



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

000073

Expediente 002-2012/CLC

Resolución 005-2012/ST-CLC-INDECOP

23 de abril de 2012

VISTO:

La denuncia interpuesta por San Felipe Expres's S.A. (en adelante, San Felipe) contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, la Municipalidad) y Empresa de Transportes Urbanos Los Chinos S.A. (en adelante, Los Chinos), por presuntas prácticas colusorias verticales, en el mercado de transporte de pasajeros en las rutas Villa El Salvador - Carabayllo y Villa El Salvador - Puente Piedra.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. San Felipe es una empresa dedicada al transporte de pasajeros en sus diversas modalidades, urbano, interurbano, nacional, y al transporte de carga, así como a las actividades conexas de importación y comercialización de bienes de uso automotriz¹.
2. La Municipalidad es un órgano de gobierno local con autonomía política, económica y administrativa, que ejerce jurisdicción, en las materias de su competencia, sobre las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima².
3. Los Chinos es una empresa dedicada a la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros, al transporte escolar, turístico y afines³.
4. El 12 de marzo de 2012, San Felipe interpuso una denuncia contra la Municipalidad y Los Chinos, por presuntas prácticas colusorias verticales en el mercado de transporte de pasajeros en las rutas Villa El Salvador - Carabayllo y Villa El Salvador - Puente Piedra, de conformidad con lo dispuesto por los

¹ Ver Partida 00383848 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP.

² De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 194 de la Constitución Política del Perú y el artículo 154 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

³ Ver Partida 00237639 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000074

artículos 1 y 12 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

5. San Felipe sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:

- i. Debido al aumento de la demanda en la ruta Villa el Salvador - Carabaylo, de la cual San Felipe es concesionaria, el 29 de octubre de 2009 solicitó a la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad que apruebe el incremento de su flota vehicular de 74 a 104 unidades, de acuerdo a lo dispuesto en la Ordenanza Municipal 104⁴.
- ii. Posteriormente, el 23 de febrero de 2011, San Felipe solicitó ante la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad la regularización de la Ficha Técnica⁵ de la ruta que opera, de acuerdo a lo dispuesto en la Ordenanza Municipal 1338⁶. En dicha oportunidad, reiteró el pedido de incremento de su flota vehicular.
- iii. Mediante Informe 205-2011-MML/GTU-SETT del 18 de marzo de 2011, la Subgerencia de Regulación de Transporte de la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad determinó que, de acuerdo a los niveles de servicio de la ruta Villa el Salvador - Carabaylo, ésta calificaba como vía saturada y, por lo tanto, no era posible acceder a la solicitud de incremento de flota vehicular de San Felipe.
- iv. Por dichos motivos, mediante Resolución de Subgerencia 2489-2011-MML/GTU-SRT del 25 de marzo de 2011, la Subgerencia de Regulación de Transporte de la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad declaró improcedente la solicitud de San Felipe.
- v. Sin embargo, según la denunciante, el 23 de diciembre de 2008, la Municipalidad había accedido a la solicitud de incremento de flota vehicular de Los Chinos, empresa concesionaria de la ruta Villa El Salvador - Puente Piedra, ruta de recorrido similar al que opera San Felipe. Ello, en opinión de la denunciante, constituiría un indicio de una práctica colusoria vertical entre la Municipalidad y Los Chinos, toda vez que, ante un mismo requerimiento, la primera habría obrado de manera distinta.

⁴ Ordenanza Municipal 104, Reglamento del Servicio Público de Transporte Urbano e Interurbano de Pasajeros en Ómnibus y otras modalidades para la provincia de Lima

Artículo 2.- Para la prestación del Servicio indicado en el artículo anterior la autoridad administrativa podrá:

(...)

d) Aprobar el incremento o disminución de flotas y frecuencias (...).

⁵ De acuerdo al artículo 5 de la Ordenanza Municipal 1338, Ordenanza que reglamenta la prestación del servicio público de transporte regular de pasajeros en Lima Metropolitana, la Ficha Técnica es el conjunto de datos técnicos que cada ruta requiere para operar, entre los que se encuentran, el itinerario, distrito de origen, distrito final, flota requerida, flota operativa y flota reserva, tipología vehicular, intervalo de paso, velocidad, longitud del recorrido, paradero inicial y final, zona de estacionamiento, entre otros.

