

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
DENUNCIANTE : DE OFICIO
DENUNCIADOS : ASOCIACIÓN DE EMPRESAS Y TRANSPORTISTAS
URBANO DE PASAJEROS DEL PERÚ – ASETUP
JOSÉ LUIS DÍAZ LEÓN
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
PRÁCTICAS COLUSORIAS
RECOMENDACIONES
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : OTROS TIPOS – TRANSPORTE REGULAR VÍA
TERRESTRE

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, expedida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en los extremos que hallaron responsables a la Asociación de Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú – ASETUP y a su Presidente, el señor José Luis Díaz León, por infracción a lo dispuesto en los artículos 1 y 11.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

A partir de las declaraciones vertidas por el señor José Luis Díaz León, Presidente de la ASETUP, en diversos medios de comunicación, ha quedado acreditada la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas destinadas a incrementar los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, las cuales fueron realizadas durante el mes de agosto de 2008.

SANCIONES:

ASOCIACIÓN DE EMPRESAS Y TRANSPORTISTAS URBANO DE PASAJEROS DEL PERÚ:	186,1 UIT
SEÑOR JOSÉ LUIS DÍAZ LEÓN:	18,61 UIT

Lima, 16 de diciembre de 2010

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI del 17 de diciembre de 2008, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica de la Comisión) resolvió iniciar un procedimiento sancionador de oficio contra la Asociación de

Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú– ASETUP¹ (en adelante, ASETUP) y su Presidente, el señor José Luis Díaz León (en adelante, el señor Díaz), por presuntas prácticas colusorias horizontales, en las modalidades de decisiones y recomendaciones anticompetitivas, destinadas a incrementar los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima y Callao, realizadas durante el mes de agosto de 2008, conducta que se encontraría tipificada como infracción administrativa en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

2. Las decisiones y recomendaciones anticompetitivas imputadas se habrían materializado en las declaraciones vertidas por el señor Díaz en su calidad de Presidente de la ASETUP en diversos medios masivos de comunicación², en las cuales anunciaba el incremento de los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao de S/. 1,00 a S/. 1,20 en el pasaje “urbano”, de S/. 1,20 a S/. 1,50 en el pasaje “interurbano” y de S/. 1,50 a S/. 1,80 en el pasaje “directo”.
3. El 26 de febrero de 2009, la ASETUP representada por el señor Díaz, se apersonó al procedimiento y solicitó la nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI, señalando que: (i) la Secretaría Técnica de la Comisión había incumplido con lo establecido en el literal a) del numeral 2 del artículo 21 del Decreto Legislativo 1034, al no identificar correctamente al agente económico que se pretende sancionar; y, (ii) la Secretaría Técnica de la Comisión había señalado incorrectamente que la ASETUP y el señor Díaz habían sido declarados infractores mediante Resolución 015-93-CLC/INDECOPI pese a que en realidad, en aquella oportunidad se sancionó a una asociación distinta a la que preside el señor Díaz.

¹ La ASETUP es una asociación de transportistas que está conformada por las siguientes 47 empresas asociadas: E.T. y Servicios Santa Cruz S.A., E.T.S Virgen de la Puerta S.A. VIPUSA-Tours, E.T. Treintitres S.A., E.T. Las Flores S.A., E.T. Castro Fuentes S.A. Kejvidsa, E.T.S. La Gran Estrella S.A.C., E.T. Nor Lima S.A., E.T.S. Turismos Huaycan S.A., E.T. Señor de Muruhuay S.A., E.T.S. San Antonio S.A.; Empresa Huandoy S.A., E.T.S. Nueva América S.A., E.T. Salamanca – Parral S.A., E.T. Miguel Grau S.A., E.T.S. Rápido Ramón Castilla S.A., E.T.y Servicio el Retablo S.A.C., Sindicato de Transportes Sara Sara S.A., E.T Especial Solidaridad S.A., Transportes Service Canadá S.A., E.S.E.T. San Judas Tadeo S.A., Empresa de Transportes y Servicios San Felipe S.A., E.T. Carretera Central S.A., E.T. 78 S.A., Cooperativa Corazón de Jesús S.A., E.T. Puente Piedras S.A., Transportes Huascar S.A., E.T. Y Serv. Emanuel S.A., Empresa de Transportes y Servicios San Juan 108 S.A., Empresa de Transportes y Servicios El Inti S.A., E.T. y Servicios Múltiples Aquarius Express S.A., Translima S.A., Empresa de Transporte y Servicios El Porvenir S.A., Agrupación de Transportistas en Camionetas S.A., Empresa de Transportes y Turismo San Juanito S.A., Empresa de Transporte La Unidad de Villa S.A., Empresa de Transportes Dricojoma S.A.C., Empresa de Transportes Caminos del Inca S.A., Empresa de Transportes “El Triunfo” S.A., Sociedad de Transportistas Independientes S.A., Empresa de Transporte Urbano Limatambo, S.A.C., E.T. y Servicios Múltiples San Genaro S.A., E.T Diecisiete de Junio S.A., Empresa de Transportes y Servicios el Salvador S.A.C., E.T Turismos e Inversiones Señor de la Soledad S.A.C., E.T Esfuerzos Unidos S.A., Empresa de Transportes Positiva S.A. y Consorcio Empresarial Primero de Setiembre S.A.C. La relación de empresas asociadas en la ASETUP fue proporcionada por el señor Díaz, en su condición de Presidente de la ASETUP, mediante escrito del 11 de diciembre de 2008.

² Las declaraciones cuestionadas fueron publicadas en los diarios La República, Perú 21, La Razón, Correo y vertidas en una entrevista brindada al Grupo RPP S.A.

4. De otro lado, la ASETUP contestó a las imputaciones formuladas por la Secretaría Técnica de la Comisión señalando lo siguiente:
- (i) las declaraciones vertidas por el señor Díaz en los diversos medios de comunicación no se efectuaron en su condición de Presidente de la ASETUP, sino en su calidad de persona natural, en ejercicio de su derecho a la libertad de opinión;
 - (ii) las declaraciones no son prueba de concertación alguna, sino que por el contrario, evidencian una decisión que se tomó al interior de la Empresa de Transportes San Juan Número Ciento Ocho S.A.C., en la que el señor Díaz se desempeña como gerente general;
 - (iii) las declaraciones fueron realizadas sin la intención de hacer una recomendación para el alza de los pasajes de transporte urbano, pues solo se trataba de información que podía implementar en su empresa y que podría manejar cualquier persona que tuviera conocimiento de la problemática del transporte urbano;
 - (iv) aunque el movimiento de precios se ha producido en una misma dirección, aquel hecho no responde a las declaraciones del señor Díaz, sino a factores como el alza del precio del combustible y la renovación de la flota de las empresas de transporte; y,
 - (v) no existió concertación pues finalmente las empresas de transporte cobraron pasajes de acuerdo a su propia estructura de costos. A su vez, agregó que incluso si se hubiese dado la concertación, los beneficios obtenidos serían mayores al daño que pudiera haber sufrido el mercado, pues existe un mayor beneficio económico reflejado en la renovación paulatina del parque automotor.
5. Mediante Informe 036-2009/ST-CLC del 13 de noviembre de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió su opinión respecto de lo actuado en el procedimiento, recomendando a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión):
- (i) declarar infundada la solicitud de nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI formulada por la ASETUP;
 - (ii) declarar que la ASETUP ha cometido una infracción a los artículos 1 y 11.2 del Decreto Legislativo 1034, debido a la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas, destinadas a incrementar los precios de los pasajes

del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, realizadas en el mes de agosto de 2008;

