

22 de diciembre de 2009

VISTO:

La Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI del 17 de diciembre de 2008, mediante la cual la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) inició de oficio el presente procedimiento administrativo sancionador contra la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros – ASETUP (en adelante, la 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 Metropolitana y Callao, realizadas durante el mes de agosto de 2008; el Informe 036-2009/ST-CLC-INDECOPI del 13 de noviembre de 2009, mediante el cual la Secretaría Técnica emitió su opinión acerca del presente procedimiento; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. La Asetup es una de las varias asociaciones de transportistas existentes en el Perú y está conformada por 47 empresas asociadas¹.

¹ 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., Consorcio Empresarial Primero de Setiembre S.A.C.

2. Por su parte, el señor Díaz ejerce el cargo de Presidente de la Asetup desde 1999. Desde 1995 hasta 1999, ocupó el cargo de Vicepresidente.
3. Mediante diversas notas periodísticas publicadas el 18 y 19 de agosto de 2008 en diversos medios de comunicación masiva, la Secretaría Técnica tomó conocimiento de las declaraciones realizadas por el señor Díaz en relación con el supuesto incremento de precios de los pasajes de transporte en los tramos “urbano”, “interurbano” y “directo”.
4. Mediante Carta 276-2008/CLC-INDECOPI del 20 de agosto de 2008, la Secretaría Técnica citó al señor Díaz a una entrevista el 27 de agosto de 2008, con la finalidad de investigar posibles conductas anticompetitivas destinadas a incrementar los precios de los pasajes en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao. A solicitud del señor Díaz, la entrevista se llevó a cabo el 26 de agosto de 2008.
5. Mediante Carta 456-2008/CLC-INDECOPI del 6 de octubre de 2008, la Secretaría Técnica requirió al señor Díaz que proporcione un listado de los medios de comunicación a los que brindó entrevistas o declaraciones entre los meses de agosto y setiembre de 2008, en relación con el servicio de transporte urbano de pasajeros. Dicho requerimiento fue absuelto el 17 de octubre de 2008².
6. Mediante Cartas 450, 451, 452, 453, 454 y 455-2008/CLC-INDECOPI, remitidas entre el 9 y 10 de octubre de 2008, la Secretaría Técnica requirió a diversos medios de comunicación masiva³ que proporcionen la transcripción y copia de los registros magnetofónicos de las entrevistas o declaraciones del señor Díaz u otros representantes de transportistas, realizadas entre los meses de agosto y setiembre de 2008.
7. El 13, 14 y 28 de octubre de 2008, el Diario Perú 21, Empresa Periodística Nacional S.A. y Grupo La República, respectivamente, dieron respuesta a los referidos requerimientos, señalando que no contaban con los registros magnetofónicos solicitados.
8. El 27 de octubre de 2008, Grupo RPP S.A. absolvió el requerimiento formulado, presentando el registro magnetofónico de una entrevista realizada al señor Díaz el 15 de agosto de 2008.
9. Mediante Cartas 486, 487, 488 y 489-2008/CLC-INDECOPI, remitidas entre el 17 y 18 de noviembre de 2008, la Secretaría Técnica realizó similares requerimientos de información a otros medios de comunicación⁴ en relación con

² El señor Díaz afirmó haber brindado declaraciones a los siguientes medios de comunicación: Radio Programas del Perú – RPP, Diario El Comercio, Diario Gestión, Cadena Peruana de Noticias – CPN, Radio San Borja y Radio Nacional.

³ Los requerimientos fueron enviados a: Diario Correo, Cadena Peruana de Noticias – CPN, Diario La Razón, Grupo La República, Diario Perú 21 y Radio Programas del Perú – RPP, respectivamente.

⁴ Los requerimientos fueron enviados a: Diario El Comercio, Diario Gestión, Radio San Borja y Radio Nacional del Perú, respectivamente.

las declaraciones que el señor Díaz habría brindado entre los meses de agosto y setiembre de 2008.

10. El 26 de noviembre de 2008, El Comercio contestó el referido requerimiento de información, adjuntando copia de dos notas periodísticas relacionadas con el señor Díaz.
11. Mediante Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI del 17 de diciembre de 2008, la Secretaría Técnica resolvió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra la Asetup y su Presidente, 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.
12. El 26 de febrero de 2009, la Asetup, representada por el señor Díaz, solicitó la nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI, alegando: (i) que la Secretaría Técnica había incumplido lo establecido en el literal a) del numeral 2 del artículo 21 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, al no identificar correctamente al agente económico que se pretende sancionar, y (ii) que la Secretaría Técnica había señalado incorrectamente que la Asetup y el señor Díaz habían sido declarados infractores mediante Resolución 015-93-CLC/INDECOPI pues, en realidad, en aquella oportunidad, se sancionó a una asociación distinta a la que hoy preside el señor Díaz.
13. Asimismo, la Asetup contestó las imputaciones de la Secretaría Técnica, presentando los siguientes argumentos:
 - (i) Las declaraciones realizadas por el señor Díaz a diversos medios de prensa no se realizaron en su condición de Presidente de la Asetup, sino en su calidad de persona natural, dentro del ejercicio de su derecho a la libertad de opinión.
 - (ii) Las declaraciones no son prueba de ninguna concertación, 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.
 - (iv) Si bien el movimiento de precios en el mercado de transporte urbano se ha manejado en una misma dirección, ello no responde a las declaraciones del señor Díaz sino al alza del precio del combustible así como a la renovación de la flota de las empresas de transporte.
 - (v) No existió concertación pues, finalmente, las empresas de transporte cobraron los pasajes de acuerdo a su propio estudio de costos. Sin embargo, incluso si se hubiera dado la concertación, los beneficios

obtenidos serían mayores al daño que pudiera haber sufrido el mercado, dado que, a raíz de este aumento, se produjo un mayor beneficio económico, reflejado en la renovación paulatina del parque automotor, lo que, además de mejorar la calidad del servicio que se le presta a los usuarios de transporte urbano, mejora el medio ambiente.

14. Mediante Cartas 289 y 290-2009/CLC-INDECOPI del 10 y 11 de setiembre de 2009, la Secretaría Técnica informó al señor Díaz y a la Asetup, respectivamente, que el periodo de prueba del presente procedimiento finalizaría dentro de un (1) mes.
15. Mediante Cartas 344 y 345-2009/CLC-INDECOPI del 21 de octubre de 2009, la Secretaría Técnica informó a la Asetup y al señor Díaz, respectivamente, que el periodo de prueba del presente procedimiento había finalizado.
16. Mediante Informe 036-2009/ST-CLC-INDECOPI del 13 de noviembre de 2009, la Secretaría Técnica emitió su opinión acerca del presente procedimiento administrativo sancionador, 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, planteada por la Asetup.
 - (ii) Declarar que la Asetup ha cometido una infracción a 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.
 - (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 durante el mes de agosto de 2008.
 - (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.
17. Mediante Notificaciones 627, 628 y 629-2009/ST-CLC-INDECOPI del 18 de noviembre de 2009, la Secretaría Técnica notificó al señor Díaz y a la Asetup, respectivamente, el Informe 036-2009/ST-CLC-INDECOPI y cumplió con informarles que contaban con un plazo de quince (15) días hábiles para formular alegaciones y solicitar el uso de la palabra ante la Comisión. Sin embargo, hasta la fecha los denunciados no han presentado sus alegaciones al Informe Técnico ni han solicitado audiencia de informe oral.