⁶ Ordenanza Municipal 1338

Artículo 38°.- De la Modificación a la Ficha Técnica

Las Empresas Autorizadas podrán solicitar la modificación, registro o habilitación de cualquiera de los datos técnicos contenidos en la Ficha Técnica de la ruta autorizada a través de sus representantes legales y cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 39° de la presente Ordenanza; sujeto a la aprobación de la autoridad administrativa.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000075

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

6. Determinar si existen indicios razonables de la comisión de prácticas colusorias verticales por parte de la Municipalidad y Los Chinos en el mercado de transporte de pasajeros en las rutas Villa El Salvador - Carabaylo y Villa El Salvador - Puente Piedra y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

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

7. 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.
8. 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 generar⁷.
9. 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 administrado⁸.
10. 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

⁷ 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.

⁸ Ley 27444

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.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000076

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]

11. 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.

3.2. Principales características de las infracciones al Decreto Legislativo 1034

a. Abuso de posición de dominio

12. El artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 define al abuso de posición de dominio en los siguientes términos:

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

13. Por su parte, el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 recoge las posibles modalidades de abuso de posición de dominio, según se lee a continuación:

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000077

- c) Subordinar 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;*
- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;*
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;*
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;*
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,*
- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.*

14. De acuerdo a las normas citadas, los requisitos necesarios para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:

- a. Que el supuesto infractor ostente posición de dominio.
- b. Que el supuesto infractor haya restringido la competencia en alguna de las modalidades descritas en la norma.
- c. Que el supuesto infractor haya obtenido beneficios y haya perjudicado a competidores reales o potenciales, directos o indirectos.

15. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para afectar o distorsionar unilateralmente en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado. Si no contara con posición de dominio, su acción no podría constituir un abuso de posición de dominio.

El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor gozaría de dicha posición.

16. En lo que se refiere al segundo requisito, por ejemplo, la modalidad de negativa injustificada de trato (literal a) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034) puede producirse cuando el presunto infractor rechaza directamente una solicitud de compra o venta (negativa directa), o cuando no responde o responde con reiteradas evasivas la solicitud del supuesto afectado (negativa indirecta), sin que medie justificación objetiva para su conducta.

Otro ejemplo es la modalidad de discriminación (literal b) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034) que puede producirse cuando el presunto infractor aplica, en las relaciones comerciales, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No obstante, no constituye un acto de





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000078

discriminación el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas.

17. Finalmente, el tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, el infractor debe obtener beneficios y causar perjuicios. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la infracción denunciada restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna empresa vinculada) y en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando el bienestar de los consumidores.
18. Concretamente, el fin de obtener beneficios y causar perjuicios se verifica cuando la infracción denunciada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la entrada o limitar el crecimiento de uno o más competidores directos o indirectos del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo). No obstante, estos efectos reales o potenciales no son sancionables cuando son consecuencia de la búsqueda de la mayor eficiencia económica por parte del presunto infractor.
19. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que los requisitos antes señalados se presenten de forma concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de ellos para que la actuación de la empresa investigada no constituya un abuso de posición de dominio.

b. Prácticas colusorias horizontales

20. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034.
21. 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 clientes⁹, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores. 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.
22. 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.
23. Se entiende por acuerdo que restringe la competencia, todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se

⁹ A diferencia de las prácticas colusorias verticales, realizadas por agentes que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000079

comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.

24. 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 razonable¹⁰.
25. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son declaraciones o indicaciones 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).
26. 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 involucrado¹¹.
27. 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.

¹⁰ 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 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.

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.

¹¹ Ver Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, sobre prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima.

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,





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000080

28. La responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realice no enerva la posibilidad de atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados¹³. 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 corresponda¹⁴.
29. Por su parte, el artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034 recoge las posibles modalidades de prácticas colusorias horizontales, según se lee a continuación:
- (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.*

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.

¹³ 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.