- (iii) declarar que el señor Díaz es responsable en su condición de Presidente de la ASETUP, por la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas, destinadas a incrementar los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, realizadas en el mes de agosto de 2008; y,
 - (iv) sancionar a la ASETUP y al señor Díaz, con multas de ciento ochenta y seis con una décima (186,1) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y dieciocho con sesenta y una décimas (18,61) UIT, respectivamente.
6. Por Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, la Comisión declaró infundada la solicitud de nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI, halló responsables a la ASETUP y al señor Díaz por la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas, supuesto previsto como infracción en los artículos 1 y 11.2 del Decreto Legislativo 1034, y los sancionó con multas de 186,1 UIT y 18,61 UIT, respectivamente.
7. El 22 de enero de 2010, la ASETUP interpuso recurso de apelación contra la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI alegando los mismos argumentos expuestos en sus descargos. Con relación a la multa impuesta, la recurrente señaló lo siguiente:
- (i) la Comisión ha tomado como beneficio directo el cobro del pasaje por las empresas de transporte, sin tener en cuenta que estas últimas no son beneficiadas directamente con ello, sino con la cuota que les cobran a los propietarios por derecho de uso de la ruta;
 - (ii) el beneficio ilegalmente obtenido no se ajusta al principio de razonabilidad, pues aquel debió calcularse en base a la diferencia del precio cobrado por cupo antes de llevarse a cabo el aumento y el valor resultante del cupo después del aumento de pasajes; y,
 - (iii) la resolución apelada ha considerado como factor agravante la reincidencia de la ASETUP, pero no ha tenido en cuenta que como asociación es la primera vez que se le sanciona, dado que la ASETUP del Perú es diferente a la ASETUP de Lima y Callao.
8. El 22 de enero de 2010, el señor Díaz interpuso recurso de apelación contra la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI reiterando los mismos argumentos

esgrimidos en el escrito de descargos y aquellos señalados por la ASETUP en su apelación con relación a la graduación de la sanción aplicable.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

9. Determinar lo siguiente:

- (i) si se configura un vicio de nulidad en la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI;
- (ii) si la ASETUP y el señor Díaz resultan responsables por la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas; y,
- (iii) de ser el caso, la sanción aplicable.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. La solicitud de nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI

10. La ASETUP dedujo la nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI que dio inicio al procedimiento sancionador aduciendo que: (i) no identificaba correctamente al agente económico imputado; y, (ii) señalaba incorrectamente que la ASETUP y el señor Díaz habían sido declarados infractores a las normas de libre competencia mediante Resolución 015-93-CLC/INDECOPI, pese a que la asociación sancionada no era la misma que preside en la actualidad el señor Díaz.
11. La resolución apelada declaró infundada la solicitud de nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI. La Comisión consideró que la resolución de admisión a trámite identificó correctamente a los agentes económicos imputados y que el hecho que la ASETUP y el señor Díaz sean reincidentes o no, no constituye un requisito de validez de dicho acto administrativo.
12. Al respecto, el artículo 21 del Decreto Legislativo 1034³ establece que la resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá

³ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.- Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-**

- a) La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;
- b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;
- c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia; y,
- d) La indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio.

contener la identificación del agente o agentes económicos a los que se les imputa la presunta infracción.

13. De la revisión de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI, se advierte que se identifica a la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros – ASETUP y al señor Díaz como presuntos infractores del Decreto Legislativo 1034, así como se describe en qué consiste la conducta calificada como infractora.
14. Por un lado, se aprecia que en el numeral 40 de dicha resolución se señaló: *“(...) esta Secretaría Técnica considera que, a nivel indiciario, las declaraciones realizadas por el señor Díaz, en su calidad de presidente de la ASETUP, podrían calificar como decisiones o recomendaciones anticompetitivas, dado que podrían tener por objeto o efecto que las empresas transportistas adecuen sus precios de manera similar a las variaciones anunciadas.”*
15. A su vez, en la parte resolutive de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI se dispuso lo siguiente:

“Iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros – ASETUP y su presidente, el señor José Luis Díaz León, por presuntas prácticas colusorias horizontales, en las modalidades de decisiones y recomendaciones anticompetitivas, destinadas a incrementar los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima y Callao, realizadas durante el mes de agosto de 2008, conducta que se encontraría tipificada como infracción administrativa en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034.”
16. Ante la alegación de la recurrente, lo que se puede advertir es que en efecto, en la resolución cuestionada se consignó como la denominación de la entidad imputada la de Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros – ASETUP, en lugar de la denominación de Asociación de Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú - ASETUP⁴ que corresponde a la ASETUP, asociación cuyo Presidente era el señor Díaz.
17. No obstante, la Sala considera que aquello constituyó un error material en la denominación del sujeto imputado (ASETUP), dado que del tenor del acto administrativo cuestionado se advierte que la Secretaría Técnica imputó la presunta comisión de la conducta infractora a la ASETUP, en tanto entidad que se encontraba presidida por el señor Díaz. Es decir, existía certeza sobre

⁴ Conforme a la partida registral que obra de fojas 101 a 105 del expediente.

los sujetos calificados como presuntos infractores y la atribución de los hechos imputados.

18. Ciertamente, pese al error material en la denominación de la entidad imputada, de lo actuado en el expediente, se verifica que la ASETUP (Asociación de Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú) se apersonó al procedimiento, presentó sus descargos, atendió los requerimientos formulados por la Secretaría Técnica de la Comisión y manifestó sus alegaciones, por lo que no se causó indefensión a la recurrente.
19. Asimismo, dicho error material contenido en la Resolución 006-2008/ST-CLC fue detectado por la propia Comisión y enmendando mediante Resolución 007-2010/CLC-INDECOPI del 28 de enero de 2010.⁵
20. Por tanto, la Sala concluye que dicho error material no constituye un vicio que acarree la nulidad de la resolución de imputación de cargos.
21. De otro lado, conforme fue señalado en la resolución apelada, determinar si la ASETUP y el señor Díaz son o no los agentes declarados infractores por vulnerar las normas de libre competencia mediante Resolución 015-93-CLC-INDECOPI no constituye un requisito de validez de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI.
22. En efecto, el hecho que los imputados hayan sido declarados infractores en un procedimiento anterior y, por tanto, la condición de reincidencia, es un criterio que puede ser adoptado para graduar la sanción aplicable conforme lo establece el artículo 43.4 del Decreto Legislativo 1034⁶. Sin embargo, no se requiere verificar la existencia de reincidencia a efectos de determinar el inicio de un procedimiento sancionador.
23. Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la solicitud de nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI, deducida por la ASETUP.

III.2. Las decisiones y recomendaciones anticompetitivas en el Decreto Legislativo 1034

⁵ En la misma resolución, la Comisión rectificó la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI en la que también se presentó un error material en la denominación de la ASETUP.

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Artículo 43.- El monto de las multas.-**
(...)

43.4. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

24. El artículo 1 del Decreto Legislativo 1034⁷ establece que la finalidad de la ley de libre competencia es prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.
25. El artículo 11 del Decreto Legislativo 1034⁸ establece que son 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.
26. Se considera como prácticas colusorias horizontales aquellas que se producen entre agentes económicos que se encuentran en el mismo nivel de la cadena de producción, distribución o comercialización de productos o servicios y, por tanto, compiten entre sí en un mismo mercado. Las prácticas colusorias pueden tener como finalidad concertar: la fijación de un precio de compra o venta; el reparto de clientes, proveedores o mercados; la limitación o control de la producción o ventas; un esquema de discriminación; ventas atadas; las ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados; y, en general, la implementación de prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-** 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.

⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, 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;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

27. Una de las principales características de una práctica colusoria es que debido al carácter coordinado de la conducta, se logra elevar artificialmente los precios de los productos y servicios, reduciendo con ello el bienestar de la sociedad. Desde el punto de vista económico, los precios de las empresas resultan mayores a los que se presentarían en un entorno competitivo, o dicho de otra manera, se permite una situación donde las empresas fijan precios lo suficientemente cercanos a los de un monopolio como consecuencia de la acción concertada y no como resultado de una mayor eficiencia económica.⁹
28. Como resalta Hovenkamp, es importante tomar en consideración que un cartel de competidores puede crear un poder de mercado rápidamente y a bajo costo, lo que significa que la colusión puede ser rentable incluso si es imperfecta o dura un corto periodo. De esta manera, en particular aquellos mercados que no son propensos a un monopolio estructural pueden ser los objetivos de acuerdos colusorios.¹⁰
29. El Decreto Legislativo 1034 establece que las prácticas colusorias horizontales encuentran como manifestaciones los acuerdos, las decisiones, las recomendaciones y las prácticas concertadas. Aunque se presenten distintas denominaciones, cabe precisar que aquellas solo representan diversas manifestaciones en las que se pueden adoptar las conductas colusorias.