18. El 15 de diciembre de 2009, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión el Informe 036-2009/ST-CLC-INDECOPI, así como todo lo actuado en el presente procedimiento.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

19. La presente resolución tiene por objeto determinar:
- (i) si la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI adolece de algún vicio de nulidad; y,
 - (ii) si la Asetup y el señor Díaz resultan responsables por la comisión de 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 Metropolitana y Callao, realizadas durante el mes de agosto de 2008.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

A. Sobre la presunta nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI

20. En su escrito de descargos la Asetup señaló que la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI adolecía de vicios de nulidad, toda vez que (i) no identificaba correctamente al agente económico imputado y (ii) señalaba incorrectamente que la Asetup y el señor Díaz habían sido declarados infractores de las normas de libre competencia mediante Resolución 015-93-CLC/INDECOPI cuando, a decir de la denunciada, la asociación que se sancionó en aquella oportunidad no era la misma que hoy preside el señor Díaz.
21. Respecto al primer argumento debe mencionarse que, de acuerdo al artículo 21 del Decreto Legislativo 1034⁵, la identificación de los sujetos imputados es uno de los requisitos que debe contener la resolución de inicio de un procedimiento administrativo sancionador, al igual que los hechos materia de investigación, para garantizar el correcto ejercicio del derecho de defensa de los administrados. De esta forma, se resguarda también el derecho de los imputados a no verse afectados por el desarrollo de un procedimiento sancionador en su contra, sin contar con los elementos necesarios que ameriten el inicio de una investigación.
22. Al respecto, esta Comisión considera que la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI identifica correctamente a los agentes imputados, la Asetup y el señor Díaz. Asimismo, precisa claramente en qué consiste la conducta que les ha sido atribuida, a saber, la emisión de declaraciones públicas a través de diversos medios de comunicación que calificarían como decisiones o recomendaciones

⁵ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

(...)

21.2. La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

a) La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;

(...)

anticompetitivas. En efecto, en el numeral 40 de la referida Resolución se señala expresamente lo siguiente:

“(…) 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.”

(subrayado añadido)

23. Del mismo modo, en los numerales 33 y 35 de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI se transcriben, por un lado, las notas periodísticas que dan cuenta de las declaraciones que realizó el señor Díaz, como Presidente de la Asetup, anunciando el incremento de precios y, por otro lado, la entrevista realizada al señor Díaz en la que señala la fecha y el monto del incremento de precios.
24. Asimismo, en la parte resolutive de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI también se identifica claramente a la Asetup y al señor Díaz como agentes imputados y la calificación jurídica de las conductas infractoras atribuidas:

“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.”

(subrayado añadido)

25. Lo expuesto evidencia claramente que sí se imputó e identificó las pruebas que demostrarían que el señor Díaz, en su condición de Presidente, habría emitido una decisión o recomendación de la Asetup dirigida a incrementar los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros. En ese sentido, la Asetup, como persona jurídica, tendría responsabilidad por la comisión de dicha conducta anticompetitiva, tipificada en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034, y el señor Díaz tendría responsabilidad por su participación en dicha infracción, en concreto, por haber sido el sujeto a través del cual se manifestó la presunta recomendación o decisión anticompetitiva.
26. En consecuencia, esta Comisión considera que carece de sustento el argumento de la Asetup consistente en que la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI no habría identificado correctamente a los agentes económicos imputados.
27. En lo que se refiere al segundo argumento, según el cual se habría señalado incorrectamente en la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI que la Asetup y el señor Díaz habían sido declarados infractores de las normas de libre competencia mediante Resolución 015-93-CLC/INDECOPI, cabe precisar que la

veracidad de dicha afirmación no constituye un requisito previo para iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

28. El hecho que los agentes investigados en el presente procedimiento hayan sido declarados como infractores de las normas de libre competencia en un procedimiento previo es, en todo caso, uno de los criterios que podrían considerarse para la eventual graduación de la sanción.
29. Efectivamente, si se tratara de infractores reincidentes, en la medida en que tendrían pleno conocimiento del carácter ilícito de la conducta anticompetitiva cometida, correspondería incrementar la sanción a imponer, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 43 del Decreto Legislativo 1034⁶. Sin embargo, el hecho que los agentes investigados no sean reincidentes, no impide que se inicie un procedimiento en su contra, cuando existan indicios razonables de la comisión de una conducta anticompetitiva.
30. En tal sentido, si la Asetup y el señor Díaz son o no realmente los agentes declarados infractores mediante Resolución 015-93-CLC/INDECOPI no constituye un requisito de validez de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI que dio inicio al presente procedimiento, por lo que corresponde desestimar también este argumento de la Asetup.
31. En consecuencia, corresponde declarar infundada la solicitud de nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI, presentada por la Asetup.

B. Sobre la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales

1. Prácticas Colusorias Horizontales: Decisiones y recomendaciones

32. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034.
33. Las prácticas colusorias horizontales son aquellas efectuadas entre empresas que pertenecen al mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes⁷, con el objeto de eliminar, restringir o limitar dicha competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores⁸. Como resultado de ello, podría producirse un aumento 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

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.

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

⁸ Ver Informe 001-97-CLC del 14 de enero de 1997 (Expediente 029-96-CLC), sobre concertación en los precios del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de enero de 1997.

limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.

34. En toda práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial consistente en la conducta coordinada con el objeto de eliminar o restringir la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034 distingue diversas formas como se materializan estas conductas: los acuerdos, las decisiones, las recomendaciones y las prácticas concertadas.
35. Se entiende por acuerdo que limita la competencia o acuerdo colusorio, todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.
36. Las prácticas concertadas hacen referencia a aquella conducta voluntariamente coordinada con la finalidad de restringir o eliminar la competencia, que no puede ser probada por un acuerdo formal suscrito entre agentes económicos. Sin embargo, a partir de la actuación de dichos agentes en el mercado, se puede inferir como única explicación lógica la adopción de una estrategia concertada⁹.
37. El Decreto Legislativo 1034 también reconoce como prácticas colusorias horizontales a las decisiones y recomendaciones. Normalmente, estas conductas se presentan en el contexto de asociaciones gremiales y, en general, dentro de cualquier organización que reúna a empresas competidoras.
38. Los entendimientos adoptados por asociaciones de empresas o corporaciones con fines o efectos contrarios a la competencia constituyen decisiones si tienen carácter vinculante, o recomendaciones si tienen únicamente carácter orientativo¹⁰. Dicho de otro modo, la conducta puede ser una decisión de cumplimiento obligatorio, en virtud de las normas de la asociación en cuyo seno se ha adoptado; o puede no ser obligatoria y tratarse simplemente de una recomendación¹¹.
39. La decisión de la asociación puede haber sido adoptada por la mayoría de miembros de algún órgano colegiado de la misma (asamblea general de asociados, junta directiva, comités, etc.) o puede derivar de la declaración de un

⁹ La voluntad común de restringir la competencia puede inferirse a partir de "(...) evidencia que tiende a excluir la posibilidad de acción independiente de las [partes]. Esto es, debe haber evidencia directa o circunstancial que lleve razonablemente a probar que [las partes] tienen un compromiso consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito". Traducción libre de: "(...) evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective". Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp., 465 U.S. 752 (1984), citado por KOVACIC, William. The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws, 38 Antitrust Bulletin 5, 1993, reproducido en GAVIL, Andrew (Ed.) An Antitrust Anthology. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 84.

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

¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto. Apuntes de Derecho Mercantil. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000, p. 283. En el mismo sentido: BERENGUER FUSTER, Luis. Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia, en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, D-29, setiembre 1998, p. 186.

órgano unipersonal (presidente, gerente general, etc.)¹². Las recomendaciones son declaraciones o manifestaciones de voluntad, emanadas de los órganos de las asociaciones o agrupaciones de empresas, con la finalidad de orientar, uniformizar y coordinar el comportamiento de sus asociados y limitar la competencia entre ellos, con los efectos negativos que de ello se derivan.