¹⁴ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

Ver Resolución 069-2010/CLC-INDECOPI del 6 de octubre de 2010, sobre prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios del servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros en Huaraz, mediante la cual se sancionó la recomendación de una asociación de transportistas y el acuerdo de sus asociados.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000081

c. Prácticas colusorias verticales

30. Respecto de las prácticas colusorias verticales, el artículo 12 del Decreto Legislativo 1034 establece lo siguiente:

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

31. Como se puede apreciar, las prácticas colusorias verticales, a diferencia de las horizontales, son realizadas entre dos o más agentes económicos independientes que actúan en diferentes niveles de una cadena de producción, distribución o comercialización. Estas conductas tienen por objeto acordar o fijar las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes y servicios¹⁵.
32. Las prácticas colusorias verticales únicamente son sancionables en la medida en que generen –real o potencialmente– un efecto exclusorio en los competidores ubicados en el mercado. Para ello, se requiere que al menos una de las partes tenga posición de dominio. Esto ha sido reconocido expresamente en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que precisa que “la configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante”.
33. En consecuencia, para la configuración de una práctica colusoria vertical se requieren dos elementos concurrentes: (i) que la conducta sea realizada entre dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción, distribución o comercialización, y (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva.

3.3. Ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034

34. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034¹⁶, esta norma resulta aplicable a los agentes económicos, a los que define como

¹⁵ Directrices referidas las Restricciones Verticales (2000/C 291/01), disponible en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:291:0001:0044:ES:PDF>.

¹⁶ Decreto Legislativo 1034

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

2.2. Las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, con sus actos generan responsabilidad en éstas, sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000082

las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad.

35. Como se ha señalado, al definir las conductas anticompetitivas, el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales, los artículos 10, 11 y 12 del Decreto Legislativo 1034¹⁷ exigen que la conducta haya sido realizada por uno o varios agentes económicos, respectivamente.
36. Por lo tanto, el Decreto Legislativo 1034 sólo resulta aplicable a aquellos sujetos que ofrezcan o demanden bienes o servicios en el mercado y, en consecuencia, califiquen como agentes económicos. En ese sentido, para que pueda configurarse un abuso de posición de dominio o una práctica colusoria horizontal o vertical, el Decreto Legislativo 1034 exige que la conducta haya sido realizada por uno o varios agentes económicos, respectivamente.

3.4. Análisis de la conducta denunciada como posible práctica colusoria vertical

37. De acuerdo a la denunciante, la negativa de la Municipalidad de acceder a su solicitud de incremento de flota vehicular tendría como origen la existencia de una práctica colusoria vertical realizada entre la Municipalidad y Los Chinos, con el propósito de beneficiar a esta última.
38. En particular, San Felipe señaló lo siguiente:

[A]nte un mismo requerimiento [se refiere a las solicitudes presentadas por San Felipe y Los Chinos para el incremento de sus respectivas flotas vehiculares] existe doble y distinto pronunciamiento de la autoridad municipal, que evidencia una clara discriminación y prácticas colusorias verticales que han permitido favorecer a la Empresa de Transportes Urbanos Los Chinos S.A. en evidente perjuicio nuestro, siendo la autoridad

2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término "agente económico". También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.

Decreto Legislativo 1034

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

(...)

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:

(...)

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

(...)

[Énfasis agregado]





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000083

*municipal quien ha incurrido en faltas a la Libre Competencia, en claro y evidente beneficio de la Empresa de Transportes Urbanos Los Chinos S.A. (...).*¹⁸

39. Al respecto, cabe recordar que el Decreto Legislativo 1034 sólo resulta aplicable a aquellos sujetos que ofrezcan o demanden bienes o servicios en el mercado y, en consecuencia, califiquen como agentes económicos. En ese sentido, para que pueda configurarse una práctica colusoria vertical, el Decreto Legislativo 1034 exige que la conducta haya sido realizada por, al menos, dos agentes económicos.
40. Sin embargo, en el presente caso, al pronunciarse sobre las solicitudes de incremento de flota vehicular de San Felipe y Los Chinos, la Municipalidad se limitó a ejercer las facultades atribuidas a ella en los artículos 81 y 161 de la Ley Orgánica de Municipalidades¹⁹ y en los artículos 4 y 41 de la Ordenanza Municipal 1338²⁰, referidos a las competencias de esta autoridad en materia de transporte público.
41. De acuerdo a lo anterior, la Municipalidad no actuó como agente económico, es decir, como un sujeto que ofrece o demanda bienes o servicios en el mercado, sino en ejercicio de una facultad pública atribuida por el ordenamiento jurídico.

¹⁸ Ver foja 9 del Expediente.