⁹ MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. New York, 2004. Págs.137-138. Al respecto se ha señalado que: "Las prácticas colusorias permiten a las empresas ejercer poder de mercado que de otra manera no tendrían, y restringir artificialmente la competencia e incrementar los precios, reduciendo el bienestar. (...) En economía, la colusión es una situación donde los precios de las firmas son superiores a los de competencia. Una definición un poco diferente caracteriza a la colusión como una situación donde las empresas fijan los precios lo suficientemente cerca de los precios de monopolio". Traducción libre de: "Collusive practices allow firms to exert market power they would not otherwise have, and artificially restrict competition and increase prices, thereby reducing welfare. (...) In economics, collusion is a situation where firms' prices are higher than some competitive benchmark. A slightly different definition would label collusion as a situation where firms set prices which are close enough to monopoly prices."

¹⁰ HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Harvard University Press. Cambridge Massachusetts, 2005. Pág. 125. Sobre el particular, el autor señala: "Los acuerdos entre competidores son la clase más sospechosa de conducta anticompetitiva. Las empresas negocian con clientes y proveedores diariamente. Por el contrario, los acuerdos entre competidores son más sospechosos y menos frecuentes, haciéndolos más fáciles de observar. Además, para una sola empresa obtener un poder de mercado significativo es difícil y costoso, y la mayoría fracasa en el intento. Como resultado la persistencia de un monopolio es rara y sólo existe en estricto bajo ciertas condiciones estructurales. Sin embargo, un cartel de competidores puede crear un poder de mercado de forma rápida y barata. Esto significa que la colusión puede ser rentable aunque sea imperfecta o dure poco tiempo. Muchos mercados que no son propensos a un monopolio estructural pueden ser objetivo de colusión". Traducción libre de: "Agreements among competitors are the most suspect class of antitrust conduct. Firms deal with customers and suppliers daily. By contrast, agreements among competitors are both more suspicious and less frequent, making them easier to observe. In addition, for a single firm to obtain significant market power is difficult and costly, and most fail in the attempt. As a result persistent monopoly is rare and exists only under narrowly defined structural conditions. However, a cartel of competitors can create a market power quickly and cheaply. This means that collusion can be profitable even if it is imperfect or lasts a short time. Many markets that are not prone to structural monopoly may be targets of collusion." (Subrayado añadido)

30. Los acuerdos que limitan la competencia o acuerdos colusorios son definidos como todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia.¹¹
31. Las prácticas concertadas se han definido como una forma de cooperación entre las empresas que sin haber celebrado un acuerdo formal, sustituye en los hechos a la competencia¹². Aquellas consisten en la puesta en ejecución de un plan que se sustenta en la adaptación simultánea de comportamientos, lo que normalmente presupone un intercambio de información previa (por ejemplo, el anuncio de un incremento o de una base de precios, la adopción de un estándar determinado, etc.)¹³
32. Cabe señalar que las prácticas concertadas no podrán ser probadas mediante un acuerdo expreso o formal entre los competidores. En estos casos, a partir de su actuación en el mercado y el uso de evidencia circunstancial (indicios y presunciones) se puede inferir como única explicación lógica la adopción de una estrategia concertada.
33. Asimismo, el Decreto Legislativo 1034 recoge como manifestaciones de prácticas colusorias a las decisiones y recomendaciones expedidas en el marco de las actividades de las asociaciones de empresas o gremios. Según una clasificación doctrinal, los entendimientos adoptados por asociaciones de empresas con fines contrarios a la competencia constituyen decisiones si tienen carácter vinculante, o recomendaciones si tienen únicamente carácter orientativo.¹⁴
34. En el caso en particular de las recomendaciones, se ha enfatizado que estas últimas son indicaciones unilaterales y sin fuerza vinculante que son dadas a las empresas y que se refieren al comportamiento a adoptar con relación a ciertos parámetros competitivos tales como los precios, las condiciones de venta, los métodos de cálculo, etc.¹⁵ Aquellas recomendaciones deben

¹¹ Al respecto, ver: Resolución 0048-2008/TDC-INDECOPI del 16 de enero de 2008 en el Expediente 005-2004/CLC.

¹² KILLIAS, Pierre-Alain. *Les pratiques concertées*. En: *Droit de la concurrence*. TERCIER, Pierre et Christian BOVET (Éditeurs), Helbing & Lichtenhahn, 2002. Pág. 154. El autor ha definido las prácticas concertadas como: "una forma de cooperación entre las empresas que, sin haber alcanzado la etapa en donde el acuerdo se supone que ha sido concluido, sustituye o se esfuerza para sustituir en la práctica los riesgos de la competencia por una colaboración entre ellas". Traducción libre de: «une forme de coopération entre entreprises qui sans avoir atteint le stade où accord est supposé avoir été conclu substitue ou s'efforce de substituer dans les faits aux risques de la concurrence une collaboration entre elles ».

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ 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, N° 205, enero – febrero, 2000. Pág. 11.

¹⁵ KILLIAS, Pierre-Alain. *Op.cit.* Pág. 155. Las recomendaciones ha sido definidas como "indicaciones unilaterales, y sin fuerza vinculante, que son dadas a las empresas y que tratan sobre el comportamiento a adoptar en ciertos

proporcionar a la empresa que las pone en marcha un marco en el cual su respeto o seguimiento le debería garantizar un resultado favorable en el mercado¹⁶.

35. Las decisiones y las recomendaciones son sancionadas debido a la injerencia que tienen las entidades gremiales y sus representantes en el comportamiento competitivo de los agentes económicos que las conforman y sobre los participantes del mercado en general.
36. Sin embargo, las decisiones y recomendaciones no siempre se manifiestan mediante la adopción de acuerdos formales entre los miembros de una asociación o constan expresamente en las actas de un gremio. Por el contrario, cada vez es más difícil que se adopten mecanismos formales precisamente por los riesgos que pueden implicar para la competencia. Por tanto, inclusive las declaraciones orales pueden tener por objeto alinear la conducta comercial de los integrantes de una asociación y con ello lograr una actuación concertada entre sus miembros, en la medida que aquellos pueden terminar adhiriéndose a la propuesta formulada por el gremio.
37. Ciertamente, a efectos de encontrarse en el ámbito de la ley de la competencia, lo más importante es que cualquier decisión, recomendación u otra actividad de la asociación debe ser capaz de reprimir la competencia entre los miembros de la asociación. Por ello, se ha enfatizado que las decisiones o recomendaciones no requieren ser formales ni vinculantes, ni deben ser expresamente aprobadas por los miembros de la asociación para que sean sancionables por las normas de competencia, dado que incluso una exhortación oral puede llevar a responsabilidad si está dirigida a que los miembros la acaten.¹⁷

parámetros de la competencia (precio, condiciones de venta, métodos de cálculo, etc.)". Traducción libre de: «des indications unilatérales et sans force contraignante qui sont données a des entreprises et qui portent sur le comportement à adopter en relation avec certains paramètres concurrentiels (prix, conditions de vente, méthodes de calculations, etc.) »

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ "(...) any decision, recommendation or other activity of the association may be capable of restricting competition between the members of the association. Decisions do not need to be formal or binding, nor do they have to be fully complied with to fall within the scope of antitrust rules, provided that they have an appreciable effect on competition. Decisions or recommendations do not have to be expressly approved by the members of the association to give rise to antitrust liability; even an oral exhortation may trigger antitrust liability if it is intended that members should abide by it." (subrayado añadido) Traducción libre de: "(...) cualquier decisión, recomendación u otra actividad de las asociaciones puede ser capaz de restringir la competencia entre los miembros de la asociación. Las decisiones no requieren ser formales o vinculantes, ni tampoco deben ser completamente cumplidas para caer dentro del ámbito de las reglas antitrust, dado que tienen un apreciable efecto en la competencia. Las decisiones o recomendaciones no tienen que ser aprobadas expresamente por los miembros de la asociación para dar lugar a responsabilidad antitrust; incluso una exhortación oral puede activar la responsabilidad antitrust si está dirigida a que los miembros la acaten." OECD. Potential Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations. Policy Roundtable, 2007. Págs. 29-30.