40. La necesidad de reprimir las decisiones y recomendaciones anticompetitivas surge a partir de la constatación de la influencia que tienen las agrupaciones gremiales sobre sus integrantes. En efecto, a través de mecanismos formales o informales de coacción, estas asociaciones pueden alinear las actividades de las empresas que agrupan a efectos de limitar o eliminar la competencia entre ellas¹³.
41. Las decisiones o recomendaciones anticompetitivas no siempre se manifiestan a través de acuerdos formales adoptados al interior de una asociación empresarial y registrados en las actas de los respectivos órganos de la agremiación. En algunas ocasiones, simples declaraciones orales pueden ser una forma de manifestar una decisión o recomendación que tiene por objeto alinear la conducta comercial de los integrantes de una asociación.
42. En este supuesto, las decisiones o recomendaciones no necesariamente reflejan un acuerdo previo adoptado por los integrantes de una asociación empresarial, sino una conducta de la asociación –puesta de manifiesto por la declaración o exhortación de alguna persona u órgano de ésta– dirigida a conseguir un consenso posterior por parte de sus miembros. Es decir, se buscará el mismo efecto coordinado derivado de un acuerdo colusorio entre los integrantes de la asociación, quienes, dejando de lado su libertad de decisión empresarial, se abstendrán de competir adhiriéndose a la pauta de conducta propuesta por la asociación.
43. Si bien, en principio, la sanción de este tipo de declaraciones puede suponer alguna limitación de la libertad de expresión¹⁴, reconocida constitucionalmente,

¹² Ibídem.

¹³ En el ámbito de la Comunidad Europea, las decisiones de las asociaciones comerciales también se encuentran expresamente prohibidas bajo el artículo 81 del TCE. Asimismo, a nivel jurisprudencial y doctrinario también se ha entendido que esta prohibición alcanza a las decisiones no vinculantes o recomendaciones. *“Sin embargo, las decisiones de una asociación de comercio no necesitan obligar formalmente a sus miembros para la aplicación del artículo 81. Una decisión informal de una asociación de comercio, incluso adoptada fuera de las reglas de la asociación, puede ser suficiente. Sin embargo, debe haber al menos cierta evidencia que la conducta de sus integrantes ha sido o podría ser influenciada en el futuro por la información recibida de la asociación”*. Traducción libre de: *“However, decisions of a trade association need not formally bind its members for Article 81 to apply. An informal decision of a trade association, even one made outside its rules altogether, may be sufficient. However, there must be at least some evidence that the conduct of members has been or might in the future be influenced by information received from the association”*. GOYDER, D.G. EC Competition Law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2003, p. 82

¹⁴ Debe entenderse que la libertad de opinión se encuentra protegida dentro del respeto a la libertad de expresión. Así, según el Tribunal Constitucional *“el derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público”*. Sentencia del 17 de octubre de 2005, emitida en el Expediente 2262-2004-HC.

también debe recordarse que el ejercicio de estas libertades no es irrestricto, como ha sido advertido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁵.

44. En ese sentido, cuando las declaraciones realizadas por los representantes de una asociación empresarial no tengan por objeto la simple manifestación de una opinión sino que se encuentren dirigidas a provocar un actuar coordinado de las empresas, afectando la libre competencia, se entenderá que no nos encontramos ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión y, por lo tanto, corresponderá sancionar y adoptar las medidas necesarias para prevenir eventuales conductas que limiten las libertades económicas de las empresas y restrinjan la competencia, en perjuicio de los consumidores.
45. Lo expuesto en los numerales precedentes resulta coherente con la práctica comparada que considera este tipo de expresiones como supuestos de prácticas colusorias horizontales. Así, agencias de competencia como la Oficina de Comercio Leal del Reino Unido¹⁶ (*Office of Fair Trading*) u organizaciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico¹⁷ (OECD por sus siglas en inglés) han admitido que una exhortación oral puede ser considerada como una recomendación anticompetitiva, aun cuando no sea formal o vinculante o no haya sido completamente acatada por los miembros de la asociación.
46. Para determinar la medida en que el intercambio o la publicidad de información por parte de una asociación empresarial puede afectar la competencia y, en tal sentido, ser considerada como una decisión o recomendación anticompetitiva, se debe atender a ciertos aspectos como la actualidad de la información intercambiada o publicada, el tipo, la especificidad y la frecuencia de su divulgación.

¹⁵ “(...) en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social; sin embargo, ello no admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos, pues el ejercicio mismo de la libertad de expresión conlleva una serie de deberes y responsabilidades para con terceros y para con la propia organización social. Así, no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos -como lo alega el recurrente al invocar una abierta protección de su derecho a la libertad de opinión y de expresión-, toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado” (subrayado añadido). Sentencia del 11 de octubre de 2004, emitida en el Exp. 2465-2004-AA/TC.

¹⁶ “Una recomendación de una asociación de empresas puede ser también una decisión, como también una exhortación oral que tiene la intención de ser seguida por sus miembros. Este será el caso incluso si la recomendación no es obligatoria para los miembros o si no ha sido completamente cumplida.” (subrayado añadido). Traducción libre de: “A recommendation of an association of undertakings may also be a decision, as may an oral exhortation which it is intended that members should follow. This will be the case even if the recommendation is not binding on the members or has not been fully complied with”. Office of Fair Trading. Trade associations, professions and self-regulating bodies, 2004, p. 6.

¹⁷ “(...) 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.” (subrayado añadido). Traducción libre de: “(...) 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.” OECD. Potential Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations. Policy Roundtable, 2007, p. 29-30.

47. En particular, se ha señalado que la divulgación o intercambio de información podrá ser considerado como una conducta anticompetitiva mientras más actual o vigente sea la información en cuestión¹⁸. De igual forma, si la información intercambiada o publicada se refiere a elementos sensibles como los precios, márgenes de ganancia, niveles de ventas u otros, que evidencian la política comercial de las empresas, habrá más riesgo de que esta conducta pueda calificar como anticompetitiva¹⁹. Al respecto, la Oficina de Competencia de Canadá (*Competition Bureau*) ha advertido que las recomendaciones o los lineamientos sobre tarifas pueden promover un efecto anticompetitivo al perseguir la adhesión de los competidores a un determinado nivel de precios²⁰.

2. Prácticas Colusorias Horizontales: Carga de la Prueba

48. El artículo 11 del Decreto Legislativo 1034²¹ también distingue a las prácticas colusorias horizontales a partir del tipo de prohibición aplicable, diferenciando

¹⁸ “(...) si la información a la que las empresas pueden acceder sobre sus competidores se refiere al momento actual o muy cercano en el tiempo, ello podría servirles para modificar sus previsiones de actuación en el mercado, distorsionando de este modo el juego de la libre competencia”. VALDÉS BURGUI, Ángel. La actividad de las empresas en el seno de las asociaciones empresariales a la luz de la jurisprudencia sobre defensa de la competencia, en: Gaceta Jurídica de la Competencia y la Unión Europea N° 7, Nueva Época, Ene-Feb. 2009, p. 43.

¹⁹ “En cuanto al objeto de la información intercambiada, de nuevo el límite vendría impuesto por el hecho de que la dicha información sea susceptible de contribuir a disminuir o eliminar en las empresas la incertidumbre sobre la actuación de sus competidores y la evolución del mercado”. Ibid., p. 44.

