

Expediente Preliminar 009-2010/CLC

Resolución 011-2011/ST-CLC-INDECOPI

18 de julio de 2011

VISTA:

La investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia sobre una presunta práctica colusoria horizontal por parte del señor Carlos Puentes de la Mata y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú – AGESP, consistente en una decisión o recomendación para fijar concertadamente el precio del combustible en Lima y Callao en la primera semana de octubre de 2010; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. La Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú – AGESP (en adelante, la Agesp) es una asociación que tiene como misión constituirse en una institución gremial moderna, técnica y eficiente, que sirva de real soporte a sus asociados, asesorándolos en temas tributarios y legales, entre otros, con la finalidad de optimizar la gestión integral de sus negocios¹.
2. Como parte de su labor de supervisión², la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) tomó conocimiento de las presuntas declaraciones del señor Carlos Puentes de la Mata (en adelante, el señor Puentes), Presidente de la Agesp, recogidas en el diario Expreso el 14 de setiembre de 2010³, en las que habría expresado que, a partir del 1 de octubre de 2010, fecha en la que el gasohol tendría que haber

¹ Para mayor información, ver: <http://www.agesp.com/quienes1.html>

² **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-
15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:
a) Efectuar investigaciones preliminares;
b) Iniciar de oficio el procedimiento y sanción de conductas anticompetitivas;
(...)

³ Diario Expreso del 14 de setiembre de 2010, nota titulada: "Gasolinas subirán más de un sol en octubre".

empezado a comercializarse en Lima y Callao en reemplazo de gasolinas contaminantes, el precio de los combustibles subiría en más de un sol⁴.

3. Mediante Carta 338-2010/ST-CLC-INDECOPI del 20 de setiembre de 2010, esta Secretaría Técnica requirió a El Nuevo Expreso S.A.C. (en adelante, Expreso), empresa editora del diario Expreso, copia del registro magnetofónico o escrito correspondiente a las declaraciones del señor Puente que sirvieron como base para la nota titulada: "Gasolinas subirán más de un sol en octubre", publicada el 14 de setiembre de 2010; así como la información utilizada como fuente para elaborar el cuadro titulado: "Posible precio del galón de gasolina a partir del 1 de octubre", incluido en la referida nota.
4. Mediante carta del 24 de setiembre de 2010, Expreso respondió al requerimiento realizado mediante Carta 338-2010/ST-CLC-INDECOPI, señalando que no contaba con registro de las declaraciones del señor Puente que sirvieron como base para la nota publicada el 14 de setiembre de 2010.
5. En lo que se refiere a la información utilizada para la elaboración del cuadro titulado: "Posible precio del galón de gasolina a partir del 1 de octubre", Expreso señaló que utilizó los precios publicados por los grifos en la vía pública.
6. Mediante Carta 343-2010/ST-CLC-INDECOPI del 1 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica citó al señor Puente, en su calidad de Presidente de la Agesp, a una entrevista en el local del Indecopi, con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento del mercado de comercialización de combustibles. Dicha entrevista se realizó el 7 de octubre de 2010.

II. CUESTION EN DISCUSIÓN

7. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de la existencia de una práctica colusoria horizontal por parte del señor Puente y la Agesp, consistente en una decisión o recomendación para fijar concertadamente el precio del combustible en Lima y Callao en la primera semana de octubre de 2010.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Marco Teórico

A. Requisitos para el inicio de un procedimiento sobre infracción al Decreto Legislativo 1034

⁴ El gasohol es el nombre que recibe el combustible que está compuesto por 7.8% de alcohol carburante y 92.2% de gasolina. Su principal ventaja es la de promover fuentes renovables de energía. Para mayor información, ver: http://www.comunidadandina.org/desarrollo/biocombustibles_peru.pdf

Mediante Decreto Supremo 091-2009-EM, se estableció que el gasohol debía comercializarse en Lima y Callao desde el 1 de octubre de 2010. Sin embargo, esta fecha se postergó mediante Decretos Supremos 061-2010-EM y 024-2011-EM hasta el 15 de julio de 2011.

8. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
9. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar⁵.
10. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado⁶.
11. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que estableció lo siguiente:

[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

(Énfasis agregado)

⁵ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

⁶ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

12. En ese sentido, no basta afirmar, de manera general que una persona habría abusado de su posición de dominio o realizado una práctica colusoria, sino que es necesario explicar de manera clara y precisa cuál es la conducta específica que podría constituir el abuso de posición de dominio o la práctica colusoria y aportar los medios probatorios que demuestren una teoría creíble acerca de la existencia de la presunta infracción imputada.

B. Prácticas Colusorias Horizontales

13. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034.
14. Las prácticas colusorias horizontales son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes⁷, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores⁸. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de los precios o una reducción de la producción, de manera artificial, al margen de los mecanismos naturales del mercado, lo que trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.
15. En toda práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034 distingue diversas formas de materializar estas conductas: los acuerdos, las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones.
16. Se entiende por acuerdo que restringe la competencia, todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.
17. Las prácticas concertadas consisten en conductas voluntariamente coordinadas con la finalidad de restringir la competencia que no pueden demostrarse a través de un acuerdo suscrito entre los agentes económicos involucrados pero que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable⁹.

⁷ A diferencia de las prácticas colusorias verticales, realizadas por agentes que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.

⁸ Ver Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC del 25 de febrero de 2008, sobre prácticas concertadas para la fijación de primas y deducibles mínimos de los seguros básico y completo de vehículos particulares, y Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, sobre presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana.

⁹ La voluntad común de restringir la competencia puede inferirse a partir de "(...) evidencia que tiende a excluir la posibilidad de acción independiente de las [partes]. Esto es, debe haber evidencia directa o circunstancial que lleve razonablemente a probar que [las partes] tienen un compromiso consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito". Traducción libre de: "(...) evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that

18. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son declaraciones destinadas a uniformizar el comportamiento de un grupo de agentes económicos, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan. Normalmente, se presentan en el contexto de asociaciones, gremios o cualquier organización en la que participen agentes económicos independientes. Pueden haber sido adoptadas por la mayoría de miembros de un órgano colegiado de la asociación o gremio involucrado (por ejemplo, la junta directiva) o por un órgano unipersonal (por ejemplo, el presidente).
19. Las decisiones tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado. Las recomendaciones no tienen carácter vinculante pero tienen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas, debido a las características particulares de la asociación o gremio involucrado.
20. La responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realicen no enerva la posibilidad de atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados¹⁰. En efecto, para evitar que estos últimos eludan su responsabilidad, estas conductas pueden ser analizadas como decisiones o recomendaciones de la asociación y/o como acuerdos entre sus asociados, según corresponda¹¹.
21. La necesidad de reprimir las decisiones y recomendaciones surge a partir de la constatación de la influencia que pueden tener las asociaciones o gremios sobre sus integrantes. En efecto, a través de mecanismos de coacción o presión, directos o indirectos, formales o informales, estas organizaciones pueden uniformizar el comportamiento de sus miembros, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan¹².

reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective". Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp., 465 U.S. 752 (1984), citado por KOVACIC, William. The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws, 38 Antitrust Bulletin 5, 1993, reproducido en GAVIL, Andrew (Ed.) An Antitrust Anthology. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 84.

¹⁰ PASCUAL Y VICENTE, Julio. Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Madrid, 205, enero – febrero, 2000, p. 11.

¹¹ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

¹² En el ámbito de la Comunidad Europea, las decisiones de las asociaciones comerciales también se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 81 del TCE. Asimismo, a nivel jurisprudencial y doctrinario también se ha entendido que esta prohibición alcanza a las decisiones no vinculantes o recomendaciones. *"Sin embargo, las decisiones de una asociación de comercio no necesitan obligar formalmente a sus miembros para la aplicación del artículo 81. Una decisión informal de una asociación de comercio, incluso adoptada fuera de las reglas de la asociación, puede ser suficiente. Sin embargo, debe haber al menos cierta evidencia que la conducta de sus integrantes ha sido o podría ser influenciada en el futuro por la información recibida de la asociación"*. Traducción libre de: *"However, decisions of a trade association need not formally bind its members for Article 81 to apply. An informal decision of a trade association, even one made outside its rules altogether, may be sufficient. However, there must be at least some evidence that the conduct of members has been or might in the future be influenced by information received from the association"*. GOYDER, D.G. EC Competition Law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2003, p. 82