42. De otro lado, el Decreto Legislativo 1034 establece una distinción entre las conductas anticompetitivas sujetas a una prohibición absoluta y aquellas que son consideradas como prohibiciones relativas. Esta diferenciación determinará el estándar de prueba aplicable para cada tipo de conducta infractora.
43. Conforme al artículo 8 del Decreto Legislativo 1034¹⁸, en los casos de prohibiciones absolutas, para verificar la existencia de la infracción administrativa es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta infractora. Por su parte, el artículo 9 de la misma ley, establece que el caso de las prohibiciones relativas¹⁹, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.
44. El artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034²⁰ establece que constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:
- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
 - b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
 - c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
 - d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación.
45. Así por ejemplo, será suficiente que se acredite la existencia de un acuerdo de precios entre competidores o la actuación concertada entre aquellos con la finalidad de limitar la producción, para que se verifique una infracción a la ley de competencia. A diferencia de las prohibiciones relativas, para verificar la existencia de la infracción en los supuestos listados en el numeral

¹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Artículo 8.- Prohibición absoluta.-** En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Artículo 9.- Prohibición relativa.-** En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

²⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.-**
(...)
11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

precedente, no se requiere probar si la conducta tiene, o podría tener, efectos negativos para el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

46. Las conductas calificadas como prohibiciones absolutas por el Decreto Legislativo 1034 son aquellas consideradas como inherentemente anticompetitivas, debido a que permiten a las empresas ejercer poder de mercado sobre la totalidad o parte de un mercado, generando menores cantidades de bienes o servicios ofrecidos, precios mayores a los que existirían en un entorno sin la restricción a la competencia, ineficiencias productivas de las empresas y retrasos en la innovación por parte de las mismas.²¹
47. Al respecto, cabe señalar que foros como la OECD (*Organisation for Economic Co- Cooperation and Development*) han identificado a las concertaciones de precios, restricciones de oferta, asignación de territorios o clientes y colusión en licitaciones como las conductas más claramente anticompetitivas y dañinas. Sobre dichas conductas —denominadas en conjunto *Hard Core Cartels*— la OECD promueve²², y ha conseguido de parte de sus miembros, una activa lucha en su contra, la que ha incluido el incremento de las investigaciones, la elevación de las sanciones pecuniarias máximas, el desarrollo de programas de exoneración de responsabilidad (*leniency programmes*), el incremento de las facultades de la agencia de competencia para obtener medios probatorios, entre otros.²³
48. En el mismo sentido, en el ámbito doctrinal, se ha considerado que deberían estar sujetas a una prohibición absoluta (*per se rule*) aquellas conductas que califican como *naked agreements*²⁴, es decir, las prácticas colusorias inter marca entre competidores, que no son complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos, de manera que no ofrecen beneficio alguno a la sociedad (como por ejemplo, integración de producción, innovación o distribución), y su rentabilidad depende solo del ejercicio de poder de mercado y la posibilidad de fijar precios mayores a los de un entorno competitivo.

²¹ Al respecto, estas consideraciones fueron recogidas como sustento para optar por aplicar una prohibición absoluta de las conductas recogidas en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Ver: Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034.

²² Esfuerzo iniciado en 1998 a través del documento “Recomendación del Concilio Concerniente a la Efectiva Acción Contra los Hard Core Cartels”. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf> (visitada el 15 de diciembre de 2010).

²³ Otro importante foro en materia de libre competencia, la ICN, también ha identificado como “Hard Core Cartels” a la fijación de precios, restricciones de oferta, asignación de mercados y licitaciones colusorias. International Competition Network (ICN). *Defining Hard Core Cartels Conduct. Effective institutions. Effective Penalties*. ICN Working Group on Cartels. 4th Conference Bonn – Germany, 6-8 de junio de 2005. Pág. 10.

²⁴ HOVENKAMP, Herbert. Op.Cit. Págs. 112- 124.

49. Dichas características son propias de las conductas calificadas como prohibiciones absolutas en el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034 y debido a sus efectos nocivos para el proceso competitivo y el mercado, deben ser perseguidas con mayor severidad por parte de la autoridad de competencia.
50. A partir de lo expuesto, la Sala concluye que las conductas sometidas a una prohibición absoluta, serán sancionadas en cualquiera de sus manifestaciones, lo que incluye a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas concertadas. Ello en la medida que todas tienen como objeto y efecto la voluntad común entre competidores de restringir la competencia.
51. Las recomendaciones y decisiones anticompetitivas también pueden tener la finalidad de adoptar una estrategia coordinada inter marca que no sea complementaria o accesoria a un acuerdo ilícito y, por tanto, serán calificadas como prohibiciones absolutas al ser susceptibles de provocar el mismo efecto que un acuerdo formal o una práctica concertada entre competidores, esto es, restringir la competencia entre los agentes del mercado a los cuales se dirige.

III.3. Análisis de los hechos imputados al señor Díaz y a la ASETUP

52. Las notas periodísticas que sustentan la imputación contra el señor Díaz y la ASETUP, recogen las declaraciones del señor Díaz vertidas en su calidad de Presidente de la ASETUP, en las cuales señaló lo siguiente:

Diario la República, 18 de agosto de 2008:

Siguen las alzas. Esta vez los usuarios del transporte público de pasajeros lo sentirán en sus bolsillos, toda vez que las empresas de transporte urbano anunciaron un "inevitable" aumento en los precios de los pasajes.

Así lo confirmó a La República José Díaz León, presidente de la Asociación de Empresas de Transporte Urbano del Perú (Asetup).

(...)

Adelantaron que el pasaje urbano subirá entre el miércoles y jueves de S/. 1.00 a S/. 1.20, el interurbano de S/. 1.20 a S/. 1.50 y el directo de S/. 1.50 a S/. 2.00

Diario Perú 21, 19 de agosto de 2008:

El presidente de Asetup, José Díaz León, informó que, a partir de mañana, los pasajes subirán entre S/.0.30 y S/.0.50 para poder afrontar el alza del precio de la gasolina de 84 octanos y del diésel 2. (...)

“La tarifa subiría de y de S/.1.20 a S/.1.50. Esperamos que los usuarios entiendan que este incremento es necesario para mejorar el servicio”, expresó.

Diario La Razón, 19 de agosto de 2008:

José Díaz, presidente de la Asociación de Empresas de Transporte Urbano del Perú, dijo que el aumento se iniciaría mañana, para afrontar el aumento del costo de la gasolina de 84 octanos y del diesel 2, luego de que el Gobierno redujera el subsidio a estos combustibles que usan las unidades que brindan el servicio.

“Los transportistas nos comunican que les es muy difícil hacer el mantenimiento y, evidentemente, la renovación de la flota, por lo que muchos estarán tomando la determinación de incrementar sus tarifas”, sostuvo Díaz León y negó que el precio de los pasajes llegue hasta los dos soles.

“Ha habido una distorsión al decir que se subiría (el precio) hasta dos soles, esto no va a ser así. La tarifa subiría de un 1.50 a 1.80 y de 1.20 a 1.50”, aseguró.

Diario Correo, 19 de agosto de 2008:

Los miles de ciudadanos que día a día viajan en vehículos de transporte público verán afectada su economía ante el inminente incremento de los pasajes hasta en S/.0.30 a partir de mañana, según lo dio a conocer ayer el presidente de la Asociación de Empresas de Transporte Urbano del Perú (ASETUP), José Luis Díaz León.

Diario la República, 19 de agosto de 2008:

La Asociación de Empresas de Transporte Urbano del Perú (Asetup) adelantó que los precios subirán hasta en S/. 0.30.

53. En igual sentido, el señor Díaz brindó una entrevista a uno de los medios de comunicación del Grupo RPP S.A. en el cual anunció la fecha y los montos exactos en los cuales se produciría el incremento de precios:

Entrevistador: Señor Díaz, pero ¿van a subir los pasajes o no? ¿y cuándo?

Señor Díaz: Bueno, sí, esto ya se va a materializar a partir del día de mañana en algunas empresas de un sol a un sol veinte y algunas que están en un sol veinte hasta un sol cincuenta, y la particularidad...

Entrevistador: ¿Es un crecimiento de qué porcentaje?

Señor Díaz: Estamos hablando entre 15 a 20 por ciento en promedio. Ahora, depende básicamente también de la longitud de los recorridos.

Entrevistador: ¿Porcentualmente subirán lo mismo?

Señor Díaz: Exactamente.

Entrevistador: ¿Pero esto es ocasionado por...? ¿Por los combustibles? ¿A qué se debe?

Señor Díaz: El último alza es del 5 %, entonces uno diría: “pero cómo van a subir 15 si el alza es”. No, pero es una acumulación que se viene dando y, además de esto, permítame manifestar lo siguiente: se están creando en este momento dos fondos, a partir justamente de lo que significa este incremento. Un fondo para la renovación vehicular y un fondo para la capacitación y desarrollo del personal operativo. (...)