²⁰ “La Oficina [de Competencia] reconoce que las asociaciones profesionales a menudo diseminan lineamientos de tarifas como una fuente de información sobre los precios prevalecientes en los mercados de servicios profesionales. Sin embargo, tales lineamientos de tarifas generan preocupación bajo la Ley [de Competencia] en la medida que pueden facilitar acuerdos en las tarifas a ser cobradas por los miembros competidores. (...) unos lineamientos de tarifas pueden generar preocupación bajo la Ley [de Competencia] si son usados para establecer o facilitar un acuerdo de precios o promover la adherencia a un nivel específico de tarifas.” (subrayado añadido). Traducción libre de: “The Bureau recognizes that professional associations often disseminate fee guidelines as a source of information on prevailing prices in professional services’ markets. However, such fee guidelines raise concerns under the Act as they may facilitate agreements on the fees to be charged by competing members. (...) a fee guideline could raise concerns under the Act if it is used to establish or facilitate an agreement on prices or promote adherence to a specified level of fees.” Competition Bureau. Draft Information Bulletin on Trade Associations, September 8, 2008, p. 14.

²¹ **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,

aquellos casos sujetos a una prohibición relativa de aquellos sujetos a una prohibición absoluta.

49. Los artículos 8 y 9 del Decreto Legislativo 1034²² explican la diferencia entre las conductas anticompetitivas sujetas a prohibiciones absolutas y aquellas que se encuentran bajo una prohibición relativa.
50. En el primer caso, para declarar la existencia de una infracción administrativa, basta que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta anticompetitiva; mientras que en las prohibiciones relativas, además de probar la existencia de la conducta, se debe verificar que la conducta anticompetitiva tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.
51. En este último caso, las empresas denunciadas podrán alegar y demostrar que, a pesar de haber cometido una conducta anticompetitiva, ésta genera mayores eficiencias o efectos positivos. En este escenario, la autoridad de competencia deberá hacer un balance entre los efectos anticompetitivos y procompetitivos reales y potenciales de la conducta denunciada, para determinar su efecto neto. De acuerdo a lo anterior, se determinará la existencia de una infracción si es que los efectos anticompetitivos superan los efectos procompetitivos o las eficiencias asociadas a la conducta denunciada.
52. Así, en atención a la amplia experiencia jurisprudencial nacional y extranjera, se ha podido identificar determinadas conductas anticompetitivas que no pueden generar eficiencias y que, en sí mismas, son restrictivas de la competencia, lo que ha motivado que se encuentren sujetas a una prohibición absoluta.
53. Éste es el caso de determinadas prácticas colusorias horizontales *inter marca* que no son complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos, es decir, los llamados acuerdos desnudos o *naked agreements*. Estas conductas están taxativamente recogidas en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 y son las siguientes: (i) la fijación de precios u otras condiciones

(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

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.

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

²² **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.

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.

comerciales o de servicio; (ii) la limitación de la producción o de las ventas; (iii) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas de mercado; y, (iv) las licitaciones colusorias o *bid rigging*.

54. Al respecto, cabe precisar que el numeral 2 del artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 hace referencia al concepto de “acuerdos horizontales” en sentido lato, entendido como prácticas colusorias horizontales. En efecto, como se ha desarrollado en el acápite precedente, no existe una diferencia sustancial entre los conceptos de “acuerdo”, “práctica concertada”, “decisión” y “recomendación”. Todos estos términos aluden a formas en las que se pueden manifestar las conductas colusorias, siendo lo relevante el objeto o efecto de una voluntad común o coordinada entre competidores, dirigida a restringir la competencia.
55. Por otro lado, cabe recordar que actualmente resulta poco probable que una práctica colusoria horizontal se ponga de manifiesto a través de un acuerdo formal en el que se evidencie la voluntad coordinada de un grupo de competidores. Normalmente, los agentes económicos que participan en una colusión no celebrarán un acuerdo formal por escrito, sino que esta conducta anticompetitiva deberá inferirse a partir de otros indicios como comunicaciones, declaraciones y conductas paralelas, entre otros elementos que reflejen una voluntad común anticompetitiva. Es decir, la mayoría de conductas colusorias se exteriorizarán a través de prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones. En tal sentido, entender que la prohibición absoluta únicamente recae sobre los acuerdos y no sobre las prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones, reduciría o eliminaría del todo la eficacia de esta prohibición.
56. Adicionalmente, se puede constatar la voluntad del legislador de comprender dentro de la prohibición absoluta a todas las manifestaciones de prácticas colusorias horizontales (acuerdos, prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones), a partir de la revisión de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, en la que se señala textualmente lo siguiente:

*El numeral 11.2 del artículo 11 establece aquellas prácticas colusorias horizontales que serán tratadas bajo la prohibición absoluta definida en el artículo 8. Las modalidades de prácticas colusorias sujetas a una prohibición absoluta bajo el Proyecto son aquellas conductas reconocidas internacionalmente como inherentemente anticompetitivas*²³. En efecto, foros como la OECD 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.

(subrayado añadido)

²³ Consideradas altamente nocivas para la competencia y los mercados por permitir a las empresas ejercer poder de mercado sobre la totalidad o parte de un mercado, de manera tal que redundan en 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. En resumen, dichas conductas generan una pérdida de bienestar para la sociedad.

57. Así, cuando en la Exposición de Motivos se utiliza el término “prácticas colusorias”, queda en evidencia que la intención del legislador no fue la de someter a una prohibición absoluta únicamente a los “acuerdos colusorios” en sentido estricto, sino la de incluir también a las modalidades de prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones, que encajarían dentro del concepto de “acuerdo colusorio” en sentido lato.
58. En el caso particular de las decisiones y recomendaciones colusorias, esta Comisión considera que dichas modalidades también se encuentran bajo una prohibición absoluta en la medida en que tengan el mismo objeto que las conductas descritas en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto Legislativo 1034, esto es: fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio, limitar la producción o las ventas, repartir clientes, proveedores o zonas geográficas de mercado y coludirse al interior de un concurso público.
59. Precisamente, las recomendaciones o decisiones anticompetitivas también pueden tener por finalidad la adopción de una estrategia coordinada *inter marca* y que no sea complementaria o accesorio a otro acuerdo lícito. Como se ha señalado, una decisión o recomendación puede tener el mismo efecto colusorio que la adopción de un acuerdo formal o la realización de una práctica concertada.
60. Así, por ejemplo, una decisión o recomendación dirigida a fijar un precio común entre empresas competidoras en un mercado, que no responde de manera complementaria a un acuerdo empresarial lícito, no tiene justificación alguna, en la medida en que no genera eficiencias en el mercado, y tiene por único objeto restringir la competencia entre las empresas a las que va dirigida.
61. En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia español (en adelante, el TDC español) ha sancionado este tipo de prácticas sin valorar los efectos que podrían generar en el mercado:

“Cabe destacar que la infracción consiste en la adopción de la recomendación colectiva, siendo indiferente a los efectos de constatar la vulneración del artículo 1.1.a) LDC que se haya producido o no la aplicación de la misma pues la infracción reside en adoptar la recomendación que tiene por objeto falsear la libre competencia.”²⁴

(subrayado añadido)

62. En consecuencia, esta Comisión considera que las decisiones o recomendaciones dirigidas a fijar el precio de un bien o servicio entre empresas competidoras *inter marca*, que no resultan complementarias o accesorias a un acuerdo lícito, están sujetas a una prohibición absoluta, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 11 del Decreto Legislativo 1034.

²⁴ Resolución del TDC español del 1 de diciembre de 2000 (Expediente 479/99, UNESPA).

3. Análisis de las declaraciones del señor Díaz, Presidente de la ASETUP

63. Como se ha indicado en los Antecedentes, entre el 18 y 19 de agosto de 2008, la Secretaría Técnica tomó conocimiento de diversas notas periodísticas en las que se anunciaba un próximo incremento de los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao. En particular, estas notas recogían las declaraciones del señor Díaz, en su calidad de Presidente de la Asetup, anunciando el incremento de precios en los siguientes términos:

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 S/.1.50 a S/.1.80 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.

