



“Caso sobre Abuso de poder económico”

1. Antecedentes:

Fossati S.A. se dedica a la compra por mayor, distribución y venta de productos agrícolas a todos los centros comerciales de Lima. Es representada por su Gerente General, Alfonso Torante, quien se apoyaba en Sergio Alberja para que realice todas sus actividades operativas: (i) Sus camiones recogían los productos al interior del país, comprándolos al menor precio posible, (ii) trasladaban y agrupaban esos bienes en los almacenes de Lima, y (iii) distribuían los productos a los centros comerciales.

Gracias a la gran capacidad logística de esta empresa, cuenta con una posición dominante en el mercado limeño, debido a que los supermercados confían en ella para que les proporcione productos agrícolas de la mejor calidad traídos desde todos los rincones del Perú. Asimismo, los representantes de los supermercados han mostrado su respaldo a esta empresa, haciendo públicos sus contratos de suministro por más de 5 o 10 años en diversos eventos en la Cámara de Comercio de Lima.

A inicios del año 2023, una empresa muy pequeña, competidora de Fossati S.A., presentó ante el área de Libre Competencia del INDECOPI un correo donde Sergio Alberja le escribe lo siguiente al Gerente Comercial del supermercado CHONG: *“Chino, antes de que me olvide, te quería comentar que un par de provincianos me quieren hacer la bajada en Lima, metiéndose en mi territorio. Cuando se acerquen a ti, mándalos a volar compare y dile a la gentita que haga lo mismo, sino yo me achoro y te dejo de surtir en época navideña. Lima es de los limeños. (...)”*

Por ello, se abrió una investigación en el ámbito administrativo sobre esa empresa por prácticas contrarias a la libre competencia, toda vez que condicionaba el suministro de productos a los supermercados, aprovechándose de su posición ventajosa de mercado para eliminar competencia. Asimismo, el Ministerio Público hizo lo suyo iniciando una investigación preparatoria en contra de Torante, Alberja, los gerentes comerciales de los supermercados y las empresas involucradas, por el delito de Abuso del poder económico, previsto en el artículo 232° del Código Penal¹, por presuntamente haber participado en actividades restrictivas en la actividad mercantil.

Las diligencias en sede fiscal aportaron elementos para descubrir la existencia de un grupo, presidido por Sergio Alberja e integrado por los otros imputados, dedicado a establecer precios y eliminar a la competencia que no era parte de ese grupo. Esto fue corroborado por un Colaborador Eficaz que declaró ante la Fiscalía, y agregó que se hacían llamar los “Vegetables Boys”. Para esos efectos, proporcionó las actas informales, donde los representantes ponían su firma cada vez que asistían a sus reuniones y en ellas se mostraba claramente su estrategia.

Estos empresarios se reunían cada mes e identificaban qué empresas podían ser su competencia en un futuro, con la finalidad de restringirle ventas, hacer tácticas agresivas de reducción de precio y quitarles compradores. Esto era mayormente ejecutado por Fossati S.A., quien disponía qué empresas podían competir en Lima en el rubro del aprovisionamiento de productos agrícolas y también qué supermercados podían operar. Caso contrario, se abstenía de suministrarle productos.

¹ “El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.”



2. Resolución de primera instancia

Luego de transcurrido el plazo de la investigación preparatoria y la etapa intermedia, se dispuso el inicio del Juicio oral. La acusación del Ministerio Público sostenía que Torante había actuado como autor del Delito de Abuso del poder económico, mediante prácticas que restringían la competencia y operaciones comerciales. La Fiscalía sostuvo que él se valía de su empresa para abusar de su posición de mercado ventajosa predominante en la ciudad de Lima. Restringía las ventas a otros distribuidores, limitando su contacto con algún supermercado que pudiera vender sus productos; asimismo, también realizaban operaciones agresivas de precio para obligar a que la otra perdiera capital.

En el juicio oral, la defensa de Torante sostuvo que no existían pruebas que acreditaran la realización de las prácticas subsimidas en artículo 232°. Para la defensa, la existencia de los “Vegetables Boys” se encuentra dentro del ámbito de libertad reconocido por nuestro ordenamiento jurídico. Las actividades desarrolladas al interior de esa asociación no afectaban la libre competencia, pues era una mera alianza comercial y tampoco se contaba con un informe del INDECOPI que sancione esa conducta por ser contraria a la libre competencia.

El juez de primera instancia consideró que los hechos y conductas configuraban el delito de Abuso de poder económico. Considera que nuestro sistema jurídico reconoce la libertad de asociación y la libertad de conducta, esta se deberá ejercer en concordancia con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico. En ese sentido, se puede advertir un ejercicio ilegal del derecho a la asociación, al haberse creado un cartel entre empresas para restringir la participación de otras, y con Fossati S.A. a la cabeza como el principal interventor de esas estrategias anticomerciales.

Los argumentos de la defensa, sobre la ausencia de una sanción por parte de INDECOPI hacia alguna de estas empresas, no pueden ser de recibo para invalidar la acusación fiscal. Ello se debe a que un pronunciamiento en sede administrativa es un mero medio de prueba para acreditar la existencia de un hecho, por lo que su ausencia puede ser suplida por otros elementos que también pueden ser actuados en el juicio oral. De lo contrario, se estaría suponiendo que el pronunciamiento administrativo es causa suficiente para enervar la presunción de inocencia de una persona en sede penal, donde la exigencia probatoria es mucho más estricta.

Por esa razón, se condenó al Sr. Torante por ser el autor del delito de Abuso de Poder Económico, toda vez que su empresa fue el móvil principal para que se ejecute una restricción a la competencia. Asimismo, el Sr. Alberja y los otros coimputados fueron sancionados, en su calidad de cómplices por ese mismo delito, en tanto realizaron aportes sustanciales para que se cometa ese acto.

3. Apelación por parte de la defensa:

Primero, la defensa de Alberja sostuvo que el pronunciamiento del a quo vulnera el principio de prohibición de regreso, toda vez que su cliente actuó dentro de los contornos permitidos de su rol como Gerente Comercial y como presidente del grupo denominado como los “Vegetables Boys”. La conducta de Alberja se ejerció dentro de los límites que su profesión le exigía, por lo que su conducta no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico.

Él se limitaba a presidir ese grupo actuando como coordinador de esa alianza comercial, a raíz de su puesto dentro de Fossati S.A., lo cual es parte de su rol en cada una de las reuniones para fortalecer su alianza; sin embargo, esto no implica el ejercicio de alguno



de los actos típicos reprochados penalmente por el artículo 232° del Código Penal. En función de ello, debe operar la prohibición de regreso, toda vez que la conducta ilícita de los integrantes de ese grupo no se puede extender hacia quien actuó conforme a un rol socialmente aceptado que no implica un incremento en el riesgo permitido.

Segundo, la defensa de Torante sostuvo que él no puede ser responsabilizado por el delito de Abuso de poder económico, en tanto no realizó ningún tipo de acto que restringiera la competencia. Él delegó válidamente el ejercicio de las relaciones comerciales en el Sr. Alberja, quien se encargó de coordinar y ejecutar su estrategia para aumentar sus ventas con los supermercados, al igual que para incrementar sus ingresos.

El mero hecho de ser el Gerente General de Fossati S.A. no lo hace responsable de todos los actos cometidos por su Gerente Comercial, toda vez que el órgano jurisdiccional debe respetar los pronunciamientos de la Corte Suprema que proscriben la responsabilidad objetiva en el derecho penal. Por ello, al no haberse establecido cuáles deberes habría infringido en su rol como Gerente General, no existe una conducta que sea pasible de una sanción penal.

Tercero, el a quo señaló que el derecho penal tiene mayores exigencias que el derecho administrativo para imponer una sanción a una persona. No obstante, no ha considerado que en sede administrativa no se pudo sancionar a los imputados, por el hecho de que no se contaban con las suficientes pruebas para acreditar la teoría de INDECOPI. Esa es la razón por la que no se impuso ninguna sanción en esa instancia, por lo que sería contradictorio que en sede penal sí se hiciera, reduciendo el estándar probatorio.

Por tanto, es incongruente e ilógico el razonamiento del a quo sobre la necesidad del pronunciamiento de INDECOPI, toda vez que el derecho penal exige un mayor estándar probatorio que el administrativo. Al no poder determinarse la responsabilidad en esta última instancia, entonces no es coherente que se sancione en el ámbito penal.

4. Intervención del Ministerio Público

La Fiscalía sostuvo que el a quo aplicó una sanción sobre el Sr. Alberja, debido a que sus acciones como Gerente Comercial de Fossati S.A. se apartaron del rol jurídicamente aceptable de un funcionario empresarial. La razón de ello reside en los acuerdos ilícitos que él gestionaba y materializaba en la práctica para reducir el número de competidores en el mercado, evitando un mayor número de competidores. Por ello, no se puede aplicar la institución dogmática de la prohibición de regreso para eliminar la tipicidad en su conducta. Con respecto a la sanción en contra del Sr. Torante, el a quo no estableció responsabilidad penal sobre su persona por el único hecho de ser gerente general de Fossati S.A. La sanción en primera instancia se encuentra sustentada en que él conocía y/o debió conocer las acciones de su subordinado dentro de ese grupo, al igual que la forma en que incrementó las ventas e ingresos de esa empresa.

Finalmente, se sostuvo que las sanciones en el ámbito penal no se encuentran atadas a un pronunciamiento previo en el ámbito administrativo, por lo que no es exigible una sanción de INDECOPI para sostener la existencia de esas conductas. El ámbito probatorio en el derecho penal es autónomo e idóneo para generar prueba suficiente que acredite una de las conductas típicas previstas por ese tipo penal.