Entrevistador: Pero ¿a partir de mañana, la gente paga el pasaje que costaba un sol cincuenta (S/.1.50) pasa a un sol ochenta (S/.1.80) y el de un sol veinte (S/.1.20) a un sol cincuenta(S/.1.50)? ¿Es correcto eso?

Señor Díaz: Es correcto. En proporción, pero no olvidemos que dentro de la competencia pueda que también haya quienes establezcan a un sol cuarenta (S/.1.40) o un sol setenta (S/.1.70). (...)

54. Con relación a las declaraciones del señor Díaz, la Comisión estimó que aquellas tenían por objeto lograr un incremento coordinado de los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao. Asimismo, en la resolución apelada se añadió que dichas declaraciones fueron realizadas en un contexto de incremento sostenido del combustible, circunstancia que evidenciaba el propósito de la ASETUP de lograr, a través de estas recomendaciones, un incremento coordinado y similar en el precio de los pasajes.
55. En su apelación, los recurrentes sostuvieron que las declaraciones vertidas por el señor Díaz a los diversos medios de comunicación no constituyen prueba de concertación alguna, sino que por el contrario, evidencian una decisión que se tomó al interior de la Empresa de Transportes San Juan Número Ciento Ocho S.A.C., en la que el señor Díaz se desempeña como gerente general, y no así, en una asamblea de la ASETUP.
56. En similar sentido, en su apelación el señor Díaz agregó que las declaraciones cuestionadas no se efectuaron en su condición de Presidente de la ASETUP, sino en su calidad de persona natural, en ejercicio de su derecho a la libertad de opinión.

57. Ante las alegaciones de los apelantes, la Sala aprecia que en las declaraciones efectuadas en los diversos medios de comunicación no se hace referencia alguna a que el señor Díaz estaría actuando únicamente en representación de la Empresa de Transportes San Juan Ciento Ocho S.A.C., ni se delimita que el incremento de precios anunciado estaría restringido a una sola empresa.
58. Por el contrario, de la revisión de los actuados del expediente, se advierte que en las declaraciones vertidas en los diarios La República, Perú 21, La Razón y Correo, así como en la entrevista brindada al Grupo RPP S.A., el señor Díaz se encontraba actuando en su calidad de representante de la ASETUP, gremio que reúne a un sector de las empresas de transporte de pasajeros que operan en Lima y Callao.
59. Ciertamente, la actuación del señor Díaz en su condición de presidente del gremio no sólo se verifica porque se le presenta como representante de la ASETUP en las entrevistas en los diferentes medios de comunicación, sino principalmente, porque anunció un incremento de precios que sería aplicable a una generalidad de empresas de transporte urbano de pasajeros que operan en Lima y Callao.
60. Por un lado, se aprecia que los medios de comunicación recogen y resaltan sus declaraciones debido a su condición, dado que, en tanto Presidente de la ASETUP, representa a un sector importante de empresas de transporte de Lima y Callao, por lo que es de interés del público conocer las medidas relacionadas a los precios del servicio de transporte urbano de pasajeros.
61. Sin embargo, lo que corresponde resaltar es que conforme a las declaraciones del señor Díaz, la tarifa del servicio de transporte de pasajeros subiría de S/.1,50 a S/.1,80, de S/.1,20 a S/.1,50 y de S/. 1,00 a S/. 1,20 en los diferentes tipos de pasajes. Este incremento de precios en un mismo monto, se llevaría a cabo en una misma fecha, es decir, al día siguiente de las declaraciones vertidas por el representante de la ASETUP, y sería implementado no sólo por su empresa, sino por un conjunto de empresas en el mercado.
62. En tal sentido, la Sala verifica que el señor Díaz no emitió las declaraciones cuestionadas con la finalidad de brindar su opinión personal sobre cuál debería ser el precio de los pasajes, o cuál es la coyuntura que enfrenta el sector. Dichas declaraciones no contienen una mera opinión o punto de vista, sino el anuncio de un hecho cierto y preciso referido al incremento del precio de los pasajes.

63. Las recomendaciones anticompetitivas emitidas por los representantes de asociaciones gremiales resultan sancionables debido a que su principal efecto es que los competidores pueden alinear su conducta al precio anunciado o conforme a las medidas que son materia de la recomendación. Asimismo, quienes dirigen las asociaciones tienen una importante injerencia en los agentes del mercado, toda vez que ostentan la representación de un colectivo y transmiten comunicaciones que aparecerían como consecuencia de un consenso entre sus miembros.
64. Por tales consideraciones, las declaraciones del señor Díaz, en tanto presidente de la ASETUP, son susceptibles de generar un efecto significativo en el comportamiento competitivo de los agentes que participan en el mercado, lo que puede incluir a los miembros y no miembros de la asociación.
65. En efecto, en el caso en particular, se debe atender a que el mercado del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima y Callao es altamente desconcentrado debido a que se encuentra conformado por un elevado número de agentes que participan en la prestación del servicio. Ante esta característica propia del mercado bajo análisis, resulta difícil la implementación y seguimiento de un típico acuerdo de precios entre competidores.
66. En tal contexto, las recomendaciones de precios por parte de las asociaciones gremiales, efectuadas a través de sus representantes, aparecen como un instrumento idóneo que permite promover una actuación concertada entre los agentes que compiten en el mercado. Ello en la medida que estos últimos, participen o no como miembros de la asociación, tendrán conocimiento de cuál es el precio o el incremento que un importante porcentaje de competidores en el mercado estaría dispuesto a seguir.
67. A criterio de la Sala, no resulta atendible el argumento referido a que las declaraciones fueron realizadas sin la intención de hacer una recomendación para el alza de los pasajes de transporte urbano y que sólo se trataba de información que manejaba el señor Díaz como cualquier ciudadano. Por el contrario, se ha verificado que se trató de la transmisión de hechos concretos que se refieren al incremento de los precios del servicio de transporte urbano de pasajeros, y que eran susceptibles de propiciar un alza simultánea de precios en un mismo monto y a partir de una misma fecha por parte de los agentes participantes de dicho mercado.
68. Según lo antes expuesto, se advierte también que las recomendaciones efectuadas por la ASETUP no son consecuencia de un acuerdo o una decisión formalmente adoptada en el seno de la asociación. Conforme se ha

señalado, lo cierto es que cada vez es más difícil que las prácticas colusorias adopten mecanismos formales como un acuerdo firmado o una decisión que conste en las actas de un gremio. Sin embargo, las recomendaciones materializadas mediante los anuncios de precios y la posibilidad que tienen de influir en el comportamiento competitivo de los agentes que participan en la prestación del servicio, son susceptibles de generar una actuación concertada que afecta las condiciones de competencia en el mercado.

69. De otro lado, los apelantes manifestaron que el movimiento de los precios en el mercado de transporte urbano de pasajeros hacia una sola dirección no encontró antecedente inmediato en las declaraciones del señor Díaz, sino en factores como el alza del precio del combustible y la renovación de flotas que se encontraban implementando las empresas de transporte.
70. De las propias declaraciones del señor Díaz antes citadas, se verifica que en efecto, el incremento del precio de los combustibles y la necesidad que tendrían los transportistas de renovar sus flotas fueron algunas de las justificaciones invocadas que habrían impulsado el alza del precio de los pasajes de transporte urbano de pasajeros, o que habrían motivado que se produzca dicho incremento.
71. No obstante, aunque pueden existir razones empresariales válidas que pueden justificar un incremento de los precios, ello no implica que la asociación que reúne a parte de los agentes del mercado promueva una actuación concertada que provoque un alza en los precios de los pasajes en una idéntica proporción. Este último hecho es el que se considera sancionable por las normas de libre competencia, precisamente porque termina distorsionando la dinámica del proceso competitivo.
72. Es cierto que factores exógenos o propios del mercado pueden influir en un incremento de precios, a lo que se deberían sumar los costos que enfrenta de manera individual cada empresa. Sin embargo, al promover una actuación concertada, no se definen los precios conforme a la eficiencia empresarial de cada agente, sino como consecuencia de la distorsión generada por la recomendación gremial.
73. Finalmente, la ASETUP y el señor Díaz manifestaron que no existió concertación pues finalmente las empresas de transporte cobraron pasajes de acuerdo a su propia estructura de costos. Asimismo, añadieron que incluso si se hubiese dado la concertación, los beneficios obtenidos serían mayores al daño que pudiera haber sufrido el mercado, pues existe un mayor beneficio económico reflejado en la renovación paulatina del parque automotor.