64. Asimismo, en la entrevista brindada a Grupo RPP S.A. por el señor Díaz, contrariamente a lo que señaló en la entrevista realizada por funcionarios de la Secretaría Técnica²⁵, se aprecia claramente que el denunciado anunció la fecha y los montos exactos en los que 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?

²⁵ Entrevista realizada el 26 de agosto de 2008, cuyo registro magnetofónico obra a fojas 31 del expediente.

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).*
(...)

65. Esta Comisión considera que estas declaraciones 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. En efecto, estas declaraciones fueron realizadas en un contexto de incremento sostenido del combustible (uno de los principales costos que deben enfrentar las empresas de transporte), circunstancia que evidencia el propósito de la Asetup de lograr, a través de estas recomendaciones, un incremento coordinado y similar en el precio de los pasajes.
66. Asimismo, en un mercado con múltiples ofertantes, como el de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, una empresa puede tener pocos incentivos para subir unilateralmente sus precios si es que no tiene la seguridad de que los demás agentes también lo harán. En tal sentido, queda claro que las declaraciones del señor Díaz tenían por finalidad lograr un incremento coordinado de los precios y evitar que alguna empresa decidiera unilateralmente no incrementarlos o lo hiciera en proporciones menores, circunstancia que, como consecuencia del proceso competitivo, hubiera perjudicado a las empresas que subieran sus precios tratando de mantener o aumentar los márgenes de ganancia que lograban antes del incremento de los combustibles.
67. La Asetup ha contestado estas imputaciones argumentando que las declaraciones del señor Díaz no tenían el fin de recomendar un alza de los pasajes, sino que reflejan la 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.
68. Al respecto, esta Comisión considera que debe desestimarse este argumento, toda vez que, en ninguna de las declaraciones recogidas por los medios de prensa ni en la entrevista realizada por Grupo RPP S.A. al señor Díaz, este último hace alusión a la empresa que representa ni precisa que el incremento de precios estaba referido únicamente a dicha empresa. Por el contrario, en las declaraciones materia de cuestionamiento se señala que, en general, las empresas de transporte urbano de pasajeros subirían sus precios.
69. Del mismo modo, contrariamente a lo argumentado por la Asetup, esta Comisión considera que las declaraciones cuestionadas no responden a simples opiniones expuestas por el señor Díaz a título personal. En efecto, las declaraciones no reflejan opiniones sino que se trata de anuncios de hechos concretos y específicos, como es el futuro incremento de precios.
70. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el señor Díaz no fue entrevistado con la finalidad de conocer su opinión personal como empresario sobre los precios de los pasajes, sino que las entrevistas respondieron a su condición de conocido dirigente transportista y Presidente de la Asetup.

71. En ese contexto, cuando el señor Díaz anunció el incremento de los precios de las empresas de transporte de pasajeros y, además, precisó la fecha y los montos exactos en los que se produciría este incremento, no se generó en los agentes económicos la impresión de que se trataba de una simple opinión del señor Díaz a título personal. Por el contrario, para las empresas de transporte se trataba de un anuncio sobre un hecho futuro, del que podía tener conocimiento privilegiado en su condición de Presidente de una asociación que agrupa a varias empresas del sector.
72. En tal sentido, los empresarios transportistas que escucharon o leyeron estas declaraciones pudieron creer razonablemente que varias empresas estarían dispuestas a incrementar sus precios y que, por lo tanto, no sufrirían perjuicios competitivos si es que ellos también adoptaban una política similar, sobre todo si se adherían al incremento específicamente en la fecha y en los montos que habían sido divulgados por el representante de la Asetup.
73. Atendiendo a los efectos anticompetitivos de este tipo de declaraciones, esta Comisión considera que el señor Díaz no realizó un ejercicio válido de su libertad de expresión sino que, por el contrario, tuvo la finalidad de restringir la competencia en el mercado de transporte urbano de pasajeros, en perjuicio de los consumidores.
74. Adicionalmente, debe tenerse presente que el señor Díaz ha sido declarado previamente infractor de las normas de libre competencia por incurrir en prácticas restrictivas de la competencia en las modalidades de decisiones y recomendaciones, consistentes en concertar injustificadamente los precios del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, contempladas en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701²⁶. En dicha oportunidad, el señor Díaz había realizado declaraciones públicas similares en las que anunciaba el incremento de precios de los servicios de transporte urbano de pasajeros.
75. Este hecho evidencia que el señor Díaz tiene pleno conocimiento de los potenciales efectos anticompetitivos que podrían generar este tipo de declaraciones públicas y de la posibilidad de que estas declaraciones constituyan decisiones o recomendaciones anticompetitivas prohibidas por las normas de libre competencia.
76. La decisión del monto exacto y la fecha en que se llevará a cabo una modificación de precios es una decisión que le corresponde a cada empresa en particular y que, en principio, no tendría por qué ser conocida ni mucho menos divulgada por un dirigente que representa a una asociación de empresas. La divulgación de este tipo de información actual y específica se enmarca dentro de lo que la doctrina y la jurisprudencia identifican tradicionalmente como una recomendación anticompetitiva, conforme ha sido señalado en los numerales 45 a 47 de la presente Resolución. En efecto, estas declaraciones habrían servido

²⁶ Ver Resolución 015-93-INDECOPI/CLC del 23 de diciembre de 1993, confirmada por Resolución 1181-94-TDCPI del 29 de diciembre de 1994 emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI (Expediente 018-93-CLC).

como parámetro a partir del cual se podrían haber alineado los competidores en el mercado de transporte urbano de pasajeros de Lima Metropolitana y Callao.

77. Sobre el particular, resulta pertinente hacer referencia a un caso español muy similar, en el que el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante, el TVDC) sancionó a la Asociación Empresarial de Transporte de Mercancías por Carretera de Bizkaia (ASETRAVI) por la publicación de diversas notas de prensa indicando a los transportistas la conveniencia de incrementar sus tarifas, fundamentando dicho incremento en el alza del precio de la gasolina²⁷.
78. De manera equivalente a lo ocurrido en el presente caso, las notas de prensa también indicaban expresamente el porcentaje concreto del incremento recomendado, lo que llevó al TVDC a declarar que:

“(...) si bien las recomendaciones de ASETRAVI no tienen la fuerza vinculante de un acuerdo o decisión, merece un reproche especial por constituir el medio utilizado por una asociación empresarial para regular o afectar las condiciones básicas de competencia (los precios) de todo un sector económico.”²⁸

79. También puede citarse lo expuesto por el TDC español respecto de las declaraciones en prensa del Presidente de la Asociación Española de Compañías Aéreas (AECA) respecto de la intención de las empresas asociadas de subir los precios de los vuelos chárter por el alza del precio del combustible y de la paridad del dólar:

“(...) el Tribunal comparte la consideración del Servicio [de Defensa de la Competencia] de que esta conducta [las declaraciones del presidente de la AECA] pretendía coadyuvar en la estrategia de las compañías de protección de su margen comercial, dado que este tipo de anuncios o señales por los directivos de las asociaciones de empresas suelen tener una finalidad que, precisamente, al tratar de incrementos de precios, no se dirigen al beneficio de los consumidores o usuarios sino a reforzar la estrategia acordada preparando a otros operadores en el mercado, (...). Por lo tanto, el Tribunal reitera su criterio de que los directivos de las asociaciones de empresas, (...), deben abstenerse absolutamente de realizar tales anuncios porque pueden afectar a la libre competencia.”²⁹

(subrayado añadido)

80. En virtud de todo lo expuesto y en la medida en que las declaraciones del señor Díaz, realizadas como Presidente de la Asetup, tenían la finalidad de neutralizar el efecto natural de la competencia, que impulsaría a los agentes económicos a luchar por mantener un precio competitivo y más atractivo para los consumidores, esta Comisión considera que la conducta imputada en el presente

²⁷ Resolución del TVDC del 18 de junio de 2007 (Expediente 01/2006, ASETRAVI).