3.2. Análisis de indicios razonables de la conducta investigada

22. Como se ha señalado, para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una conducta anticompetitiva. En ese sentido, corresponde determinar si, a partir de la evaluación de la información que obra en el expediente, existen indicios razonables de una práctica colusoria horizontal por parte del señor Puente y la Agesp.
23. Al respecto, con relación a las presuntas declaraciones del señor Puente recogidas en el diario Expreso el 14 de setiembre de 2010, Expreso afirmó que no contaba con el registro de dichas declaraciones.
24. Adicionalmente, Expreso señaló que la información cuantitativa que utilizó para la elaboración del cuadro titulado: “Posible precio del galón de gasolina a partir del 1 de octubre” provenía de los precios publicados por los grifos de Lima y Callao.
25. Con la finalidad de obtener mayores elementos de juicio, el 7 de octubre de 2010 la Secretaría Técnica entrevistó al señor Puente. En dicha oportunidad, el señor Puente señaló lo siguiente:

“Cuando yo he prestado mis declaraciones he dicho que nosotros tenemos que ver lo que sucede en el norte. En el norte ya existe el gasohol y cuesta más que las gasolinas... Lo que yo he dicho es que cuando llegue a Lima [el gasohol], si seguimos la misma lógica de lo que ya pasa en todas las ciudades del norte, el gasohol va a costar más. Y a eso se le tendrá que añadir el tema de transportar...”

(Énfasis agregado)

26. Como se puede apreciar, si bien el señor Puente niega haber afirmado que el 1 de octubre de 2010 los precios de los combustibles subirían en más de un sol, sí reconoce haber señalado que los precios en Lima y Callao se incrementarían debido a las inversiones en mantenimiento y adecuación que los grifos debían realizar para comercializar el gasohol, tal como había sucedido en las ciudades del norte¹³.
27. Sin perjuicio de las declaraciones del señor Puente, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Supremo 024-2011-EM del 13 de mayo de 2011¹⁴, el gasohol empezó a comercializarse en Lima y Callao recién a

¹³ En aplicación del Decreto Supremo 091-2009-EM del 29 de diciembre de 2009, el gasohol se empezó a comercializar en los departamentos de Piura, Lambayeque, Tumbes, Cajamarca, La Libertad y Ancash, entre abril y setiembre de 2010.

¹⁴ **Decreto Supremo 024-2011-EM**

Artículo 1.- Modificación del artículo 8 del Reglamento para la Comercialización de Combustibles

Modificar el artículo 8 del Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles, aprobado por Decreto Supremo 021-2007-EM, de acuerdo al texto siguiente:

“Artículo 8 .- Comercialización y cronograma de implementación del Gasohol

partir del 15 de julio de 2011, es decir, casi diez (10) meses después de las declaraciones del señor Puente al diario Expreso.

28. En ese sentido, considerando que las declaraciones del señor Puente se habrían realizado en setiembre de 2010 respecto de un producto que empezó a comercializarse en Lima y Callao recién en julio de 2011, esta Secretaría Técnica considera que no habrían tenido la capacidad de afectar las condiciones de competencia en el mercado.
29. En efecto, las declaraciones del señor Puente no constituirían un elemento capaz de uniformizar el comportamiento de los agentes económicos en el mercado, pues se habrían realizado respecto de un producto que aun no se comercializaba y, en todo caso, podrían interpretarse como un razonamiento general acerca del funcionamiento del mercado.
30. Por tanto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de una práctica colusoria horizontal consistente en una decisión o recomendación para fijar concertadamente el precio del combustible en Lima y Callao en la primera semana de octubre de 2010.

RESUELVE:

No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el señor Carlos Puente de la Mata y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú – AGESP por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal consistente en una decisión o recomendación para fijar concertadamente el precio del combustible en Lima y Callao en la primera semana de octubre de 2010, debido a que no existen indicios razonables de la conducta investigada.

Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

-
- A partir de la vigencia del siguiente dispositivo legal, el Gasohol podrá ser comercializado en todo el país, en las condiciones establecidas en la siguiente norma.
 - En los distritos de Piura y Chiclayo, a partir del 1 de enero de 2010 el Gasohol será de uso obligatorio y, en el resto del país, de acuerdo al siguiente cronograma:
(...)
 - Lima y Callao – 15 de julio de 2011”