta al hoy impugnante no excedió el diez por ciento de las ventas o ingresos brutos percibidos por la empresa infractora⁶⁷, lo cual se determinó según la información financiera que las mismas empresas remitieran a INDECOPI⁶⁸; siendo considerada una infracción grave; por cuanto la fijación concertada del precio del GLP tiene un impacto directo en el costo de un servicio de alcance social (transporte local de pasajeros); asimismo, por tratarse de una práctica colusoria horizontal (conducta con prohibición absoluta); y en mérito al alcance geográfico de las conductas concertadas.

⁶⁶ Hoja 481 del expediente administrativo digitalizado (Tomo 31). Hoja 11573 del EA físico

⁶⁷ Conforme lo regula el artículo 43.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁶⁸ Hoja 45 y sgtes. del expediente administrativo digitalizado (Tomo 22). Hoja 7519 del EA físico



4.8.4. Por lo que, estando los parámetros aplicados encuadrados a la normativa aplicable, no corresponde amparar los agravios expuestos en este extremo.

QUINTO: Consecuentemente, los agravios expuestos por el demandante no representan un aporte trascendental pues no desvirtúan lo resuelto; por lo que habiendo constatado este Colegiado que la resolución sub examine (sentencia) ha sido expedida con arreglo a Ley y al proceso debe desestimarse los agravios expresados.

DECISIÓN DE LA SALA

Por las consideraciones precedentes y en uso de las facultades de independencia jurisdiccional conferidas por la Constitución Política del Estado **CONFIRMARON LA SENTENCIA (RESOLUCION ONCE)** de fecha 18 de mayo de 2022, obrante de fojas 709 a 731 del expediente judicial electrónico (EJE), que declara **INFUNDADA LA DEMANDA**. En los seguidos por **SERVICENTRO UNR S.A.C.** contra **INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL –INDECOPI-**. Notifíquese. *RM/aoa*

VINATEA MEDINA

ROSSELL MERCADO

REYES RAMOS