²⁸ Ibídem.

²⁹ Resolución del TDC español del 23 de diciembre de 1999 (Expediente 447/98, Líneas Aéreas 2).

procedimiento califica como una recomendación anticompetitiva dirigida a incrementar los precios del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao. Asimismo, esta Comisión considera que esta conducta está sujeta a una prohibición absoluta, por lo que habiéndose acreditado su existencia debe declararse fundado el presente procedimiento por infracción a los artículos 1 y 11.2 del Decreto Legislativo 1034.

4. Análisis de los efectos de la recomendación anticompetitiva

81. Sin perjuicio de que la conducta imputada en el presente procedimiento se encuentra sujeta a una prohibición absoluta, esta Comisión coincide y hace suyos los argumentos expuestos en los numerales 77 a 87 del Informe 036-2009/ST-CLC-INDECOPI, en torno a los efectos negativos reales y potenciales de la recomendación anticompetitiva.
82. Así, el efecto negativo potencial de la recomendación anticompetitiva sería el de generar un incremento conjunto de los precios que cobran las empresas de transporte de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, en particular, respecto de los trayectos “urbano”, “inter-urbano” y “directo”, lo que podría haber afectado a un aproximado de nueve millones trescientos setenta y un mil (9'371,000) personas³⁰. Por otro lado, los efectos negativos reales consistieron en el incremento de los precios de un número importante de empresas de transporte urbano de pasajeros de Lima Metropolitana y Callao, habiéndose constatado que el precio promedio de este servicio se incrementó a partir de agosto de 2009, pese a que se había mantenido invariable desde fines de 2004; y, en particular, en que catorce (14) empresas integrantes de la Asetup elevaron sus precios con posterioridad a las declaraciones públicas del señor Díaz.
83. Finalmente, debe considerarse que los supuestos beneficios que, según la Asetup, se derivarían de su conducta (consistentes en una renovación paulatina del parque automotor, mejorando la calidad del servicio y el medio ambiente), no han sido acreditados en el presente procedimiento. Por lo demás, cabe recordar que una mejora en los atributos de la oferta (como la calidad del servicio) no puede depender de un actuar coordinado, sino que debe ser el resultado de las decisiones unilaterales de los ofertantes con el propósito de obtener las preferencias de los consumidores.
84. Por lo tanto, esta Comisión considera que la recomendación anticompetitiva generó efectos negativos reales y potenciales para el mercado de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao y, en particular, para los consumidores, sin haber generado efectos positivos o eficiencias que puedan compensarlos.

³⁰ Número de personas que utilizan diariamente el servicio de transporte público en Lima y Callao. Defensoría del Pueblo. El transporte urbano en Lima Metropolitana: un desafío en defensa de la vida. Informe Defensorial 137, 2008, p. 72.

IV. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

A. Reglas para la graduación de la sanción

85. La Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, regula el régimen de los procedimientos administrativos sancionadores, estableciendo los principios que las autoridades administrativas deben seguir en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado. Dentro de tales principios se encuentra el de razonabilidad, que establece lo siguiente:

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 ventajosa 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, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:*

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.*
- b) El perjuicio económico causado.*
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.*
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción.*
- e) El beneficio ilegalmente obtenido.*
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.*

86. De acuerdo al principio de razonabilidad, el beneficio producido por la infracción no debe ser mayor que la sanción, puesto que, de ser así, existirían incentivos para cometer la infracción³¹.

³¹ Para que los administrados adecuen sus conductas al ordenamiento jurídico, el beneficio esperado de no cumplir la ley debe ser menor o igual al beneficio esperado de cumplirla. De lo contrario, el beneficio (privado) obtenido de incumplir la ley sería mayor que el beneficio obtenido de cumplirla, razón por la que los administrados podrían optar por cometer la infracción. Es por ello que el artículo 230 de la Ley 27444, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que 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.

Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio extraordinario obtenido por el infractor a partir de la trasgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la probabilidad de detección de la infracción. En efecto, en el caso que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida, el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio extraordinario no supera a la sanción aplicada, le conviene infringir la norma si no existe mayor probabilidad de que sea detectado. Por lo tanto, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que sean conscientes de que, si bien puede ser difícil que su infracción sea detectada, en caso de que ello ocurra, recibirán una sanción significativa.

En ese sentido, la multa deberá ser mayor o por lo menos igual al beneficio extraordinario dividido entre la probabilidad de detección. Ello garantiza que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo.

87. De otro lado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034, los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, son los siguientes:
- 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.
88. Los dos primeros criterios, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción, responden al principio de razonabilidad. En efecto, dado que la sanción debe cumplir una función desincentivadora, debe procurarse que sea mayor que los beneficios que el infractor esperaba obtener como consecuencia de su conducta ilícita.
89. Así, estos dos criterios permitirán determinar un monto base de la multa que, en cumplimiento del principio de razonabilidad, garantice la función desincentivadora de la sanción.
90. No obstante, también deben considerarse otras circunstancias vinculadas con la conducta infractora que permitirán apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivarán el incremento o la disminución de la multa base, en virtud del principio de proporcionalidad³².
91. Así, criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales generados sobre otros competidores y los consumidores, la participación de mercado del infractor y la duración de la conducta ilícita, son factores que permiten apreciar las repercusiones de la conducta infractora y, de esta manera, ayudan a establecer la gravedad de la infracción.
92. Del mismo modo, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala)³³, criterios como la indebida actuación

³² “En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas (...).” Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 2192-2004-AA /TC.

³³ Actualmente, Sala de Defensa de la Competencia 1. Sobre la obligación de las partes de observar una adecuada conducta procesal y la consideración del incumplimiento de este deber como factor agravante, ver Resolución 0352-2008/TDC-INDECOPI del 26 de febrero de 2008. Respecto de la reincidencia como factor agravante para la imposición de una multa, ver Resolución 0839-2009/TDC-INDECOPI del 29 de abril de 2008.

procesal y la reincidencia pueden ser considerados como agravantes de la sanción y, por lo tanto, pueden incrementar la multa base determinada a partir del principio de razonabilidad.

93. Al respecto, la Sala ha señalado que *“una vez determinado el beneficio esperado y la probabilidad de detección de la infracción, la autoridad administrativa podrá tener en consideración otros factores como los efectos reales o potenciales en los consumidores y en el mercado de la conducta infractora, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a imponerse”*³⁴.

B. Cálculo de la multa base

94. De acuerdo a lo anterior, para el cálculo de la multa base, esta Comisión ha considerado el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección. En lo que se refiere al beneficio ilícito esperado, se ha tomado en cuenta el diferencial entre los precios en el periodo anterior a la recomendación y los precios durante el periodo en el cual se esperaba que se mantuvieran los efectos de la recomendación, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Fórmula para el cálculo de la Multa

$$MULTA = \frac{(P_c - P_t) * Q_t}{Pr_d}$$

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

95. En principio, la Asetup no percibió un beneficio directo derivado del incremento de precios que se generó como consecuencia de la recomendación anticompetitiva. Sin embargo, en este tipo de casos, las asociaciones gremiales no buscan obtener un beneficio directo sino que, actuando en interés de sus asociados, persiguen que éstos se beneficien indirectamente de la conducta anticompetitiva. En tal sentido, para el cálculo del beneficio ilícito esperado, se tomará en cuenta el beneficio ilícito esperado por los asociados de la Asetup como consecuencia del incremento de precios establecido por la recomendación anticompetitiva³⁵.