74. Ante esta alegación, conforme a lo expuesto en el apartado precedente, las prácticas colusorias horizontales en sus diversas manifestaciones (es decir, acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas), que apuntan a la fijación de un único precio entre competidores o a un incremento de precios en la misma proporción, son consideradas como prohibiciones absolutas y serán sancionadas con solo verificarse la existencia de la conducta colusoria.
75. En tal sentido, el hecho que finalmente algunas empresas de transporte hayan cobrado un precio de acuerdo a su propia estructura de costos, o que se hayan obtenido mayores beneficios que perjuicios en el mercado, no son elementos que deben ser considerados para determinar si se configuró o no la infracción imputada en el presente caso.
76. Por tanto, los argumentos esgrimidos por los recurrentes no enervan la configuración de la infracción, esto es, la existencia de recomendaciones anticompetitivas cuya finalidad era promover una actuación concertada respecto de los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros.
77. Por lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI en el extremo que halló responsable a la ASETUP y al señor Díaz por infracción a los artículos 1 y 11.2 del Decreto Legislativo 1034, debido a la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas destinadas a incrementar los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, durante el mes de agosto de 2008.

IV. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

IV.1 Los criterios de graduación de la sanción

78. El artículo 230.3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General²⁵, consagra el principio de razonabilidad como uno de los principios rectores que debe guiar todo procedimiento administrativo sancionador establecido en leyes especiales, señalando que las autoridades deben prever

²⁵ **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:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajoso para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción (...)

que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajoso para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

79. Conforme anota la doctrina respecto del principio de razonabilidad, la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor a las eventuales ventajas que obtenga el imputado por la comisión de las infracciones, pues de lo contrario se estaría incentivando la realización de conductas antijurídicas dada la rentabilidad de su ejecución.²⁶
80. De otro lado, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad, que también rige la determinación de las sanciones aplicables en el marco de un procedimiento sancionador, constituye principalmente un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos (constitucionales o simplemente legales). Se trata de una técnica a partir de la cual el juzgador puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta o no, excesiva.²⁷
81. En el ámbito de los procedimientos por infracción a las normas de libre competencia, el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034²⁸ establece que para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, la autoridad de competencia tendrá en consideración entre otros, los siguientes criterios:
- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
 - (b) La probabilidad de detección de la infracción;
 - (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;

²⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 5ta. Ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. Pág. 627. *“las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción, sino su aspecto represivo carecería de sentido. Calificar o sancionar una conducta prohibida pero que genere alta rentabilidad con una sanción leve, es una invitación a transgredir la norma”*.

²⁷ Al respecto, ver: Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano del 9 de febrero de 2005 recaída en el Expediente 0760-2004-AA/TC (Asunto José Vidal Meza Guerra).

²⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-**

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- (b) La probabilidad de detección de la infracción;
- (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- (d) La dimensión del mercado afectado;
- (e) La cuota de mercado del infractor;
- (f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- (g) La duración de la restricción de la competencia;
- (h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- (i) La actuación procesal de la parte.

- (d) La dimensión del mercado afectado;
 - (e) La cuota de mercado del infractor;
 - (f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
 - (g) La duración de la restricción de la competencia;
 - (h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
 - (i) La actuación procesal de la parte.
82. Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en la ley y las exigencias del principio de razonabilidad, para desincentivar una conducta ilegal, la sanción esperada debe ser igual o mayor que el beneficio ilícito que el infractor espera obtener (siendo este último la ganancia esperada derivada de la infracción y que, de actuar lícitamente, no se obtendría). La sanción esperada depende principalmente de dos factores. El primero es el monto de la multa. El segundo es la probabilidad de que la conducta infractora sea efectivamente detectada y sancionada.
83. Por ejemplo, si una empresa sabe que se le impondrá una multa equivalente al beneficio ilícito esperado y que solo se detectan y sancionan las infracciones un 10% de las veces, le convendrá seguir cometiendo la infracción. El motivo es que la multa que se le impondrá la vez que se le sancione será compensada con el beneficio ilícito las otras nueve veces que no sea sancionada. Así, asumiendo que cada vez que infringe la norma obtiene un beneficio ilícito de 100, la empresa sabe que por cada 10 infracciones obtendrá un beneficio de $100 \times 10 = 1000$ y sufrirá un costo de 100 la vez que lo multen. En consecuencia, en el largo plazo tiene incentivos para cometer la infracción porque su beneficio esperado neto de cometer la infracción cada diez veces será de $1000 - 100 = 900$.
84. Por ello, para desincentivar una infracción que no siempre será detectada, es necesario imponer una multa superior al beneficio ilícito esperado, con la finalidad de que compense la dificultad de detección. En el ejemplo anterior, si al infractor solo se le detecta y sanciona una de cada diez veces, para desincentivar la conducta, la multa que se le imponga la vez que se le detecte debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito esperado multiplicado por diez. Así de cada diez veces que cometa la infracción el beneficio ilícito será igual a su costo y el agente no tendrá incentivos para infringir la ley.
85. Formalizando esta lógica, el cálculo de la multa óptima estará determinado por la siguiente fórmula:

$$\text{Multa} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

86. Ahora bien, debido a la limitación de información disponible sobre el beneficio ilícito esperado respecto de cada infracción cometida y a fin de dotar de mayor objetividad el cálculo de la sanción aplicable, es posible tomar como referente el criterio del beneficio ilícito obtenido, utilizando para ello los ingresos efectivamente percibidos por el infractor. De este modo, el beneficio ilícito obtenido se determinaría a partir del diferencial entre los ingresos percibidos antes y después de la implementación de la conducta anticompetitiva.
87. A efectos de lograr desincentivar la conducta infractora y aplicar la fórmula propuesta, al beneficio ilícito obtenido se debe aunar la determinación de la probabilidad de detección. Para cuantificar esta última, se debe partir de la premisa que difícilmente es del cien por ciento, pues ello implicaría que en todos los casos la autoridad administrativa va a detectar la conducta. Asimismo, al igual que con el beneficio ilícito, la Comisión y la Sala no cuentan con información perfecta acerca de la probabilidad de detección. Por eso, deberán trabajar con la información disponible, bajo asunciones razonables que deberán ser explicadas y dentro de los márgenes de discreción que establece la ley.
88. Al respecto, la ley recoge otros criterios de graduación de la sanción que influyen en el beneficio ilícito resultante y/o en la probabilidad de detección y que pueden ser tomados en cuenta para estimar estos dos factores. Estos criterios son: la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la duración de la restricción de la competencia, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores, entre otros.
89. Una vez determinada la gravedad de la infracción, el artículo 43.1 del Decreto Legislativo 1034²⁹ establece que las conductas anticompetitivas

²⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Artículo 43.- El monto de las multas.-**

Artículo 43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,
- c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

serán sancionadas por la autoridad de competencia, con las siguientes multas:

- (i) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- (ii) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,
- (iii) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

IV.2 La multa aplicable a la ASETUP

90. Para el cálculo de la multa impuesta a la ASETUP, la Comisión consideró el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la acción sancionada. En particular, en lo referente al beneficio ilícito esperado por la denunciada, en la resolución apelada se tomó el diferencial entre los precios de los pasajes del periodo anterior a las declaraciones del señor Díaz y los precios que fueron incrementados como consecuencia de la recomendación. La fórmula para el cálculo de la multa se describe a continuación:

$$\text{Multa} = \frac{(P_c - P_t) \cdot Q_t}{Pr_d}$$

Donde,

P_c : Precio establecido por la recomendación

P_t : Precio antes de la recomendación

(...)