¹⁹ Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades

Artículo 81.- Tránsito, vialidad y transporte público

Las municipalidades, en materia de tránsito, vialidad y transporte público, ejercen las siguientes funciones:

(...)

1.4. Normar y regular el transporte público y otorgar las correspondientes licencias o concesiones de rutas para el transporte de pasajeros, así como regular el transporte de carga e identificar las vías y rutas establecidas para tal objeto. (...)

Artículo 161.- Competencias y funciones

La Municipalidad Metropolitana de Lima tiene las siguientes competencias y funciones metropolitanas especiales:

(...)

7. En materia de transportes y comunicaciones:

7.1. Planificar, regular y gestionar el transporte público; (...).

²⁰ Ordenanza Municipal 1338

Artículo 4º.- De la Autoridad Competente

La Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima, a través de las subgerencias a su cargo, es el órgano de línea competente para otorgar los títulos habilitantes necesarios para la prestación del servicio público de transporte regular de personas en la Provincia de Lima, así como para fiscalizar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ordenanza. (...)

Artículo 41º.- Parámetros Técnicos mínimos de Evaluación

La Subgerencia de Estudios de Tránsito y Transporte, para evaluar los Estudios Técnicos que soliciten las Modificaciones a las Fichas Técnicas de una Ruta estas deberán encontrarse en condición de activas de conformidad con el Sistema Integrado de Transporte Urbano – SITU y además tener en cuenta los parámetros y criterios técnicos mínimos siguientes:

(...)

2. Para los casos de modificación de flota:

a) Se deberá tener en cuenta la capacidad de la vía, expresada en vehículos/hora/sentido en los puntos críticos del itinerario, indicando el nivel de servicio.

b) Se deberá verificar la existencia de la demanda y la necesidad del servicio (carga de pasajeros) de acuerdo a la condición o nivel de las vías.

c) Se deberá modificar cuando exista un cambio de tipología vehicular de menor a mayor capacidad a la establecida en su ficha técnica.

(...)



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

000084

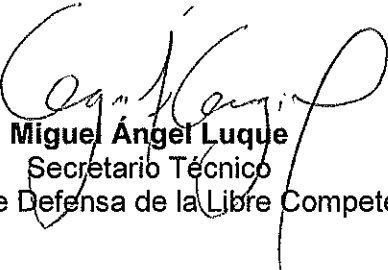
Por lo tanto, la Municipalidad no podría haber participado en una práctica colusoria vertical bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034.

42. Asimismo, considerando que la Municipalidad no podría haber participado en una práctica colusoria vertical, Los Chinos tampoco podría haber participado con ella en una conducta de este tipo. En efecto, como se ha señalado, el Decreto Legislativo 1034 establece que, para que se pueda configurar una práctica colusoria vertical, la conducta debe haber sido realizada por, al menos, dos agentes económicos. Sin embargo, en el presente caso, la conducta denunciada no habría sido realizada por dos agentes económicos sino por una entidad pública (la Municipalidad) y un agente económico (Los Chinos).
43. En tal sentido, considerando que la conducta denunciada no habría sido realizada por, al menos, dos agentes económicos, requisito indispensable para que pueda configurarse una práctica colusoria vertical, esta Secretaría Técnica considera que la conducta denunciada no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034. En consecuencia, corresponde declarar improcedente la presente denuncia.
44. Adicionalmente, cabe señalar que la conducta denunciada tampoco podría haber configurado una práctica colusoria horizontal ni un abuso de posición de dominio. En efecto, para que calificara como una práctica colusoria horizontal, la conducta tendría que haber sido realizada por, al menos, dos agentes económicos competidores entre sí. Por otro lado, para que calificara como un abuso de posición de dominio, la conducta tendría que haber sido realizada por un agente económico con posición dominante. Sin embargo, ninguna de estas circunstancias se habría configurado en el presente caso.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

Declarar improcedente la denuncia interpuesta por San Felipe Expres's S.A. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima y Empresa de Transportes Urbanos Los Chinos S.A., por presuntas prácticas colusorias verticales en el mercado de transporte de pasajeros en las rutas Villa El Salvador - Carabayllo y Villa El Salvador - Puente Piedra, debido a que la conducta denunciada se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.



Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico

Comisión de Defensa de la Libre Competencia