³⁴ Resolución 0960-2008/TDC-INDECOPI del 19 de mayo de 2008.

³⁵ Esta forma de cálculo de la multa para las asociaciones, en la que se toman en cuenta los ingresos de sus asociados, es la utilizada mayoritariamente en la experiencia comparada, como lo muestra la siguiente cita de la OECD: *“Si las agencias fueran a tomar en cuenta solamente el ingreso de la asociación, el monto de la multa y el correspondiente efecto desincentivador sería menor. Las asociaciones generalmente no son activas en el mercado y sus ingresos pueden estar limitados a cuotas de membresía cargadas a los miembros. Una multa administrativa calculada sobre esa base no tendría relación alguna con el impacto real en el mercado de la conducta ilícita. Por esta razón, las agencias han intentado levantar el velo de la asociación y tomar como referencia para la multa los*

96. En el presente caso, los beneficios que podría obtener la Asetup corresponden a los mayores ingresos de sus cuarenta y siete (47) asociadas. No obstante, debe tenerse en consideración que, según la información proporcionada por estas empresas, solamente catorce (14) de ellas incrementaron sus precios con posterioridad a las declaraciones del señor Díaz.
97. Para la aplicación de la fórmula planteada, se ha tomado en cuenta a las cinco (5) empresas de transporte que, siendo asociadas a la Asetup, se adhirieron a la recomendación de incrementar los precios de los pasajes exactamente en los montos propuestos por el señor Díaz, esto es, 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”.
98. Si bien es cierto que, al momento de efectuar la recomendación, la Asetup podría haber esperado que fuera acatada por todos sus asociadas (con lo cual, se habría incrementado el beneficio esperado), en el presente caso, se tomará en cuenta únicamente el ingreso obtenido por las asociadas que efectivamente siguieron la recomendación, con la finalidad de dar mayor objetividad a este cálculo.
99. Para el cálculo del periodo de la conducta anticompetitiva, se ha estimado que los efectos de la recomendación de la Asetup habrían tenido una duración de ocho (8) semanas. Para ello, se ha considerado, como punto de inicio, la fecha del incremento de precios realizado por las asociadas que siguieron la recomendación de la Asetup y, como punto final, la fecha en la que se estima que los precios habrían respondido no a la recomendación de la Asetup sino a un equilibrio de mercado. Específicamente, se ha tomado como referencia la fecha en la que cesó el incremento y se mantuvo el nivel de precios en el mercado de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao³⁶.
100. De acuerdo a lo anterior, la multa base correspondiente a la Asetup ascendería a ciento ochenta y seis con una décima (186.1) UIT (ver Cuadro 1). Dicho monto 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.
101. Adicionalmente, se ha multiplicado este monto semanal por ocho (8) (Columna F), periodo que correspondería al tiempo estimado de duración de los efectos de la conducta anticompetitiva (8 semanas), y se ha obtenido como resultado el valor de S/. 660,552.00, monto equivalente a 186.1 UIT.

ingresos de los miembros de la asociación.” Traducción libre de: “If agencies were to take into account only the turnover of the association, the amount of the fine and the related deterrent effect would be minor. Associations generally are not active on the market and their turnover can be limited to the membership fees charged to the members. An administrative fine calculated on that basis would have no relation whatsoever to the actual impact on the market of the illegal conduct. For this reason, agencies have tried to lift the associational veil and to take as reference for the fine the turnover of the members of the association.” OECD. Ob. Cit., p. 40-41.

³⁶ De acuerdo con el 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.

102. Por último, se ha dividido este monto correspondiente al beneficio ilícito esperado entre la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva, la cual, a criterio de esta Comisión, corresponde al 100%, dado que la recomendación anticompetitiva se puso de manifiesto a través de declaraciones públicas, de fácil conocimiento para los consumidores (principales afectados) y la agencia de competencia.

**Cuadro 1
Cálculo de la Multa**

| Empresas | Ruta | Fecha de incremento | Precio | | Número de pasajeros semanal por vehículo | Número de Vehículos por ruta | Beneficio ilícito semanal Cx Dx(B-A) | Número de semanas | Beneficio ilícito por ruta ExF |
|--|--------|---------------------|----------|----------|--|------------------------------|---|------------------------|-----------------------------------|
| | | | 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

103. Una vez calculada la multa base, deben analizarse los demás criterios contenidos en el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034, para determinar si dicha sanción resulta acorde con el principio de proporcionalidad:

1. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia

104. La conducta anticompetitiva detectada consiste en una recomendación destinada a incrementar los precios, tipificada como infracción administrativa en los artículos 1 y 11.2 del Decreto Legislativo 1034. Este tipo de conducta está sujeta a una prohibición absoluta, precisamente, porque afecta sensiblemente la competencia sin generar eficiencias que la justifiquen.

105. Por otra parte, la restricción de la competencia alcanzó potencialmente a todo el mercado de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, en la medida en que no sólo las asociadas a la Asetup sino todas las empresas dedicadas al servicio de transporte urbano de pasajeros de las referidas zonas geográficas pudieron haberse adherido a la recomendación anticompetitiva para incrementar los precios de los pasajes.

2. La cuota de mercado de la Asetup

106. En cuanto a la cuota de mercado de la Asetup respecto del número de empresas de transporte de pasajeros de Lima Metropolitana y Callao, se tiene que el conjunto de empresas que integran esta asociación cuenta con 6,647 unidades vehiculares, lo que constituye una participación de aproximadamente 27% del mercado.

Cuadro 2
Participación de la Asetup

| Asociación | Nº de unidades |
|------------------------------------|-----------------------|
| Asetup | 6,647.00 |
| Total de empresas en Lima y Callao | 24,849.00 |

Fuente: Municipalidad de Lima y ASETUP
Elaboración: ST-CLC-INDECOPI

3. La dimensión del mercado afectado y el efecto sobre los competidores efectivos o potenciales, otras partes en el proceso económico y los consumidores

107. El mercado afectado estaría conformado por el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, y son los usuarios de este servicio los que se verían principalmente afectados por un incremento en los precios de los pasajes, más aún si se considera que este servicio presenta características de demanda inelástica³⁷.

4. La duración de la restricción de la competencia

108. Se ha considerado que la conducta anticompetitiva tiene como fecha de inicio el primer incremento del precio de los pasajes, luego de las declaraciones realizadas por el señor Díaz. En lo que se refiere a la fecha de término, se ha considerado el último incremento del precio promedio de los pasajes de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, teniendo en cuenta que este último incremento pudo haberse producido como consecuencia de la evolución regular del mercado. En tal sentido, la duración de los efectos de la recomendación anticompetitiva equivale a ocho (8) semanas.
109. En consecuencia, evaluando los criterios expuestos de manera conjunta, la infracción cometida debe ser calificada como grave. Según lo dispuesto por el literal b) del artículo 43.1 del Decreto Legislativo 1034³⁸, si la infracción fuera calificada como grave, se podría imponer una multa de hasta mil (1 000) 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

³⁷ Ver: SARTORI, Juan José P. Estimación de elasticidades de demanda para el transporte urbano de pasajeros de la ciudad de Córdoba", Departamento de Economía y Finanzas Facultad de Ciencias Económicas – Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2000.
Ver también: <http://www1.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0095/n00.htm> (página web visitada el 20 de julio de 2009).

³⁸ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 43.- El monto de las multas.-

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

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) 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;

(...)

todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión³⁹.

110. Por consiguiente, esta Comisión considera que la multa base de ciento ochenta y seis con una décima (186.1) UIT resulta proporcional a la gravedad de la infracción detectada.
111. Sin perjuicio de la multa calculada para la Asetup, esta Comisión considera pertinente la aplicación de una sanción independiente para el señor Díaz, por su participación en la comisión de la infracción administrativa.
112. Según lo previsto en el numeral 3 del artículo 43 del Decreto Legislativo 1034, podrá imponerse una multa de hasta cien (100) UIT a las personas naturales encargadas de la representación, dirección o administración de una persona jurídica, de acuerdo a su responsabilidad en las infracciones cometidas⁴⁰.
113. La sanción de una persona natural busca que, al realizar determinada conducta, considere las consecuencias que le puede acarrear dicha actuación y no pretenda protegerse en la ficción de la persona jurídica. En otras palabras, se busca que las personas naturales también sean responsables por sus decisiones y actos.
114. Conviene recordar que toda persona jurídica implica una ficción, pues no tiene existencia propia en la realidad y, en ese sentido, las decisiones y actos que se adoptan y llevan a cabo al interior de una persona jurídica son realizadas, en la práctica, por las personas que integran sus órganos directivos y gerenciales.
115. En tal sentido, la sanción de las personas que participan en los órganos de dirección o gerenciales que toman la decisión de llevar a cabo una conducta calificada como restrictiva de la libre competencia, permitirá desincentivar eficazmente la adopción de estas infracciones, toda vez que fueron dichas personas las que hicieron posible la adopción de las conductas anticompetitivas⁴¹.

³⁹ Ver nota a pie de página 34.

⁴⁰ **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.

⁴¹ *"(...) en muchas jurisdicciones, las agencias o las cortes pueden también multar a las personas naturales, es decir, al individuo específico que cometió la infracción, adicionalmente a la multa para la empresa. La lógica detrás de estos sistemas es que la sola imposición de sanciones a la empresa no puede asegurar una desincentivación adecuada. Las empresas se involucran en cárteles a través de la conducta de sus representantes que son personas naturales. Las sanciones impuestas en individuos puede por lo tanto complementar las multas impuestas en corporaciones/empresas y mejorar la desincentivación."* Traducción libre de: *"(...) in several jurisdictions, agencies or courts can also fine natural persons, i.e. the specific individual who committed the infringement in addition to fining the undertaking. The logic behind these systems is that the imposition of sanctions only on the undertaking cannot ensure adequate deterrence. Undertakings are engaged in cartels through the conduct of their representatives who are natural persons. Sanctions imposed on individuals can therefore complement fines imposed on corporations/undertakings and enhance deterrence."* OECD. Cartels: Sanctions against Individuals. Policy Roundtables, 2003, p. 16.

116. La sanción a imponer en cada caso a una persona natural deberá guardar directa relación con su responsabilidad en la toma de decisiones al interior de las entidades que participan en la infracción administrativa. En virtud de ello, aquellas personas naturales que tuvieron cargos de mayor jerarquía al interior de sus empresas o asociaciones de empresas deberán ser objeto de mayores sanciones pecuniarias, toda vez que (i) cuando una persona ocupa un mayor nivel jerárquico dentro de la persona jurídica tiene un mayor acceso a información dentro de la organización; (ii) puede tener un mejor conocimiento sobre los efectos de sus decisiones; y, (iii) tiene una mayor capacidad de influencia para decidir la adopción de una determinada conducta.
117. En sentido inverso, una persona que tiene una menor jerarquía dentro de una organización tiene menor acceso a información, puede no conocer los efectos de su decisión y tiene una menor capacidad de impedir la adopción de una determinada decisión.
118. En el presente caso, el señor Díaz participó de manera directa en la recomendación anticompetitiva. En efecto, esta conducta anticompetitiva se materializó a través de sus declaraciones públicas dirigidas a lograr un incremento en los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros.
119. De otro lado, cabe resaltar que el señor Díaz es Presidente de la Asetup, es decir, es el representante con mayor jerarquía dentro de la asociación denunciada. En tal sentido, a efectos de desincentivar tanto su participación como la de otros dirigentes empresariales en conductas de similar naturaleza, esta Comisión considera que debe imponérsele una multa ascendente al 10% de la multa impuesta a la Asetup, es decir, dieciocho con sesenta y una décimas (18.61) UIT.

C. Atenuantes y agravantes de la sanción

120. Finalmente, debe tenerse en consideración que la Asetup, a través del señor Díaz, realizó declaraciones públicas en las que se anunciaba la fecha y los montos exactos de un incremento de precios, pese a que ambos conocían los efectos anticompetitivos de este tipo de conducta, al haber sido declarados infractores anteriormente por adoptar decisiones y recomendaciones anticompetitivas, mediante Resolución 015-93-CLC/INDECOPI.
 121. Sobre el particular, la Asetup ha señalado en sus descargos que la Secretaría Técnica ha incurrido en un error al hacer referencia a la Resolución 015-93-CLC/INDECOPI, toda vez que ésta fue emitida contra una asociación distinta a la que hoy preside el señor Díaz.
 122. Al respecto, cabe advertir que la diferencia entre las asociaciones es de índole meramente formal, ya que en ambos casos se trata de asociaciones de empresas de transporte público de pasajeros y que son conocidas por el público en general como "Asetup" y que, en los hechos, han operado como una sola
-

entidad, pese a que se fundó en el año 1990 como la Asociación de Empresas y Transportistas Urbano e Interurbano de Pasajeros de Lima y Callao y que en el año 2002 fue inscrita en Registros Públicos como la Asociación de Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú.

123. A mayor abundamiento, cabe recordar que, durante la entrevista realizada por la Secretaría Técnica, el señor Díaz se refirió a la Asetup como una sola asociación desde su fundación hasta la actualidad:

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'.*
(...)

(subrayado añadido)

124. Como se puede advertir de la transcripción de esta entrevista, el señor Díaz hizo referencia a la creación de la Asetup y a los cargos que ha ocupado históricamente en su interior. Incluso señaló que ha sido Presidente de la Asetup desde 1999 hasta la actualidad cuando, si se tomara en cuenta el argumento expuesto en sus descargos, en el año 2002 se habría fundado una asociación distinta a la preexistente. Es decir, el señor Díaz trata a la Asetup como una sola asociación a lo largo del tiempo.

125. Al respecto, en virtud del principio de primacía de la realidad, recogido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1034⁴², la autoridad debe atender a la verdadera naturaleza de las cosas y hechos y no a las formalidades. En tal sentido, esta Comisión considera que debe descartarse el argumento del señor Díaz.
126. En consecuencia, en opinión de esta Comisión, en el presente caso, configura un agravante que tanto la Asetup como el señor Díaz hayan sido declarados previamente como infractores por la comisión de conductas anticompetitivas en las modalidades de decisiones y recomendaciones anticompetitivas. Sin embargo, considerando que la imposición de una sanción debe resultar proporcional a la infracción cometida y debido a que las multas base previamente determinadas cumplen con el principio de razonabilidad al ser lo suficientemente disuasorias, esta Comisión considera que deben mantenerse las multas de ciento ochenta y seis con una décima (186.1) UIT para la Asetup y dieciocho con sesenta y una décimas (18.61) UIT para el señor Díaz.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar infundada la solicitud de nulidad de la Resolución 006-2008/ST-CLC-INDECOPI, planteada por la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros – ASETUP.

SEGUNDO: Declarar que la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros – ASETUP ha cometido una infracción a 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: Declarar que el señor José Luis Díaz León es responsable en su condición de Presidente de la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros – 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: Sancionar a la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros – 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.

⁴² **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.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Paul Phumpiu Chang, Elmer Cuba Bustinza, Joselyn Olaechea Flores y Raúl Pérez-Reyes Espejo.

**Paul Phumpiu Chang
Presidente**