Q_t : Cantidad de pasajeros que utilizaron el servicio en el tiempo "t"
 Pr_d : Probabilidad de detección

91. Dado que la ASETUP no percibe un beneficio directo derivado del incremento de precios que es consecuencia de la recomendación, sino que son los asociados quienes se benefician de la conducta anticompetitiva, para el cálculo del beneficio ilícito esperado se tomó en cuenta el beneficio ilícito esperado de las asociadas de la ASETUP como consecuencia del incremento de precios generado a partir de la recomendación anticompetitiva.
92. En este sentido, el beneficio que podía obtener ASETUP correspondía a los mayores ingresos que obtendrían sus cuarenta y siete (47) empresas asociadas; sin embargo, conforme a la información recabada en el expediente, solamente catorce (14) incrementaron sus precios con posterioridad a las declaraciones del señor Díaz.
93. Para la aplicación de la fórmula se tomó en cuenta a las cinco (5) empresas de transporte que se adhirieron a la recomendación de incrementar los precios de los pasajes exactamente en los montos propuestos por el señor Díaz, es decir, es decir, de S/. 1,00 a S/. 1,20 en el pasaje "urbano", de S/. 1,20 a S/. 1,50 en el pasaje "interurbano" y de S/. 1,50 a S/. 1,80 en el pasaje "directo".
94. Al respecto, la Comisión consideró que aunque la ASETUP podía haber esperado que la recomendación fuese acatada por todas sus asociadas (con lo cual, se habría incrementado el beneficio esperado), era conveniente tomar únicamente los ingresos obtenidos por las asociadas que efectivamente siguieron la recomendación, pues ello dotaba de mayor objetividad el cálculo de la sanción aplicable. Ello en línea con lo expuesto en el numeral 86 de la presente resolución, en el cual se consideró que el beneficio ilícito obtenido es un criterio que permite obtener un cálculo más objetivo de la sanción.
95. De otro lado, para el cálculo del periodo de la conducta ilícita, la Comisión estimó una duración de ocho (8) semanas. Como punto de inicio consideró la fecha del incremento de precios realizado por las asociadas que siguieron la recomendación de la ASETUP y, como punto final, la fecha en que se estimó que los precios habrían respondido no a la recomendación de la ASETUP, sino a un equilibrio de mercado. Para ello, se tomó como referencia la fecha en que cesó el incremento derivado de la recomendación y se produjo el

último incremento del precio promedio de los pasajes de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao³⁰.

96. Luego de la aplicación de la fórmula, el beneficio ilícito ascendió a un monto equivalente a ciento ochenta y seis con una décima (186,1) UIT³¹. Dicho monto fue dividido entre la probabilidad de detección, la cual a criterio de la Comisión corresponde al 100%, dado que las recomendaciones anticompetitivas fueron efectuadas a través de declaraciones públicas, fácilmente detectables por la autoridad de competencia. A partir de ello, la multa base correspondiente a la ASETUP ascendió a ciento ochenta y seis con una décima (186,1) UIT, conforme se aprecia a continuación:

Cuadro N°1
Cálculo de la multa base

Empresas	Ruta	Fecha de incremento	A		B		C	D	E	F	Beneficio ilícito por ruta
			Antes	Después	Antes	Después					
Empresa de Transportes 78 S.A.	EM11	01/09/08	S/. 1.00	S/. 1.20	576	84	S/. 9.676.80	8	S/. 77.414.40		
	EO55	01/09/08	S/. 1.00	S/. 1.20	576	52	S/. 5.990.40	8	S/. 47.923.20		
Empresa de Transportes San Felipe S.A.	ICR-05	31/08/08	S/. 1.00	S/. 1.20	480	26	S/. 2.496.00	8	S/. 19.968.00		
	CR-51	31/08/08	S/. 1.00	S/. 1.20	480	36	S/. 3.456.00	8	S/. 27.648.00		
	IO-31	31/08/08	S/. 1.00	S/. 1.20	576	86	S/. 9.907.20	8	S/. 79.257.60		
Trans. Service Canada S.A.	EM-53	set-08	S/. 1.00	S/. 1.20	540	82	S/. 8.856.00	8	S/. 70.848.00		
	IM-04	set-08	S/. 1.00	S/. 1.20	600	86	S/. 10.320.00	8	S/. 82.560.00		
	IM-11	set-08	S/. 1.00	S/. 1.20	720	69	S/. 9.936.00	8	S/. 79.488.00		
Nueva América S.A.	NM-33	01/09/08	S/. 1.00	S/. 1.20	458	54	S/. 4.946.40	8	S/. 39.571.20		
	NM-11	01/09/08	S/. 1.00	S/. 1.20	380	48	S/. 3.648.00	8	S/. 29.184.00		
Transportes y Servicios Santa Cruz S.A.	NO.03	28/08/08	S/. 1.00	S/. 1.20	717	93	S/. 13.336.20	8	S/. 106.689.60		
Beneficio total										S/. 660.552	
1 UIT										S/. 3.550	
Multa en UIT										186.1	

Fuente: Empresa de Transportes 78 S.A., Empresa de Transportes San Felipe S.A., Transporte Service Canadá S.A., Nueva América S.A. y Transporte y Servicios Santa Cruz S.A.
Elaboración: ST-CLC-INDECOPI

97. Sobre el particular, los recurrentes señalaron que la Comisión no habría tenido en cuenta el real desarrollo de una empresa de transporte, toda vez que aquella no es beneficiada directamente por el cobro de pasajes, sino por la cuota que cobra a los propietarios de los vehículos por el derecho de operar en una ruta específica. De esta manera, sostuvieron que el beneficio ilícito debió calcularse en base a la diferencia entre la cuota cobrada por

³⁰ Conforme a la información del INEI, el precio promedio del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao tuvo un último incremento en el mes de octubre de 2008. Al respecto, ver: <http://www1.inei.gob.pe/web/aplicaciones/siemweb/index.asp?id=003> (Visitada el 15 de diciembre de 2010)

³¹ El monto de 186,1 UIT se ha obtenido multiplicando el diferencial de precios que se presentó antes (Columna A) y después (Columna B) de las declaraciones del señor Díaz por el número semanal de pasajeros (Columna C) y el número de unidades vehiculares de las empresas (por ruta) que incrementaron sus precios luego de las declaraciones del señor Díaz (Columna D), obteniendo de esta forma el beneficio ilícito de una semana. El monto semanal se multiplicó por ocho (8) (Columna F), según el periodo estimado de duración de los efectos de la conducta anticompetitiva, obteniéndose como resultado el valor de S/. 660,552.00, monto equivalente a 186,1 UIT.

cupo antes y después de llevarse a cabo el aumento de los precios de los pasajes.

98. Ante dicha alegación, corresponde señalar que los casos de recomendaciones anticompetitivas representan un supuesto particular, toda vez que la entidad gremial no recibe un beneficio directo como consecuencia de dicha práctica, sino que como resultado de esta última, serán los prestadores del servicio quienes verán directamente incrementados sus beneficios económicos.
99. A su vez, las empresas asociadas tampoco perciben directamente todos los beneficios derivados de la implementación de la recomendación anticompetitiva, pues finalmente son los transportistas quienes incrementan sus tarifas (según la recomendación), recaudan los ingresos por la prestación del servicio y trasladan a los consumidores el incremento de la tarifa que es consecuencia de la restricción a la competencia.
100. En tal sentido, esta Sala considera que si bien en la mayoría de casos, el criterio del beneficio ilícito obtenido por el infractor constituye el principal elemento para la graduación de la sanción, existen supuestos en los que dicho beneficio aparece como no significativo o no es fácilmente cuantificable, siendo que los beneficios económicos son directamente percibidos por otros agentes.
101. De esa manera, aunque en el presente caso, el monto considerado como beneficio ilícito por la Comisión no representa el beneficio directamente obtenido por la ASETUP o las asociadas que la conforman, sí refleja los beneficios obtenidos por los prestadores del servicio, quienes operan las rutas concesionadas a favor de las empresas de transporte y guiaron su conducta por la recomendación anticompetitiva efectuada por la asociación. Por ende, tal como fue determinado por la primera instancia, el beneficio ilícito obtenido asciende a 186,1 UIT.
102. Asimismo, respecto de la probabilidad de detección, en el caso bajo análisis puede considerarse de 100%, debido a la importante exposición en medios de comunicación que tuvieron las recomendaciones efectuadas por el representante de la ASETUP. En consecuencia, este colegiado coincide con la determinación de la multa base efectuada en la resolución apelada.
103. A mayor abundamiento, la Sala considera que incluso si se utilizara otra metodología o criterio para determinar la sanción aplicable, como por ejemplo, el daño causado como consecuencia de la conducta ilícita, se llegaría al mismo resultado.

104. Ciertamente, conforme a lo señalado en el apartado precedente, otro de los criterios establecidos en el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034 para determinar la gravedad de la infracción, es el efecto que la restricción de la competencia puede generar sobre los consumidores (literal f) y, por ende, el daño que se genera a estos últimos como consecuencia de la restricción a la competencia.
105. Al respecto, el daño causado a los consumidores como consecuencia de la infracción cometida por la denunciada, estaría constituido por el mayor precio de los pasajes que aquellos debieron pagar durante el periodo en el cual se implementó la recomendación. Por tanto, el monto de dicho daño estaría determinado también por el diferencial entre los ingresos percibidos antes y después de la comisión de la infracción, considerando factores como el número de unidades vehiculares de las empresas involucradas y el periodo de la restricción a la competencia, ascendiendo a 186,1 UIT, es decir, al monto determinado como beneficio ilícito por la Comisión.
106. Otro argumento formulado por las recurrentes para cuestionar la determinación de la sanción, fue señalar que para calcular la multa se tomó como referencia la información entregada por “supuestas” empresas asociadas de la ASETUP. Sin embargo, la relación de asociadas fue proporcionada por la propia ASETUP mediante su escrito del 11 de diciembre de 2008, y por tanto, la Comisión determinó la multa aplicable sustentándose en la información proporcionada por aquellas empresas señaladas como asociadas por la imputada. En tal sentido, corresponde desestimar las alegaciones planteadas por ASETUP al respecto.
107. De otro lado, respecto de otros criterios para determinar la gravedad de la sanción aplicable, sobre *la reincidencia de las conductas prohibidas*, cabe señalar que tal como anotó la Comisión, la ASETUP habría sido sancionada mediante la Resolución 015-93-CLC/INDECOPI por la adopción de decisiones y recomendaciones anticompetitivas.
108. En su apelación, la ASETUP ha insistido en sostener que en aquella oportunidad se sancionó a una entidad distinta a la que preside en la actualidad el señor Díaz, pues mediante la Resolución 015-93-CLC/INDECOPI se sancionó a la Asociación de Empresas y Transportistas Urbano e Interurbano de Pasajeros de Lima y Callao, asociación fundada en 1990, y no así a la ASETUP, entidad que fue inscrita en los Registros Públicos en el 2002.

109. No obstante, conforme se advierte de las propias declaraciones del señor Díaz³², la ASETUP ha operado en los hechos como una sola asociación desde su fundación hasta la actualidad, pues él ha señalado que ha sido Presidente de la ASETUP desde 1999 hasta hoy. Por tanto, aunque en el 2002 se haya fundado una asociación con una denominación distinta a la sancionada por la Comisión en 1993, el mismo señor Díaz la ha considerado como una sola asociación a lo largo del tiempo.
110. En tal sentido, la Sala estima que cabe la aplicación del principio de primacía de la realidad recogido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1034³³, dado que corresponde atender a la verdadera naturaleza de las cosas y hechos, y no exclusivamente a las formalidades. En efecto, se puede afirmar que la ASETUP tenía pleno conocimiento de los efectos de su conducta en el mercado y de las sanciones que podía recibir por infringir las normas de libre competencia.
111. A partir de lo expuesto, la Sala considera que un factor como la condición de reincidente del sujeto infractor, podría haber determinado la imposición de una multa mayor a la impuesta por la Comisión, dado que se trata de una

³² En la entrevista realizada por la Secretaría Técnica el 26 de agosto de 2008, el señor Díaz se refirió a la ASETUP como una sola asociación desde su fundación hasta la actualidad al señalar lo siguiente:

Secretaría Técnica: *Unas primeras preguntas para conocer un poco la función de la Asetup y, en particular, su rol dentro de ésta. ¿Cuándo es que se funda esta asociación?*

Señor Díaz: *Bueno, esta asociación tiene realmente ya de fundada desde el año 1991.*

Secretaría Técnica: *¿Con qué finalidad, si usted estuvo desde el inicio?*

Señor Díaz: *Yo estuve desde el inicio de la Asetup pero no como miembro de la Junta Directiva sino simplemente mi empresa, de la cual yo soy Gerente, era o pertenece hasta hoy día a la asociación que es la empresa de transporte San Juan Ciento Ocho*
(...)

Secretaría Técnica: *¿Desde cuándo ocupa el cargo de Presidente?*

Señor Díaz: *Desde el año de 1999.*

Secretaría Técnica: *¿Antes desempeñó otro cargo en la asociación?*

Señor Díaz: *Vicepresidente.*

Secretaría Técnica: *Vicepresidente. ¿Qué periodo fue este?*

Señor Díaz: *desde el 95' hasta 99'.*

(...)

³³ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.- Artículo 5.- Primacía de la realidad.-**

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

infracción grave. Sin embargo, en respeto del principio de prohibición de “reforma en peor”, que proscribe empeorar la situación del apelante, corresponde confirmar la multa impuesta a la ASETUP en ciento ochenta y seis con una décima (186,1) UIT.

IV.3 La multa aplicable al señor Díaz

112. El artículo 43.3 del Decreto Legislativo 1034³⁴, establece que además de la sanción que corresponde imponer a los infractores, podrá imponerse una multa de hasta cien (100) UIT a los representantes o personas naturales encargadas de la dirección o administración de las personas jurídicas sancionadas, según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.
113. La sanción de las personas naturales busca que quienes se encargan de gestar y ejecutar una práctica anticompetitiva, resulten responsables de sus actos y no se consideren protegidos o inmunes de los efectos de su conducta detrás de la ficción de la persona jurídica. En particular, se debe vigilar a quienes participan de los órganos de dirección o gerenciales, pues se encontrarán relacionados con la adopción de decisiones dentro de la empresa.
114. Así, la sanción a imponer a las personas naturales deberá guardar relación directa con el grado de responsabilidad en la toma de decisiones. Por tanto, en la mayoría de casos, quienes ostenten un cargo de mayor jerarquía y participen en la adopción de prácticas anticompetitivas serán objeto de una sanción más elevada, debido a su acceso a mayor información de la empresa y su capacidad de determinar la adopción de una decisión empresarial que conlleva efectos anticompetitivos.
115. En el presente caso, el señor Díaz, Presidente de la asociación, participó de manera directa en la práctica anticompetitiva (recomendaciones de precios). Conforme a lo actuado en el expediente, dicha conducta se materializó mediante sus declaraciones vertidas en diversos medios masivos de comunicación, las cuales apuntaban a lograr el incremento del precio de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros.
116. Toda vez que el señor Díaz se desempeñaba como Presidente de la ASETUP y, por tanto, gozaba de la mayor jerarquía en la asociación que le

³⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Artículo 43.- El monto de las multas.-**
(...)

43.3. Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

permitía ostentar una mayor capacidad de influencia en los agentes del mercado, la Comisión consideró que debía imponérsele una multa ascendente al 10% de la multa impuesta a la ASETUP, es decir, dieciocho con sesenta y una décimas (18,61) UIT.

117. Al respecto, la Sala considera que la multa impuesta por la primera instancia resulta razonable, atendiendo al cargo del señor Díaz en la asociación, y dada la importancia de disuadir la comisión de estas conductas por parte de los dirigentes gremiales. Asimismo, la sanción es proporcional atendiendo al monto de la multa que finalmente ha sido fijado para la asociación y la gravedad de la conducta.
118. Por tales consideraciones, corresponde confirmar la multa impuesta al señor Díaz ascendente a dieciocho con sesenta y una décimas (18,61) UIT.

V. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, en el extremo que declaró infundada la solicitud de nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI, deducida por la Asociación de Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú – ASETUP.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI, en el extremo que halló responsable a la Asociación de Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú – ASETUP por infracción a lo dispuesto en los artículos 1 y 11.2 del Decreto Legislativo 1034, por la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas destinadas a incrementar los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, realizadas durante el mes de agosto de 2008.

TERCERO: confirmar la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI, en el extremo que halló responsable al señor José Luis Díaz León, en su condición de Presidente de la Asociación de Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú – ASETUP, por la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas destinadas a incrementar los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, realizadas durante el mes de agosto de 2008.

CUARTO: confirmar la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI, en el extremo que sancionó a la Asociación de Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú – ASETUP y al señor José Luis Díaz León, con multas de ciento ochenta y

seis con una décima (186,1) Unidades Impositivas Tributarias y dieciocho con sesenta y una décimas (18,61) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Héctor Tapia Cano, Raúl Francisco Andrade Ciudad, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre y Alfredo Ferrero Diez Canseco.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente