

PROCEDENCIA : COMISION DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISION)
INVESTIGADAS : ASOCIACION PERUANA DE EMPRESAS DE SEGUROS
– APESEG (APESEG)
EL PACIFICO PERUANO SUIZA COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS (EL PACIFICO)
GENERALI PERU COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (GENERALI)
INTERSEGURO COMPAÑIA DE SEGUROS DE VIDA S.A. (INTERSEGURO)
LA POSITIVA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (LA POSITIVA)
MAPFRE PERU COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS (MAPFRE)
RIMAC INTERNACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS (RIMAC)
ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS FENIX (ROYAL&SUNALLIANCE)
SUL AMERICA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A. (SUL AMERICA)
WIESE AETNA COMPAÑIA DE SEGUROS (WIESE AETNA)
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
NULIDAD
PRACTICAS RESTRICTIVAS
CONCERTACION DE PRECIOS
PERJUICIO ECONÓMICO AL INTERÉS GENERAL
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA
ACTIVIDAD : PLANES DE SEGUROS GENERALES

SUMILLA: *en el procedimiento sobre infracción a las normas de libre competencia iniciado contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros – APESEG, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A., La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix, Sul América Compañía de Seguros S.A. y Wiese Aetna Compañía de Seguros, la Sala ha resuelto lo siguiente:*

- (i) *levantar la reserva del contenido de las entrevistas efectuadas al señor Hernán Chang, Gerente Adjunto de Vehículos de Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, el 21 de junio de 2002; de la entrevista al señor Carlos Zolezzi Barrenechea, Gerente de la División de Riesgos de El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros,*

realizada el 26 de junio de 2002; y de la entrevista realizada el 4 de julio de 2002 al señor José Antonio Cacho Souza, Gerente General de Wiese Aetna Compañía de Seguros.

- (ii) declarar la nulidad de la Resolución N° 025-2002-INDECOPI/CLC expedida en primera instancia por la Comisión de Libre Competencia el 11 de diciembre de 2002.*
- (iii) declarar que la Asociación Peruana de Empresas de Seguros - APESEG, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix y Sul América Compañía de Seguros S.A. infringieron los artículos 3 y 6, inciso a), del Decreto Legislativo N° 701 al haber concertado el precio de las primas de las pólizas correspondientes al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT durante el período comprendido entre diciembre de 2001 y abril de 2002.*
- (iv) declarar que Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A. y Wiese Aetna Compañía de Seguros no infringieron los artículos 3 y 6, inciso a), del Decreto Legislativo N° 701 durante el período investigado.*
- (v) sancionar a las infractoras con multas cuyos montos se establecen en la parte resolutive de este pronunciamiento.*
- (vi) dejar sin efecto los precedentes de observancia obligatoria aprobados en las Resoluciones N° 206-97-TDC y N° 276-97-TDC.*
- (vii) de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:*

- 1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.*
- 2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia - producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas - o el abuso de una posición de dominio*

en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.
4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.
5. La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior.

SANCIÓN:

Sancionada	Multa
Asociación Peruana de Empresas de Seguros – APESEG	10 UIT
El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros	40 UIT
Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros	28 UIT
La Positiva Seguros y Reaseguros S.A.	40 UIT
Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros	35 UIT
Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros	36 UIT
Royal & Sunalliance Seguros Fénix	20 UIT
Sul América Compañía de Seguros S.A.	26 UIT

Lima, 16 de junio de 2003

I. ANTECEDENTES

Mediante Resolución N° 008-2002-INDECOPI/CLC del 21 de junio de 2002, la Comisión decidió iniciar de oficio un procedimiento sancionador contra la APESEG, El Pacífico, Generali, Interseguro, La Positiva, Mapfre, Rímac, Royal&Sunalliance, Súl América y Wiese Aetna por la presunta concertación de los precios de las primas de las pólizas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT durante el período comprendido entre el 28 de julio de 2001 y el 20 de abril de 2002, infracción tipificada en el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701.

Una vez presentados los descargos¹ y llevadas a cabo algunas audiencias públicas², con fecha 4 de diciembre de 2002, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió el Informe N° 012-2022/CLC, proponiendo a la Comisión que declare que las investigadas eran responsables por infringir el artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

Mediante Resolución N° 025-2002-INDECOPI/CLC del 11 de diciembre de 2002, la Comisión, resolvió lo siguiente:

- (i) Interseguros, Wiese Aetna, El Pacífico, Mapfre, Royal&SunAlliance, Generali, Sul América, La Positiva, Rímac, La Positiva y Apeseg infringieron el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 al haber concertado el precio de las primas de las pólizas correspondientes al SOAT durante el período comprendido entre diciembre de 2001 y febrero de 2002.
- (ii) Sancionó a las entidades responsables, imponiendo a cada una de ellas las multas que se indican a continuación:

¹ El 18 de julio de 2002, La Positiva presentó sus descargos a los cargos imputados. De la misma manera, el 19 de julio de 2002 Royal & Sunalliance, Mapfre, Wiese Aetna, Generali, Pacífico, Interseguro, Rímac, Sul América y APESEG presentaron sus respectivos descargos.

² El 20 de setiembre de 2002, se llevó a cabo una audiencia pública convocada por la Comisión, en la que hicieron uso de la palabra los representantes de Generali, Rímac, Sul América, Mapfre, Wiese Aetna y Royal & Sunalliance. Asimismo, el 6 de noviembre de 2002 se llevó a cabo una segunda audiencia Pública en la cual hicieron uso de la palabra los representantes de la APESEG, Generali, La Positiva, Rímac, Sul América y Pacífico.

Entidad	Sanción
Interseguros	5 UIT
Wiese Aetna	50 UIT
Pacifico	60 UIT
Mapfre	60 UIT
Royal&SunAlliance	80 UIT
Generali	100 UIT
Sul América	100 UIT
La Positiva	100 UIT
Rimac	100 UIT
Apeseg	20 UIT

- (iii) Exhortó al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y la Superintendencia de Banca y Seguros para que en lo sucesivo informen a los administrados sujetos a su control y supervisión sobre los alcances del Decreto Legislativo 701.
- (iv) Solicitó al Directorio del INDECOPI la publicación de la Resolución así como del Informe de la Secretaría Técnica, en el diario oficial El Peruano.

En sus apelaciones, las investigadas plantearon los siguientes argumentos principales³:

- (i) La resolución apelada debía ser declarada nula. Ello, toda vez que, conforme a lo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Informe de la Secretaría Técnica de la Comisión debió haberles sido notificado, debiendo haberseles concedido el plazo de ley para que presenten sus alegatos. Además, la apelada presentaba defectos de motivación, pues no se absolvieron todos los argumentos planteados por las investigadas, no se pronunció con relación a todas las pruebas aportadas y no se sustentaron debidamente los factores que determinaron la cuantía de las sanciones impuestas.
- (ii) Conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 701, las prácticas colusorias deben ser evaluadas aplicando la “regla de lo razonable” y no la “regla *per se*”, contrariamente a lo señalado por la Sala en el precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución N° 276-97-TDC. Ello, toda vez que el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 exige a efectos de determinar la existencia de una infracción, que se verifiquen perjuicios para el interés económico general, no siendo

³ El 22 de enero de 2003, Pacífico y Royal & Sunalliance apelaron de dicha Resolución, mientras que la Apeseg, Rimac, Sul América, La Positiva, Wiese Aetna, Interseguro, Generali, Mapfre interpusieron sus apelaciones el 23 de enero de 2003.

suficiente la mera constatación de prácticas colusorias. Debía tenerse en cuenta que el antecedente legislativo de dicha norma, la Ley de Competencia argentina, recogía la “regla de lo razonable” y no así la “regla *per se*”, por lo que no se podía establecer a través de jurisprudencia administrativa que esta última era la regla aplicable, como se hizo en la experiencia norteamericana.

- (iii) Las primas contempladas en la nota técnica aprobada por las investigadas no contenían los precios del SOAT, sino tarifas referenciales. En este punto, Sul América se apartó de los argumentos de las demás investigadas, para señalar que la nota técnica sí contenía las tarifas de las primas del SOAT, pero que la determinación de las mismas debía ser evaluada conforme a la “regla de lo razonable”, estando justificada en el marco de la implementación del seguro obligatorio.
- (iv) La nota técnica fue elaborada en atención a la solicitud del MTC para que las empresas de seguros le proporcionen información acerca de cuáles serían los costos del SOAT. En tal sentido, la elaboración y aprobación de la nota técnica respondía a los requerimientos del MTC con relación al programa de implementación del SOAT, pues era necesario enviarla a la SBS con la anticipación debida para que las tarifas sean aprobadas y poder cumplir con los plazos fijados para la entrada en vigencia del seguro.
- (v) La coincidencia en la prima de riesgo estaba explicada por tratarse de un seguro con condiciones determinadas legalmente que se dirigía a un mismo grupo de usuarios. Si bien en muchos casos existía coincidencia en cuanto a los porcentajes correspondientes a gastos administrativos (10%), gasto de emisión (3%) y utilidad (5%) ello no necesariamente obedecía a que se hubiese seguido el cálculo del actuario, sino que las empresas aplicaban tales porcentajes a prácticamente todas las pólizas que emiten y no solamente al SOAT;
- (vi) Los acuerdos adoptados por las investigadas estaban dirigidos a obtener y compartir información con relación a los costos del SOAT y, de ese modo, poder colaborar con el MTC en la implementación del seguro obligatorio. Los referidos acuerdos permitieron a las empresas reducir los gastos al contratar un solo actuario, debiendo indicarse que el mismo era el único profesional en el país con la experiencia requerida para calcular los costos de un seguro de la magnitud del SOAT.
- (vii) El acuerdo de reducir la tarifa referencial a ser cobrada por el SOAT, respondía al requerimiento del MTC para que las empresas de seguros reduzcan las primas. Las empresas fueron presionadas por el MTC para reducir las tarifas, por lo que no les era imputable responsabilidad por tal acuerdo. Por ello, era preciso evaluar la actuación del MTC en el caso.

- (viii) Las empresas actuaron de buena fe al adoptar los acuerdos, como demostraba el hecho de que no pretendieron ocultar su contenido, sino que, por el contrario fueron tomados en el marco de las coordinaciones con el MTC y la SBS para implementar el SOAT.
- (ix) La Comisión no actuó imparcialmente al expedir su resolución, sino que se vio influida por la coyuntura política generada a partir de la oposición existente a la implementación del SOAT.

Además, las apelantes plantearon argumentos dirigidos a cuestionar la responsabilidad imputada a cada una de ellas, indicando que, en todo caso, debía reducirse la cuantía de las multas impuestas:

- (i) La APESEG argumentó que se limitó a servir de nexo entre el MTC y las empresas de seguros, a efectos de que pudiesen sostener reuniones dirigidas a implementar el SOAT dentro de los plazos establecidos, todo ello a pedido del referido ministerio. Además, las decisiones con relación a la aprobación de la prima y la posterior reducción de la misma, fueron tomadas por las compañías de seguros en el Comité de Automóviles de la APESEG, por lo que no se trataba de decisiones realizadas por esta entidad. Por tanto, no se podía considerar que la APESEG era responsable por infringir las normas de libre competencia.
- (ii) El Pacífico señaló que no promocionó ni contrató la prestación del servicio del SOAT con ningún consumidor durante el período investigado. Indicó que la tarifa de US\$ 60,00 incluida en su página *web*, sólo tenía carácter referencial, en la medida que el SOAT era un seguro que sería ofrecido en el futuro. Alegó que de haber pretendido vender el SOAT en el periodo investigado hubiese registrado muchas ventas, lo que no se verificó en el caso.
- (iii) Royal&Sunalliance argumentó que no contrató el seguro con ningún consumidor, sino hasta el 30 de junio de 2002.
- (iv) Rímac señaló que la multa impuesta no cumplía con el principio de razonabilidad en materia de sanciones, toda vez que era de 100 UIT, pese a que el período de investigación fue breve y a que el perjuicio causado sería mínimo debido al reducido número de pólizas vendidas, debiendo considerarse además como atenuante la participación del MTC en la implementación del SOAT.
- (v) Sul América sostuvo que no se había probado que el mercado de seguros de automóviles estuviese concentrado ni que la implementación del SOAT pudiese generar un incremento significativo en los costos del transporte y

con ello un daño potencial a los consumidores y al mercado. Además, no se podía considerar que el haber promocionado el SOAT con las tarifas indicadas a través de publicidad fuese un factor agravante, toda vez que una vez transcurrido el plazo de ley para que la SBS formule observaciones sin que existiese alguna objeción, era lógico que las empresas consideren que podían ofertar el seguro en el mercado. Finalmente, indicó que su empresa no vendió parte importante de los SOAT que la Comisión consideró, toda vez que muchos de los seguros fueron ofrecidos como promociones sin costo alguno.

- (vi) La Positiva indicó que la Comisión no realizó un análisis del mercado del SOAT, de modo que no se podía considerar como factor agravante la dimensión del mercado, ni las cuotas de mercado que corresponden a cada empresa. Además, se le impuso una sanción que no guardaba proporción con el número de pólizas vendidas.
- (vii) Wiese Aetna sostuvo que debía tenerse en consideración que su empresa no notificó la nota técnica elaborada por el actuario, sino su propia nota técnica. Agregó que, debía tenerse en cuenta que durante el periodo investigado, no ofertó, anunció, ni vendió ninguna póliza del SOAT a las tarifas consignadas en la nota técnica elaborada por el actuario ni aquellas contenidas en la nota técnica presentada a la SBS.
- (viii) Interseguro manifestó que su participación en las reuniones del Comité de Automóviles de la APESEG en los que se tomaron los acuerdos con relación a las primas del SOAT, únicamente con el objeto de tomar conocimiento de los aspectos técnicos referidos a transmisión de información con relación a dicho seguro. Indicó que ello quedó corroborado por el hecho de que contrató a una empresa consultora para que elabore una nota técnica distinta con relación a los costos del SOAT, lo que llevó a Interseguro a cobrar tarifas diferenciadas con respecto a las demás empresas de seguros.
- (ix) Generali indicó que debía tenerse en cuenta que, durante el período investigado, sólo vendió una póliza con las tarifas contenidas en la nota técnica, y que no anunció dicho seguro a través de medios publicitarios. Agregó que no podía considerarse que el SOAT era un servicio de consumo masivo pues durante el período investigado aun no era obligatorio.
- (x) Mapfre señaló que no promocionó la prestación del servicio del SOAT a las tarifas contenidas en la nota técnica. Indicó que la tarifa de US\$ 60,00 fue incluida en su página *web* por error. En tal sentido, durante el período investigado, no vendió ninguna póliza del SOAT. Por ello, en caso de considerarse que existía infracción, la multa debía reducirse en atención a

que Mapfre no intervenía en el mercado del SOAT en el periodo investigado al no haber implementado la promoción y oferta de tal seguro.

Finalmente, distintas apelantes solicitaron a la Sala que suspenda los efectos de la resolución de primera instancia hasta que emita su pronunciamiento.

El 23 de abril de 2003 se llevó a cabo la audiencia de informe oral a solicitud de El Pacífico, con la asistencia de los representantes de todas las investigadas. El 16 de mayo de 2003 se realizó una audiencia ordenada por la Sala a los efectos de escuchar los fundamentos de la Comisión en la expedición de la Resolución apelada.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Determinar si el hecho de que el Informe de la Secretaría Técnica de la Comisión no haya sido notificado a las investigadas para que planteen sus alegatos constituye un vicio de procedimiento que acarrea la nulidad de la resolución apelada;
- (ii) determinar si la resolución apelada presenta defectos en la motivación que la viciarían de nulidad, toda vez que no habría absuelto todos los argumentos planteados por las investigadas y no habría sustentado debidamente los factores que determinaron la cuantía de las sanciones impuestas;
- (iii) determinar si para que las prácticas colusorias configuren infracción al Decreto Legislativo N° 701, es preciso que se generen perjuicios para el interés económico general;
- (iv) determinar si a efectos de determinar la ilegalidad de un acuerdo de fijación de precios, corresponde aplicar la “regla *per se*” o la “regla de lo razonable”;
- (v) determinar si los acuerdos adoptados por las investigadas con relación a las primas correspondientes al SOAT, constituyen acuerdos desnudos o acuerdos de colaboración empresarial y, en función a ello, determinar la regla aplicable;
- (vi) determinar si a partir de los medios probatorios que obran en el expediente ha quedado demostrado que las empresas investigadas acordaron aprobar una nota técnica con los precios del SOAT y posteriormente acordaron la reducción de tales precios, o si las referidas tarifas eran únicamente referenciales y no precios, como afirman las investigadas;

- (vii) determinar si el acuerdo de contratar la elaboración de la nota técnica y aquel por el que se aprobó la misma, fueron llevados a cabo sólo para cumplir con un trámite administrativo ante la SBS que era necesario para la implementación del SOAT, como alegan las investigadas;
- (viii) determinar si la supuesta actuación del MTC, que según las investigadas les habría conminado a reducir los precios del SOAT, podría eximir de responsabilidad a las mismas;
- (ix) determinar si los acuerdos adoptados en el Comité de automóviles de la APESEG involucraban a todas las empresas que participaron en los mismos o únicamente a aquellas que los implementaron;
- (x) determinar si la APESEG tiene responsabilidad por la adopción de los acuerdos tomados en su Comité de Automóviles;
- (xi) determinar si corresponde modificar las sanciones impuestas a las investigadas.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 La nulidad alegada por las sancionadas

III.1.1 La notificación del informe y el plazo para presentar alegatos

El principio del debido procedimiento administrativo ha sido recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General en los términos siguientes:

“Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho”⁴.

⁴ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, TITULO PRELIMINAR, Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. (...)

Una de las facetas del debido proceso reconocido por la doctrina es el denominado *derecho en el proceso*. Conforme a esta línea de pensamiento el *derecho en el proceso* otorga a todo sujeto interviniente en un proceso, un conjunto de derechos esenciales durante su inicio, tramitación y conclusión, incluyendo el respeto por las formas esenciales. Si alguno de esos derechos es violado, el acto procesal que contiene el vicio o dio lugar a la violación es nulo, en la medida que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal⁵.

Dentro de los referidos derechos esenciales se encuentra el derecho de defensa, como efectiva posibilidad de participación en el procedimiento y que, a su vez, comprende los derechos a ser oído, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión fundamentada, e impugnar la decisión⁶:

En el presente caso, las investigadas señalaron que la resolución apelada debía ser declarada nula, manifestando que conforme a lo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Informe de la Secretaría Técnica de la Comisión debió haberles sido notificado otorgándoseles un plazo de 5 días para que presenten sus alegatos.

El artículo 17 del Decreto Legislativo N° 701 establece que, vencido el término probatorio, la Secretaría Técnica de la Comisión expide opinión sobre los extremos de la denuncia, sugiriendo las sanciones a que haya lugar, y presenta el caso para decisión a la Comisión, la que debe pronunciarse en un plazo no mayor de cinco días⁷.

Como señaló esta Sala en anterior oportunidad⁸, en los procedimientos a cargo de las comisiones del Indecopi la labor de instrucción del procedimiento y conformación del expediente es realizada de ordinario por la Secretaría Técnica. Durante el curso del procedimiento, la Comisión sólo adopta frente al caso algunas decisiones de impulso que pueden ser consideradas como decretos o autos⁹ y que no generan mayor vinculación de los miembros con el caso.

⁵ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima: Ara Editores. 2001. pp. 209-210.

⁶ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. B.Aires: Ed. Ciudad Argentina. 1997. Sexta Edición. Pp. 843-844.

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 701, Artículo 17°.- Opinión de la Secretaría y decisión de la Comisión.** Vencido el término probatorio, la Secretaría expide opinión sobre los extremos de la denuncia, sugiriendo las sanciones a que haya lugar, y presenta el caso para decisión en primera instancia, a la Comisión, quien se pronuncia en plazo no mayor de cinco (05) días.

⁸ Ver Resolución N° 0148-2003/TDC-INDECOPI del 7 de mayo de 2003, emitida en el Expediente N° 004-2000-CLC correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Agencias de Viajes y Turismo – APAVIT contra once aerolíneas por infracciones a las normas de libre competencia.

⁹ **CODIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 121.- Decretos, autos y sentencias.-** Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite. Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, suspensión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios

La vista de la causa en los procedimientos administrativos ante las comisiones del Indecopi se produce cuando la Secretaría Técnica pone en conocimiento de la Comisión los resultados de su investigación, por lo general, mediante un informe final de evaluación de cargos, descargos y pruebas actuadas, y formula una sugerencia de pronunciamiento.

En el procedimiento seguido ante la Comisión, la vista de la causa es el acto público en el que el órgano colegiado toma conocimiento del asunto discutido en el caso a partir de la presentación y sustento que realiza del mismo la Secretaría Técnica a través de su informe¹⁰. Es también el momento en el que puede o no decidirse la realización de un informe oral con la intervención de las partes en sustento de sus posiciones¹¹. Finalizada la audiencia, los miembros intervinientes están obligados a votar la causa expresando su decisión en uno u otro sentido¹². Lo expuesto pone en evidencia la importancia del Informe de la Secretaría Técnica como documento por medio del cual el asunto discutido en el procedimiento es puesto en conocimiento de los miembros de Comisión. El referido informe constituye la actuación culminante de la labor de instrucción del caso llevada a cabo por la Secretaría Técnica, pues contiene las conclusiones con relación a los cargos imputados a los investigados en el procedimiento, además de una propuesta de decisión con relación a su responsabilidad o inocencia y, de ser el caso, la sanción sugerida para aquellos que fuesen considerados infractores.

Por tanto, a efectos de garantizar el derecho al debido procedimiento administrativo y la interpretación coordinada de la norma general y la norma

impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

¹⁰ **TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL, Artículo 139o.-** La vista de la causa sin informe oral, se inicia con la exposición del Vocal ponente; continúa con la lectura y examen de las piezas del expediente que indica el ponente o los otros Vocales; y, finaliza previo debate del asunto, con la votación de la causa y la respectiva resolución, o con la decisión de dejarla al voto, si requiere mayor estudio.

¹¹ **TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL, Artículo 131o.-** La Corte Suprema y las Cortes Superiores ven las causas en audiencias públicas, por riguroso orden de ingreso, dentro de los treinta días siguientes a que se hallen expeditas para ser resueltas. No es necesario que la designación de día y hora para la vista conste en resolución expresa.

El Presidente de la Sala hace citar con setenta y dos (72) horas de anticipación a los abogados que hayan solicitado el uso de la palabra para informar, así como a las partes que hayan pedido informar sobre hechos, precisando el tiempo que tienen para hacerlo. El abogado de la parte que no solicitó la palabra es igualmente citado si señaló domicilio en la sede de la Corte. En los demás casos no es necesario citar a los abogados o a las partes para la vista de la causa (...)

¹² **TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL, Artículo 149o.-** Los Vocales tienen la obligación de emitir su voto escrito en todas las causas en cuya vista hubiesen intervenido, aun en caso de impedimento, traslado, licencia, vacaciones, cese o promoción. Dicho voto forma parte de la resolución, no siendo necesario la firma de ésta por el Vocal referido.

Si el Vocal no cumple con emitir su voto dentro del término correspondiente el Presidente de la Sala puede integrarla con el llamado por ley, de conformidad con los artículos precedentes, sin perjuicio de la sanción disciplinaria pertinente.

especial, es necesario que el Informe sea notificado a los investigados antes de ser puesto en conocimiento de la Comisión.

Lo anterior con el objeto de permitir que los investigados ejerzan su derecho de defensa con respecto a las conclusiones de la instrucción expuestas en el Informe. Debe tenerse en cuenta que ello sólo será posible en la medida que los investigados tomen conocimiento de cuáles son los argumentos y medios probatorios que condujeron al órgano instructor, la Secretaría Técnica, a determinar la comisión de infracciones y establecer cuál es la gravedad de la misma para efectos de proponer una sanción.

En esa línea de argumentación, el artículo 161 de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad al resolver. En el caso de procedimientos administrativos sancionadores, el órgano administrativo sólo dicta resolución habiéndole otorgado al denunciado un plazo no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo¹³.

El artículo 161 de la Ley debe ser interpretado teniendo en cuenta que se encuentra dirigido a garantizar a los administrados el ejercicio del derecho de defensa como parte del derecho en el procedimiento y que ninguna legislación especial podría contrariar dicha norma, debiendo en todo caso interpretarse las normas generales y especiales de manera que se garanticen efectivamente los derechos de los administrados.

Por tanto, a efectos de garantizar el derecho de defensa de las investigadas y conforme a lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, una vez emitido el informe de la Secretaría Técnica de la Comisión, éste debió ser puesto en conocimiento de las investigadas, otorgándoles un plazo de 5 días para que presenten sus alegatos con respecto a las conclusiones de la instrucción. En el momento de la presentación de los alegatos, las investigadas pudieron haber solicitado el informe oral, de considerarlo conveniente.

Sólo una vez vencido dicho término, la Secretaría Técnica pudo poner su informe en conocimiento de la Comisión, conjuntamente a los alegatos que hubiesen sido presentados por los investigados, para que dicho órgano emita pronunciamiento sobre la cuestión controvertida en el caso, contando con la opinión y propuesta

¹³ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.- Artículo 161.- Alegaciones.-**

161.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

161.2 En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo

del órgano encargado de la instrucción y con las conclusiones de la defensa. Este acto, es el que corresponde a la vista de la causa. En el caso que se hubiera solicitado dicho informe y la autoridad decidiera concederlo, la vista de la causa se señalará para una fecha posterior en la audiencia pública que se realice a los efectos de que la Comisión conozca de la presentación del informe y los descargos.

El plazo de cinco días a que hace referencia el Decreto Legislativo N° 701 que tiene la Comisión para emitir pronunciamiento, se computa desde la vista de la causa, la misma que como se ha señalado se realiza cuando el informe de la Secretaría Técnica es puesto en conocimiento de los miembros de comisión o cuando éstos señalan una fecha para la audiencia de informe oral, en el caso que hubiera sido solicitado.

El siguiente gráfico muestra el curso de la actuación debida de conformidad con las normas aplicables:



En caso de no producirse el informe oral, el plazo para pronunciamiento se computa desde la vista de la causa con la puesta en conocimiento de los miembros de comisión del informe y los alegatos escritos de los investigados. Adicionalmente, debe tenerse en consideración que la duración máxima del procedimiento ante la Comisión de Libre Competencia es de 120 días hábiles, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 27809¹⁴.

En el presente procedimiento, la Secretaría Técnica de la Comisión no puso en conocimiento de las investigadas el informe con las conclusiones de la instrucción y la propuesta de resolución del caso. Ello constituye un vicio de procedimiento que acarrea la nulidad de la resolución apelada puesto que no se cumplieron con normas procesales esenciales contenidas en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General y en su artículo 161.

III.1.2 La falta de motivación de la resolución apelada

¹⁴ LEY N° 27809, DISPOSICIONES FINALES, DÉCIMOCUARTA.- Plazo de procedimientos administrativos de competencia del INDECOPI.- El plazo máximo para la tramitación de los procedimientos administrativos a cargo de los órganos resolutivos que conforman la estructura orgánico funcional del INDECOPI será de 120 días hábiles, sin perjuicio de lo establecido en normas especiales o de los plazos que se deriven de la propia naturaleza del respectivo procedimiento.

Debe tenerse en cuenta que conforme a lo señalado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, el debido procedimiento administrativo implica el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. En tal sentido, la Ley dispone que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, y establece las siguientes reglas¹⁵:

- La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
- Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.
- No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

De la revisión de la resolución apelada se desprende que si bien la misma hace referencia a las circunstancias agravantes y atenuantes que habría empleado la Comisión para fijar la cuantía de las multas, tales factores no explican por sí solos

¹⁵ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.- Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. **Competencia.-** Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. **Objeto o contenido.-** Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
3. **Finalidad Pública.-** Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. **Motivación.-** El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. **Procedimiento regular.-** Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. (...)

cómo es que la primera instancia arribó a las multas impuestas como sanción. Lo señalado es más evidente desde el momento mismo en que la Comisión omite en su pronunciamiento hacer suyo el informe de la Secretaría Técnica.

Adicionalmente, para aplicar factores agravantes o atenuantes, resulta preciso determinar previamente cuál debería ser la multa aplicable en caso de que las circunstancias agravantes o atenuantes no se hubiesen presentado. Dicho monto inicial deberá ser determinado en función a la finalidad del ordenamiento vulnerado, en el caso, velar porque el bien jurídico constituido por la libre competencia no se vea afectado.

Además, debe tenerse en cuenta que la Ley exige que la motivación del caso guarde correspondencia con su contenido. Por tanto, la importancia del caso por la potencial afectación al interés económico general imputada a la conducta de las investigadas y la magnitud de las sanciones impuestas, exigía una motivación acorde con la gravedad de las infracciones cometidas por las investigadas.

Por tanto, en el extremo referido a la graduación de la sanción se presenta un caso de motivación aparente, pues no existe una real fundamentación que sustente la cuantía de las multas impuestas a las investigadas, la misma que también vicia de nulidad el acto administrativo expedido en primera instancia.

Por lo expuesto, se ha verificado que el acto administrativo adolece de vicios de procedimiento en la medida que fue expedido transgrediendo normas de debido procedimiento administrativo¹⁶ como consecuencia de la falta de notificación del informe final de la Secretaría Técnica y la insuficiente motivación de las sanciones impuestas, razón por la que, conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde declarar nula la resolución apelada¹⁷.

III.1.3. Los efectos de la nulidad de la resolución de la Comisión

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso tener en cuenta la normatividad introducida por la Ley del Procedimiento Administrativo General con relación a la declaración de nulidad por parte de la autoridad que conoce del recurso:

Artículo 217.- (...) Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse

¹⁶ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, **Artículo 10°.- Causales de nulidad**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)

¹⁷ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.- **Artículo 217.- Resolución.**

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

La referida norma establece la atribución del órgano que conoce del recurso para que, en caso de haberse declarado la nulidad del acto administrativo impugnado, resuelva acerca del asunto discutido en el procedimiento, siempre que cuente con los elementos necesarios para emitir dicho pronunciamiento.

Conforme a la referida norma, cuando la autoridad considere que cuenta con los elementos necesarios para resolver el caso, se encuentra obligada a emitir pronunciamiento.

En efecto, la norma no concede facultad discrecional al órgano que conoce del recurso para decidir si, conforme a las circunstancias particulares del caso, corresponde que emita pronunciamiento o que reenvíe el expediente a la primera instancia para que ésta emita un nuevo pronunciamiento. Por el contrario, una vez que la autoridad determina que cuenta con los elementos necesarios para emitir pronunciamiento de fondo, necesariamente deberá resolver el caso. Sólo de no contar con los elementos de juicio requeridos para resolver, la autoridad deberá disponer la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

La norma bajo comentario se encuentra inspirada en los principios de celeridad y eficacia que rigen el procedimiento administrativo¹⁸. En efecto, una vez que el órgano revisor conoce el caso y cuenta con todos los elementos requeridos para expedir un pronunciamiento de fondo, lo más adecuado para garantizar un procedimiento célere que permita cautelar eficazmente los derechos o intereses que habrían sido afectados, es que se emita pronunciamiento. Por el contrario, el reenviar el expediente para que la primera instancia resuelva, contravendría los referidos principios, pues podría darse el caso de que tal pronunciamiento sea impugnado, de modo que el superior tendría que pronunciarse de todas formas, con la afectación que podría ocasionar la demora en resolver el caso.

¹⁸ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, TITULO PRELIMINAR, Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.9 Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

1.10 Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio. (...)

En el presente caso, a partir de la revisión de los actuados en el expediente, la Sala cuenta con los elementos necesarios para emitir pronunciamiento de fondo. Ello, toda vez que obran en el expediente los cargos imputados a las investigadas, los descargos presentados por tales entidades, el informe de la Secretaría Técnica de la Comisión con las conclusiones de la instrucción, así como los argumentos de las investigadas frente al contenido de tal informe. Asimismo, los integrantes de esta Sala han escuchado los alegatos de las investigadas en la audiencia de informe oral, así como en una audiencia pública con la participación de la Comisión y su Secretaría Técnica como órgano a cargo de la instrucción en el procedimiento. Adicionalmente, las alegaciones escritas de las investigadas y de la Comisión han sido puestas en conocimiento de sus contrarias, sin restricciones.

En consecuencia, al contar con los elementos necesarios para resolver, corresponde que la Sala emita pronunciamiento de fondo, pese a la nulidad detectada en el pronunciamiento de primera instancia.

III.2 El pedido de suspensión de los efectos de la resolución apelada

Las investigadas solicitaron que se suspendan los efectos de la resolución apelada hasta que la Sala emita pronunciamiento con relación a la materia discutida en el procedimiento.

Al respecto, teniendo en consideración que mediante el presente acto administrativo la Sala está resolviendo las apelaciones interpuestas, emitiendo pronunciamiento final sobre las cuestiones discutidas en el procedimiento, carece de objeto que se pronuncie sobre la solicitud de suspensión presentada por las investigadas.

III.3 Las prácticas restrictivas de la libre competencia

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 establece literalmente que "están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional."

La prohibición de limitar la libre competencia no puede ser interpretada de manera extrema o literal, pues se podría llegar a sostener que todo tipo de acuerdo, convenio o contrato en el marco de una relación de negocios sea ilegal; por ejemplo, la decisión por parte de dos abogados de formar un estudio jurídico podría considerarse como una práctica restrictiva de la libre competencia, ya que

efectivamente elimina la competencia entre ellos.¹⁹ Es evidente, por sus efectos prácticos, que esta interpretación extrema de la prohibición general de las prácticas restrictivas de la libre competencia no es la más acorde con el espíritu de la ley, lo que determina la necesidad de interpretar los alcances del texto legal.

El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 precisa que las prácticas restrictivas de la libre competencia pueden provenir de tres mecanismos distintos: i) los acuerdos; ii) las decisiones; y, iii) las prácticas concertadas.²⁰

Al respecto, la palabra "acuerdo" no se refiere exclusivamente a contratos como fuente de obligaciones²¹ sino más bien a todo un género de actos en los que una de las partes se obliga a limitar su libertad de acción respecto a la otra, con la finalidad última de restringir la competencia.²² De otro lado, una "decisión" se refiere tanto a las reglas de la asociación de empresas de que se trate, como a las decisiones que vinculan a sus miembros. El término "decisión" incluye también a las recomendaciones de las asociaciones de empresas dirigidas a sus miembros.²³ Finalmente, una "práctica concertada" hace referencia a toda "cooperación informal entre empresas, que no se caracteriza por ningún acuerdo o decisión formal."²⁴ Un elemento muy importante - pero no suficiente - para la prueba de las prácticas concertadas es la existencia de una conducta paralela en el mercado.²⁵

III.4 La legislación y jurisprudencia aplicables

En la presente sección se efectúa un análisis de la legislación y jurisprudencia aplicables a las prácticas restrictivas de la libre competencia, toda vez que las investigadas han cuestionado la aplicación de la "regla *per se*", recogida como precedente interpretativo a tal supuesto, indicando que de acuerdo a la ley

¹⁹ Refiriéndose a la interpretación de la Sección I de la Sherman Act, VISCUSI et.al. proponen este ejemplo para advertir del peligro de una lectura extremadamente literal acerca de lo que significa una práctica restrictiva de la libre competencia. Cfr. VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. Y Joseph E. HARRINGTON, Jr. Economics of Regulation and Antitrust. 2ª.ed. 4ª. Reimp. Cambridge: The MIT Press, 1998. p. 123.

²⁰ DECRETO LEGISLATIVO N° 701, Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. (...)

²¹ CÓDIGO CIVIL, Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

²² BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Madrid: Civitas, 1992. p.78. Es más, esta interpretación sobre el significado del término "acuerdo" no sólo es consistente con la práctica europea sino con la norteamericana, pues la Sección I de la Sherman Act prohíbe todo contrato, combinación o conspiración para restringir la competencia ("Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.") Cfr. VISCUSI, Kip, VERNON, John M. Y Joseph E. HARRINGTON, Jr. Op.cit., p.69.

²³ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Op.cit., p.85.

²⁴ Ibid., p.86.

²⁵ Ibid., p. 91-92.

peruana debe aplicarse la “regla de lo razonable” para evaluar la legalidad de todas las conductas que presuntamente vulneren la libre competencia.

III.4.1 La infracción contemplada en el Decreto Legislativo N° 701

El artículo 58 de la Constitución Política del Perú²⁶ establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. En concordancia con ello, el artículo 61²⁷ establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia y combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

La legislación vigente antes de la promulgación de la Constitución ya contemplaba una preocupación por la libre iniciativa privada y la libre competencia. Así, el Decreto Legislativo N° 701²⁸, publicado el 7 de noviembre de 1991, es la norma que dispone la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios²⁹. Puede observarse que dicha norma es consistente con los mecanismos consagrados por la actual Constitución Política del Perú en la sección económica en ella contenida.

El texto del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 es el siguiente:

Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

La norma antes citada corresponde a una cláusula general prohibitiva que sanciona cualquiera de los siguientes tipos de conductas: (i) el abuso de posición de dominio en el mercado, o, (ii) la limitación, restricción o distorsión de la libre competencia. Además, en caso de verificarse una conducta que constituyera abuso de posición de dominio en el mercado o que limitara, restringiera o distorsionara la libre competencia, la norma hace referencia a que dichas

²⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

²⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 61.-** El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
(...)

²⁸ Ley que dispone la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

²⁹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 701, Artículo 1.- Finalidad.** La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

conductas generen perjuicio para el interés económico general en el territorio nacional.

Un antecedente directo del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, es el artículo 1 de la Ley N° 22.262, la derogada ley argentina de Defensa de la Competencia³⁰, sancionada en el año 1980, cuyo texto era el siguiente:

***Artículo 1.-** Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.*

Sobre la base de la semejanza de los textos normativos, el desarrollo doctrinario argentino puede ayudar a esclarecer el contenido del concepto del "perjuicio para el interés económico general" como requisito para la existencia de una infracción al ordenamiento en materia de Libre Competencia. La doctrina argentina señala lo siguiente:

(...) bajo la L.D.C. la flexibilidad del concepto de interés económico general sufre las limitaciones que surgen de la valoración que dicha Ley efectúa respecto de ciertos hechos económicos. Ese cuerpo normativo no puede ser aplicado en contra de tales valoraciones sin caer en una interpretación contra legem. No sólo se considera, bajo la L.D.C., que la competencia en los mercados es un valor positivo de significación, sino que se parte de la base de que los precios determinados competitivamente tienden a ser los correctos y de que la libre concurrencia a los mercados es la verdadera fuerza impulsora de la economía. No podría entonces argumentarse válidamente, bajo esa Ley, que un sistema de determinación de precios mediante acuerdos entre los competidores es el correcto para proteger el bienestar económico del país, o que un cartel es el mecanismo más adecuado para incrementar la producción en un sector.³¹

El ordenamiento peruano en materia de Libre Competencia, al igual que el ordenamiento argentino, reconoce que la competencia en los mercados es un bien jurídico protegido de significación positiva, que los precios determinados competitivamente tienden a ser los correctos y que la libre concurrencia a los mercados es la fuerza impulsora de la economía. Así, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 701 - consistente con lo señalado en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú - recoge la siguiente declaración de principios:

³⁰ La Ley de Defensa de la Competencia actualmente vigente en la República Argentina es la Ley 25.156, sancionada en el año 1999. El artículo 1 de la Ley 25.156 es el siguiente:

Ley 25.156, Ley de Defensa de la Competencia (Argentina). Artículo 1.-

Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas.

³¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires: Heliasta, 1983. p.179.

Artículo 1. - Finalidad. La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

Puede observarse que la legislación nacional de Libre Competencia rechaza, a priori, aquellas prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, las cuales deben ser eliminadas por mandato expreso de la ley. A la vez, la legislación nacional de Libre Competencia promueve la libre iniciativa privada como medio para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

En el marco legal referido las conductas contrarias a la libre competencia son conductas reprochables pues se asume que es la competencia el mecanismo efectivo para lograr bienestar en el sociedad y, en consecuencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia - derivadas de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas - o el abuso de una posición de dominio en el mercado, no son de ninguna manera medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. Interpretar la ley de otra manera sería interpretarla *contra legem*.

Las investigadas sostienen que la expresión “generen perjuicios económicos para el interés general”, contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, significa que en todas las infracciones producidas a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 701 la sanción sólo procede cuando exista un daño demostrado a los consumidores y a la competencia.

De acuerdo con el análisis del significado del requisito del perjuicio al interés económico general dentro del ordenamiento nacional en materia de Libre Competencia realizado líneas arriba, la interpretación de las investigadas se circunscribe a la literalidad extrema y deja de lado la relación de la norma con el texto constitucional y el reproche consistente y *a priori* que la misma establece para toda conducta que postergue o desconozca la libre competencia como mecanismo para procurar el bienestar de la sociedad.

El daño a los consumidores y a la competencia se produce con la existencia de una practica capaz de restringir la libre competencia y que se ejecuta en el mercado. Sin embargo, excepcionalmente lo que puede ocurrir es que, en un caso concreto, existan beneficios económicos como consecuencia de la conducta que superen a los perjuicios derivados de la misma, lo cual podría eliminar - en la realidad - el perjuicio al interés económico general.

En otras palabras, el propio Decreto Legislativo N° 701 ha considerado que el interés económico general sufre un perjuicio al afectarse el bien jurídico protegido de la competencia; sin embargo, la misma norma cuida de permitir exceptuar de reproche una práctica restrictiva cuando en un caso determinado se acredite que pese a la realización de la misma no se produce perjuicio al interés económico general, sino que se pueden observar beneficios para la sociedad y los consumidores. La exención de reproche es una circunstancia excepcional y posible únicamente en aquellos casos en que se logre determinar la existencia de efectos beneficiosos de la práctica en principio restrictiva de la libre competencia que superen al daño a los consumidores y al propio instituto jurídico de la competencia.

La interpretación efectuada se sustenta también en la evolución histórica de la legislación peruana y sus fuentes originales.

El Decreto Legislativo N° 701 fue diseñado siguiendo la tradición continental en materia de competencia³², una de cuyas expresiones es la derogada Ley de Defensa de la Competencia de la República Argentina. Sin embargo, aquella no fue la única fuente de inspiración del legislador nacional sino que puede encontrarse una marcada influencia - de mayor entidad que aquella ejercida por la legislación argentina - de la legislación comunitaria en materia de libre competencia, contenida en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea³³.

El texto del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 responde directamente a la inspiración del sistema comunitario europeo, tal como es recogido en el artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea³⁴:

³² Por "origen continental", entiéndase aquella tradición jurídica denominada comúnmente "romano-gérmica", por oposición al sistema anglosajón o del *Common Law*.

³³ Originalmente, Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

³⁴ Correspondiente al Artículo 85 del texto original del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

<p style="text-align: center;">Artículo 81³⁵</p> <p>1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:</p> <p>a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; (...)</p>	<p>Decreto Legislativo N° 701, Artículo 6°.- Prácticas restrictivas de la libre competencia.</p> <p>Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Son prácticas restrictivas de la libre competencia:</p> <p>a. La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (...).</p>
--	--

El artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea contiene tanto la prohibición de las prácticas restrictivas de la libre competencia incluida en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, como la enumeración de los tipos de actos que caen bajo dicha prohibición - acuerdos, decisiones y prácticas concertadas - incluida en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701.

El referido artículo 81.1 es una prohibición general a todas aquellas conductas que tengan el efecto real o potencial de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, como consecuencia de la calificación negativa - incompatibilidad con el mercado común - de dichas conductas. Por su parte y de igual manera, el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 también recoge la condena a todas aquellas conductas cuyo efecto real o potencial sea impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, a las que califica como "prácticas restrictivas de la libre competencia".

El artículo 81.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea permite exceptuar de reproche una práctica que en principio califique de restrictiva debido a la acreditación en un caso concreto de falta de perjuicio económico al interés general:

Artículo 81

(...)

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
 - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
 - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

³⁵ Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 24 de diciembre de 2002.

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Del mismo modo, y con la misma lógica del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, dentro del articulado original del Decreto Legislativo N° 701 se incluía la siguiente disposición:

Artículo 7.- La Secretaría de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia podrá autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas a que hace referencia el artículo 6 o categorías de las mismas, en los siguientes casos:

- a) Cuando contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico y siempre que:
 - 1) Permitan a los consumidores o usuarios participar en forma adecuada de sus ventajas;
 - 2) No impongan a las personas naturales o jurídicas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,
 - 3) No permitan a las personas naturales o jurídicas partícipes, eliminar la competencia de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.
- b) Cuando tengan por objeto proteger o promover la capacidad exportadora nacional, en la medida que sean compatibles con las obligaciones que resulten de los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados y en particular los tratados de integración, según disponen los artículos 101 y 106 de la Constitución;
- c) Cuando tengan por objeto, en forma coyuntural o temporal, la adecuación de la oferta a la demanda, cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de aquella o cuando los excesos de la capacidad productiva sean claramente anti-económicos;
- d) Cuando produzcan una elevación suficientemente importante del nivel de vida de zonas geográficas o sectores económicos deprimidos; por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia; o tengan por objeto cooperar para la mejora de la producción, la tecnología o similares.

El artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701 en su versión original contemplaba un sistema de excepciones singulares o en bloque similar a aquel del artículo 81.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En tal sentido, la norma hoy derogada; recogía la lógica de la legislación comunitaria en el sentido de permitir, en algunos casos específicos, ciertos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas cuyos efectos fueran beneficiosos para el mercado y los consumidores.

Para este colegiado, la eliminación del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701 hizo desaparecer expresa y claramente la posibilidad de justificar *a priori* aquellas prácticas en principio restrictivas de la libre competencia cuyos efectos fueran

beneficiosos para el mercado y los consumidores, es decir, para el interés económico general. Sin embargo, dicha supresión de la norma no hizo desaparecer la posibilidad de justificar *a posteriori* aquellas prácticas cuyos efectos fueran beneficiosos para el interés económico general, precisamente, en aplicación del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, tal como ha sido interpretado líneas arriba.

La justificación que da lugar a la exención de sanción es una circunstancia excepcional y posible únicamente en aquellos casos en que se logre determinar la existencia de efectos beneficiosos de la práctica en principio restrictiva de la libre competencia que superen al daño a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia. La carga de acreditar dichos efectos beneficiosos corresponde a los responsables de la realización de la conducta prohibida por el ordenamiento.

En otras palabras, una interpretación consistente con la sistemática de la norma y sus fuentes normativas, determina que el sistema de control de la libre competencia peruano tenga sus propias particularidades en cuanto a la posibilidad de la existencia de determinadas prácticas reprochables pero no sancionables en la medida que no perjudiquen el interés económico general. Así, toda conducta contraria a las normas de competencia será objeto de reproche y sanción cuando sea capaz de dañar el instituto jurídico de la competencia y se haya ejecutado en el mercado. Excepcionalmente, alguna de esas conductas reprochables podría quedar exenta de la sanción en caso se acreditara que los efectos que hubiera producido fueran beneficiosos para el interés económico general.

La interpretación anterior es consistente con el texto del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, el cual condena todas aquellas conductas cuyo efecto real o potencial sea impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, a las que califica como "prácticas restrictivas de la libre competencia". En tal sentido, para que la colusión quede prohibida es necesario que el entendimiento o acuerdo tenga por objeto impedir, restringir, limitar o falsear la competencia, sea capaz de ello y se haya ejecutado en el mercado.

Por lo expuesto, para calificar una práctica como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, es necesario que ésta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y, además, se ejecute en el mercado, lo cual constituye la afectación del interés económico general de acuerdo con la valoración positiva de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701. En aquellos casos excepcionales en los que puedan acreditarse efectos beneficiosos que superen el perjuicio a los consumidores y el instituto jurídico de la competencia, la práctica cuestionada deberá ser calificada como restrictiva de la libre

competencia, pero exenta de reproche debido al balance positivo que esta posea respecto de la afectación al interés económico general.

III.4.2 La inaplicabilidad de la regla *per se* y de la regla de la razón en la legislación peruana de libre competencia

Las investigadas señalaron que conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 701, las prácticas restrictivas de la libre competencia debían ser evaluadas aplicando la “regla de la razón” y no la “regla *per se*”, contrariamente a lo señalado en el precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución N° 276-97-TDC.

Las investigadas alegaron que debía tenerse en cuenta que el antecedente legislativo de dicha norma, la derogada Ley de Defensa de la Competencia de la República Argentina³⁶, recogía la “regla de la razón” y no así la “regla *per se*”, por lo que no se podía establecer a través de jurisprudencia administrativa que esta última era la regla aplicable, como se hizo en la experiencia norteamericana. Según las investigadas, los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo N° 701 exigen a efectos de determinar la existencia de una infracción, en una interpretación concordada, que se verifiquen los siguientes requisitos, no siendo suficiente la mera constatación de prácticas colusorias:

- (i) Que la conducta haya producido o pueda producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, y
- (ii) que haya generado perjuicios al interés económico general.

Para sustentar su argumentación, las investigadas recurrieron a la doctrina y la jurisprudencia europea (en particular las referidas a las normas comunitarias) y argentina, las mismas que, a su entender, debían ser consideradas como fuentes históricas del Decreto Legislativo N° 701, en particular del artículo 3, por lo que, al analizar los hechos materia de investigación, las investigadas sostuvieron que la Comisión debió aplicar la llamada “regla de la razón”, tal como lo hacen la jurisprudencia y la doctrina argentina respecto de su legislación.

Tanto la regla *per se*³⁷ como la regla de la razón³⁸ conocen su origen en la práctica jurisprudencial norteamericana dirigida a interpretar el sentido de la Sección 1 de la Sherman Act³⁹. El punto de partida de dichas reglas interpretativas

³⁶ Ley 22.262 (Argentina).

³⁷ Regla cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia norteamericana, conocida como la “*per se rule*”.

³⁸ Regla cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia norteamericana, conocida como la “*rule of reason*”.

³⁹ Sherman Act

jurisprudenciales puede identificarse en una temprana resolución de 1911⁴⁰ de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la cual indicó lo siguiente:

(...) *the words 'restraint of trade' (...) only embraced acts or contracts or agreements or combinations (...) which, either because of their inherent nature or effect or because of the evident purpose of the acts, etc., injuriously restrained trade.*⁴¹

Dicha resolución, tal como fue entendida y desarrollada por la práctica jurisprudencial norteamericana subsiguiente, contiene las dos reglas interpretativas aplicables en ese sistema a las prácticas restrictivas de la libre competencia. La referencia a la "naturaleza inherente" (*inherent nature*) de la práctica cuestionada, significa que dicha práctica no puede tener efectos beneficiosos sino únicamente efectos negativos. Esta es la expresión de lo que se conoce como la regla *per se*, cuyo ejemplo de aplicación más emblemático es la modalidad de la fijación de precios. De otro lado, la referencia al "efecto" (*inherent effect*) y al "propósito evidente" (*evident purpose*) de la práctica cuestionada, significa que dicha práctica no es necesariamente perjudicial o beneficiosa para el mercado y los consumidores, la Corte deberá analizar, por ello, sus efectos y su finalidad en el caso concreto.⁴²

La regla *per se* fue firmemente establecida y admitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en la resolución recaída en el caso *Trenton Potteries* en el año 1927.⁴³ Luego de algunas decisiones vacilantes durante la Gran Depresión de la década de 1930, la resolución recaída en el caso *Socony-Vacuum*, dejó definitivamente claro que la regla *per se* era la norma

1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Ley Sherman

1. Todo contrato, combinación en la forma de conglomerado o similar, o conspiración para restringir el intercambio o el comercio entre los distintos Estados o con países extranjeros, es ilegal. Toda persona que celebre un contrato o participe en alguna combinación o conspiración de aquellas declaradas ilegales por esta ley, será culpable de una felonía y, será penada con una multa que no excederá el millón de dólares si es una sociedad anónima o, en caso de otras personas, cien mil dólares o por pena privativa de la libertad que no excederá los tres años, o por la imposición de ambas penas, según el criterio discrecional de los tribunales. (Traducción nuestra)

⁴⁰ Dicha resolución de 1911 puede ser calificada como "temprana" porque la Sherman Act es una norma del año 1890, es decir, era una norma relativamente reciente en aquel tiempo.

⁴¹ VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. y Joseph E. HARRINGTON, Jr. *Economics of Regulation and Antitrust*. 2ª.ed. 4ª. Reimp. Cambridge: The MIT Press, 1998. p. 123.
"(...) la frase "restricción de la competencia" (...) sólo alcanza a aquellos actos, contratos, acuerdos o combinaciones (...) los cuales, ya sea por su naturaleza inherente o efecto, o debido al propósito evidente de dichos actos, etc., restringen perjudicialmente la competencia." (Traducción libre)

⁴² *Ibid.*, loc.cit.

⁴³ *Ibid.*, p.126.

aplicable a los casos de fijación de precios, lo cual constituye una de las más indiscutibles y ampliamente aceptadas verdades en el Derecho Antitrust.⁴⁴

No obstante la amplia aceptación de la regla *per se*, ella no se aplica en todos los casos de fijación de precios. Los acuerdos de fijación de precios serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir, cuando sean acuerdos desnudos o puros (*naked cartel*). En cambio, aquellos acuerdos de fijación de precios que sean auxiliares o subordinados a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate (doctrina de las *ancillary restrictions*), deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad. Puede observarse que se trata de una suerte de intromisión excepcional de la regla de la razón en casos que eran propios de la regla *per se*.

Si bien la regla *per se* es aceptada incuestionablemente para la evaluación de los casos de fijación de precios en el sistema norteamericano – salvo la excepción referida - el origen de dicha regla es, precisamente, norteamericano y no el sistema comunitario o europeo continental. Esta precisión es importante, pues como ya se ha señalado y analizado el ordenamiento peruano en materia de Libre Competencia es de inspiración continental y no norteamericano.

En relación con los argumentos de las investigadas, cabe aclarar que, ni el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea ni la Ley de Defensa de la Competencia de la República Argentina, hacen referencia alguna en su texto a la aplicación de la regla *per se* o de la regla de la razón. Ello no podía ser de otra manera ya que, como se ha indicado líneas arriba, dichas reglas interpretativas son producto de la práctica jurisprudencial norteamericana.

De otro lado, el análisis de razonabilidad, a diferencia de lo señalado por las investigadas en el sentido de una exoneración de prueba sobre las conductas, está dirigido a establecer si la práctica es o no idónea para dañar la competencia, es decir si, de realizarse la práctica, esta generaría más perjuicios que beneficios. Así, la distinción entre la “regla *per se*” y la “regla de la razón” no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos de la conducta, mientras que en el caso de la segunda sí. Por el contrario, en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica restrictiva, sino que, en el caso de la segunda, si se demuestran efectos beneficiosos puede contemplarse una exoneración de sanción⁴⁵.

⁴⁴ Ibid., p.127.

⁴⁵ Un claro ejemplo de ello se encuentra en las infracciones al Código de Tránsito, aspecto que será nuevamente comentado más adelante. Así, si un conductor cruza una intersección estando el semáforo en luz roja, será sancionado con una multa, independientemente de si esa persona atropelló o no a algún peatón, o si chocó o no con otro vehículo, es decir, independientemente de si la infracción tuvo o no efectos. Por lo tanto, no es necesario demostrar la existencia

La aplicación de la regla *per se* o de la regla de la razón no es un criterio para definir los alcances de la probanza con relación a la realización de una conducta infractora de la ley de competencia. La aplicación de dichos criterios corresponde más bien a la admisión o no de ciertas justificaciones aplicables en términos de los beneficios o perjuicios económicos que dichas conductas pueden generar en el interés económico general. En otras palabras, la jurisprudencia norteamericana ha sostenido que existen acuerdos – como la fijación de precios – que siempre son perjudiciales para el interés económico general, no siendo necesario intentar acreditar al respecto algún tipo de beneficio que la acción pudiera haber permitido en los hechos. Por el contrario, otros acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, siendo reprochables en sí mismos y por ende, también sancionables, podrían quedar exceptuados de la sanción, si se demostrara que, en esos casos, los efectos producidos resultan beneficiosos para el interés económico general.

Esta Sala discrepa con la interpretación de las investigadas y considera que para la aplicación del Decreto Legislativo N° 701 no son de aplicación ni la regla *per se* ni la regla de la razón, toda vez que dichos conceptos, fruto de la creación jurisprudencial americana, muy útiles para aproximarse al tratamiento comparado del fenómeno de la competencia, no son compatibles con nuestro sistema jurídico de tradición europea continental.

En el Perú, para calificar una práctica como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, es necesario que dicha práctica pueda producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y la misma se haya ejecutado en el mercado, lo cual constituye la afectación del interés económico general de acuerdo con la valoración positiva de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701. En aquellos casos excepcionales en los que puedan acreditarse efectos beneficiosos que superen el perjuicio a los consumidores y el instituto jurídico de la competencia, la práctica cuestionada deberá ser calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche debido a la falta de afectación del interés económico general.

La aplicación del Decreto Legislativo N° 701 en el caso particular de la fijación de

de un daño a las personas o a las cosas para imponer la multa; no es necesario demostrar los “efectos” de la conducta. Este sería un caso de la aplicación de la “regla *per se*”. Puede observarse que, en este caso, se asume que la propia e inherente naturaleza del acto de cruzar una intersección estando el semáforo en luz roja, es negativa para la circulación y seguridad vial.

Por otro lado, si un conductor cambia intempestivamente de carril en un acto que podría ser considerado “maniobra temeraria”, sólo podrá ser sancionado con una multa si dadas las condiciones del tráfico vehicular en el momento de la conducta, puso en peligro, sin que existan motivos razonables, a otros conductores que se encontraban cerca de él. Se trata de analizar, aplicando la “regla de la razón” si era o no razonable cambiar bruscamente de carril en ese momento. Como se puede ver, en este supuesto tampoco es necesario que se demuestre la producción de un daño a otros vehículos o a sus conductores para imponer la sanción. Sólo basta que la conducta desarrollada haya sido idónea para causar un daño, es decir, si ha sido susceptible de producir “efectos” perjudiciales para la seguridad vial.

precios requiere la adopción de una posición bastante cautelosa y poco flexible en cuanto a la posibilidad de admitir algún tipo de efecto beneficioso que pudiera dejar a salvo el interés económico general. Esta posición cautelosa y de reproche calificado de la fijación de precios genera como consecuencia que sea bastante difícil e inusual declarar exenta de reproche a una conducta dirigida a la fijación de precios. Esta interpretación es consistente con el texto vigente del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, el cual señala lo siguiente:

Artículo 6°.- Prácticas restrictivas de la libre competencia

Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

b. *La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;*

(...)

El texto reseñado en el párrafo anterior es resultado de la modificación introducida por el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807. El texto original del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 señalaba lo siguiente:

Artículo 6°.- Prácticas restrictivas de la libre competencia

Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

a) *La concertación injustificada de precios u otras condiciones de comercialización;*

(...)

El literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, en su versión original, era claro en el sentido de permitir, en algunos casos, ciertos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas cuyos efectos fueran beneficiosos para el mercado y los consumidores. Estas exenciones de reproche de las conductas cuestionadas cumplían una finalidad similar a la de la "regla de la razón".

Luego de producida la modificación legislativa al Decreto Legislativo N° 701, introducida por el Decreto Legislativo N° 807, mediante la Resolución N° 276-97-TDC⁴⁶ la Sala de Defensa de la Competencia aprobó como precedente de observancia obligatoria la siguiente regla interpretativa:

De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla 'per se'. Ello implica que la

⁴⁶ Publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de noviembre de 1997. Si bien este precedente es posterior en el tiempo al que se comenta a continuación, ambos constituyen un sistema único de interpretación de las normas de competencia, por lo que se les analiza en conjunto.

sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales mencionados.

No obstante lo anteriormente indicado, según la propia jurisprudencia administrativa expedida por la Sala de Defensa de la Competencia, no en todos los casos de fijación de precios y repartos de mercado se aplicaría la “regla *per se*”. En efecto, mediante Resolución N° 206-97-TDC⁴⁷ se aprobó otro precedente de observancia obligatoria en el cual se estableció que los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir, cuando sean acuerdos desnudos o puros. En cambio, se estableció que aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean auxiliares o subordinados a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate (doctrina de las *ancillary restrictions*), debían ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. En caso el análisis decidiera por su irracionalidad, se declarararía la ilegalidad de la práctica.

El precedente de excepción bajo comentario es consistente con la evolución de la aplicación de la regla *per se* en la práctica jurisprudencial norteamericana. El texto del referido precedente es el siguiente:

Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

- i) los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;*

⁴⁷ Publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de noviembre de 1997.

- ii) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;
 - iii) Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.
- De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal.

La motivación del precedente de observancia obligatoria contenida en la Resolución N° 206-97-TDC permite observar que, vía jurisprudencia administrativa nacional, se intentó llenar el vacío dejado por la eliminación del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701, referido a las excepciones *a priori* para la aplicación del artículo 6 de la misma norma. Esto último significó un reconocimiento del hecho que dichas excepciones eran necesarias por razones de eficiencia en la actividad productiva y por los posibles beneficios tanto para el mercado como para los consumidores por lo que resultaba inexplicable su eliminación. Sin embargo, también significó una inclusión de elementos incompatibles con nuestro marco legal de competencia y ajenos a nuestro sistema jurídico⁴⁸ - propios del ordenamiento antitrust norteamericano - en la aplicación de la legislación nacional en materia de libre competencia.

Los precedentes de observancia obligatoria contenidos en las resoluciones N° 206-97-TDC y N° 276-97-TDC no aclaran el motivo ni los supuestos de aplicación de la regla *per se* y tampoco determinan el límite para la aplicación de la regla de la razón. Adicionalmente, dichos precedentes interpretativos pasan por alto el análisis de los alcances del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto reclama la afectación al interés económico general y se limitan a interpretar un aspecto particular del marco legislativo, sin aportar una visión integral de todo el contexto legal en que se desarrolla la prohibición.

Por lo expuesto, esta Sala considera necesario apartarse de los precedentes antes señalados y dejar de lado su aplicación.

III.4.3. La fijación de precios como conducta prohibida

El artículo 61 de la Constitución Política del Perú consagra una valoración positiva de la libre competencia:

Artículo 61.-

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

(...)

⁴⁸ Los sistemas jurídicos occidentales son, luego de la extinción de la Unión Soviética, básicamente dos: el Romano-Germánico (o Continental) y el Anglosajón (o del *Common Law*). Existen sistemas jurídicos tradicionales -fuera del mundo occidental- como, por ejemplo, el sistema jurídico Islámico.

Uno de los elementos básicos inherentes a la libre competencia es la determinación de los precios por el juego de la oferta y la demanda. No puede sostenerse validamente que la determinación de los precios por un acuerdo, una decisión o una práctica concertada resultado de la intervención de los agentes económicos sea la conducta de mercado que la libre competencia propugna; por el contrario, las conductas antes mencionadas corresponden a aquello que el texto constitucional denomina "toda práctica que la limite", es decir, son conductas que contravienen la intención del constituyente y que deben ser combatidas por expreso mandato constitucional.

De la lectura del texto del artículo 61 constitucional se deduce que es altamente improbable encontrar algún tipo de justificación verdadera para una conducta que es la negación misma de uno de los elementos básicos e inherentes a la libre competencia. Sin embargo, el legislador nacional ha previsto que puedan hallarse excepcionalmente supuestos en los que una fijación concertada de precios proporcione beneficios que superen los daños al instituto jurídico de la competencia, de modo que el interés económico general no se vea perjudicado en el balance final y, por tanto, dichas conductas queden exentas de reproche bajo los alcances de lo dispuesto expresamente en la parte final del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701.

La interpretación anterior es consistente con la posición que asumió el Tribunal de Defensa de la Competencia de España para la aplicación de una norma inspirada también en el sistema comunitario contenido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La doctrina española, comentando una resolución del mencionado Tribunal, señala lo siguiente:

La utilización de las palabras per se podría inducir a creer que -de modo parecido a lo que sucede en el Derecho Antitrust norteamericano- la fijación horizontal de precios está absolutamente prohibida en el ordenamiento español: que esta práctica restrictiva es siempre ilícita sin que sea posible analizar las causas y consecuencias de la fijación horizontal de precios a fin de considerar ocasionalmente lícita tal práctica restrictiva. Esta tesis implicaría el que la fijación horizontal de precios no podría considerarse como una práctica exceptuable en el sentido del artículo 5 de la Ley de 20 de julio de 1963.⁴⁹ Esto es, que el Tribunal de Defensa de la Competencia no podría autorizar un acuerdo o decisión de fijación horizontal de precios...

(...)

Ahora bien, esta hostilidad del Tribunal de Defensa de la Competencia no implica que los acuerdos horizontales de fijación de precios estén absolutamente prohibidos, y que, por lo tanto, no alcancen a los mismos las exenciones contempladas por el artículo 5 de la Ley de 1963. La hostilidad del Tribunal debe entenderse tan sólo como un indicio -ciertamente importante- de las dificultades que en la praxis encuentran los acuerdos horizontales de fijación de precios a la hora de intentar acogerse al régimen de las

⁴⁹ Referencia a la derogada Ley 110/1963, española, de 20 de Julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Dicha norma fue reemplazada por la Ley 16/1989, de 17 de Julio.

autorizaciones que establece el artículo 5. Mas estas dificultades graves no excluyen, sin embargo, el que en algún supuesto muy excepcional se autorice una práctica restrictiva horizontal de fijación de precios.⁵⁰

Una vez aclarado el contexto en el cual debe entenderse el término "perjuicio para el interés económico general" y dejados de lado los precedentes de observancia obligatoria contenidos en las resoluciones N° 206-97-TDC y N° 276-97-TDC, es posible sentar los siguientes principios interpretativos para la determinación de los actos y conductas sancionables bajo los alcances de los artículos 3, 5 y 6 del Decreto Legislativo N° 701:

1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.
2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia - producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas - o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.
3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.
4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.
5. La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso

⁵⁰ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. La Fijación Horizontal de Precios. p.179; 182. En Actas de Derecho Industrial. Madrid. t.10 (año 1984-85).

del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior.

III.5. La aplicación de la legislación sobre prácticas restrictivas a la libre competencia al presente caso

III.5.1 Estándar de prueba aplicable a las prácticas restrictivas de la libre competencia

El artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que el procedimiento administrativo se sustenta, entre otros, en el principio de verdad material. Este principio consiste en que la autoridad administrativa competente para conocer un caso deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En aplicación del principio de verdad material, esta Sala coincide con las reglas seguidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia probatoria, las cuales básicamente se resumen en lo siguiente:

La carga de la prueba de la infracción recae en la Comisión la cual debe presentar "prueba suficiente precisa y coherente" para sostener sus alegaciones y debe "demostrar suficientemente los hechos y evaluaciones" en que se basa su decisión. Si estos requisitos no se cumplen la decisión será total o parcialmente anulada o la multa reducida. (...) Los casos en que las pruebas sean equívocas se resolverán a favor de la empresa. Sin embargo, la Comisión puede basarse en pruebas indirectas y demostrar una pauta de conducta mediante numerosos ejemplos suficientemente claros. Una práctica concertada puede probarse por deducción y presunciones de hechos básicos, a pesar de que las partes puedan demostrar lo contrario."⁵¹

En todos los procedimientos en materia de Libre Competencia es indispensable un nivel de prueba "suficiente, precisa y coherente". Ello no significa de ningún modo negar la importancia y utilidad de la prueba indirecta y los indicios y presunciones como medios probatorios de las prácticas restrictivas de la libre competencia. A la vez, la aceptación de estos medios probatorios indirectos e indiciarios no implica la evaluación ligera de dichos medios probatorios y menos aún la presunción de culpabilidad del denunciado. Únicamente significa una suficiente y razonable acumulación de evidencias destinadas a generar convicción en la Autoridad de Competencia sobre la existencia en la realidad de una conducta anticompetitiva.

III.5.2. Acceso a la información del expediente

En virtud de la facultad de citar e interrogar a las investigadas contenida en el literal

⁵¹ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Op.cit., p.714-715.

b) del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 807⁵², la Comisión recogió diversas manifestaciones de las investigadas, con el objeto de determinar si se habían producido las prácticas restrictivas de la libre competencia materia del presente procedimiento. Algunas de dichas manifestaciones fueron declaradas reservadas por la Comisión.

En relación con la declaración de la calidad de reservada de cualquier información recibida por un órgano funcional del Indecopi, el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 807 señala lo siguiente:

***Artículo 6.-** La información recibida por una Comisión, Oficina o Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal respectiva. En tal caso la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo responsabilidad. (...)*

Puede observarse que la información recibida por los órganos funcionales del Indecopi únicamente podrá ser declarada reservada en dos casos: i) cuando la información constituya un secreto industrial; o, ii) cuando la información constituya un secreto comercial. En cualquier otro caso, la información recibida por los órganos funcionales del Indecopi tiene naturaleza pública. En otras palabras, la regla general a aplicar a toda información recibida durante la tramitación de un procedimiento administrativo es su tratamiento como información pública, mientras que el tratamiento de la información como reservada será excepcional y justificado únicamente por las causales expresamente establecidas en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 807.

Esta Sala ha verificado que las siguientes manifestaciones de las investigadas fueron calificadas por la Comisión como de naturaleza reservada, sin constituir secretos industriales o comerciales de dichas empresas; en todo caso, tampoco existe en el tratamiento reservado de las mismas un sustento de tal situación: (i) la entrevista realizada el 4 de julio de 2002 al señor José Antonio Cacho Souza, Gerente General de Wiese Aetna⁵³, en la cual se trata la percepción sobre el SOAT que tenían algunas empresas aseguradoras, fue tratada como reservada por la Comisión, a pesar de no reunir las características exigidas por la ley para ser tratada como tal, es decir, constituir un secreto industrial o comercial de las

⁵² **LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACION DEL INDECOPI Artículo 2.-** Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:

(...)

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video.

(...)

⁵³ A fojas 23850 del Expediente.

investigadas; (ii) la entrevista al señor Carlos Zolezzi Barrenechea, Gerente de la División de Riesgos de Pacífico, realizada el 26 de junio de 2002⁵⁴ y (iii) la entrevista al señor Hernán Chang, Gerente Adjunto de Vehículos de Generali al mes de diciembre del año 2001, realizada el 21 de junio de 2002⁵⁵.

La información contenida en dichas entrevistas no puede ser considerada como secreto industrial o comercial de las investigadas, más aun cuando en las misma se obtiene información sobre las perspectivas y motivaciones de las investigadas en relación con la conducta que es objeto de investigación.

En consecuencia, y con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio a fin de completar la motivación de la presente resolución, esta Sala levanta el carácter reservado otorgado a dicha información por lo que citará expresamente las manifestaciones vertidas por las investigadas en tanto no constituyen secreto industrial ni comercial.

III.5.3 Determinación de la infracción

Tal como ha sido analizado con anterioridad, para calificar una práctica como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, es necesario que ésta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y, además, se ejecute en el mercado, lo cual constituye la afectación del interés económico general de acuerdo con la valoración positiva de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.

Al respecto, de la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente se ha quedado acreditado lo siguiente:

- (i) La Positiva vendió el SOAT desde octubre de 2001. El valor de venta de dicho servicio se basó en un trabajo realizado en agosto por el actuario señor Víctor Gil Abad.⁵⁶ Como lo señaló el representante de La Positiva en el informe oral del 6 de noviembre de 2002, el SOAT no se vendió a la

⁵⁴ A fojas 28852 del Expediente.

⁵⁵ A fojas 23840 del Expediente.

⁵⁶ La nota técnica del señor Gil consignó los siguientes recargos a la prima de riesgo (US\$ 25,00) del rubro vehículos livianos de uso particular (automóviles):

- Margen de seguridad (15%)
- Margen de utilidad (15%)
- Gastos de gestión interna (15%)
- Gastos de gestión externa (15%)

Sobre la base de dicho recargos, el referido actuario calculó una prima comercial ascendente a US\$ 48,75. Agregando a ello 3% por derecho de emisión y 18% por concepto de Impuesto General a las Ventas (IGV), dicho actuario calculó una prima final (tarifa) ascendente a US\$ 59,25.

tarifa calculada por el actuario - US\$ 59,25 - sino que se redondeó el precio a US\$ 60,00.

- (ii) Las empresas encargaron la elaboración de una nota técnica con relación a las primas del SOAT a un mismo actuario, en la reunión del Comité de Automóviles de la APESEG del 4 de diciembre de 2001.⁵⁷ Este hecho no ha sido controvertido por las investigadas.

Las empresas alegaron tener poca experiencia en un seguro de las características del SOAT, por lo que se habrían visto obligadas a contratar los servicios de un mismo actuario. Sin embargo, los grupos empresariales a los que pertenecen algunas de las empresas investigadas tienen experiencia en seguros de características similares a las del SOAT en otros países. Así, el Informe N° 012-2003/CLC elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia en relación con la presunta concertación de precios en el mercado del SOAT, señala que "el grupo empresarial al que pertenece Mapfre ofrece el Seguro Obligatorio de Accidentes Personales en Chile, mientras que aquel del que forma parte Royal&SunAlliance ofrece el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito en Colombia."⁵⁸

Asimismo, durante la entrevista al señor Hernán Chang, Gerente Adjunto de Vehículos de Generali al mes de diciembre del año 2001, realizada el 21 de junio de 2002⁵⁹, éste manifestó lo siguiente:

Generali: (...) nosotros somos conscientes de que es un producto (el SOAT) que tiene un gran componente social como es que ocurre en los países del mundo, o sea Generali Perú actúa en muchos países del mundo. Donde hemos entrado a vender el SOAT, siempre nos ha dado la casa matriz, esto tiene un gran complemento social y por ende, pues tiene, un comportamiento especial. Podemos decir (...) hay toda una normativa, primero tienes que

⁵⁷ ACTA N° 15/2001
COMITÉ DE AUTOMÓVILES
SESIÓN DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2001
(...)

1.- NOTA TÉCNICA

En relación con el asunto del rubro, el Presidente indicó que siendo necesario cumplir con las disposiciones legales, se debiera dar respuesta a la brevedad posible al Oficio Múltiple que se había recibido de la Superintendencia de Banca y Seguros, mediante el cual esa institución nos recuerda cumplir con algunos requerimientos como presentar la Nota Técnica antes de iniciar la comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

Después de un intercambio de ideas se acordó:

Encargar al señor Amadeo Vallejo la elaboración de la Nota Técnica que corresponde presentar a cada empresa de seguros que operará en este nuevo seguro, la cual se desarrollará sobre la base de una estadística de mercado que disminuya las desviaciones, por lo que las cifras deberán ser las utilizadas anteriormente en los cálculos para la implementación de este seguro. El costo de este trabajo será asumido en la forma acostumbrada por cada empresa en las cuentas de la Cámara de Compensación del presente mes. El señor Vallejo deberá enviar el 10 del actual, a la APESEG, las respectivas notas técnicas. Los miembros de este Comité se reunirán al día siguiente de haber recibido (sic) dicha nota técnica, con la finalidad de evaluarlas. (Subrayado añadido)

⁵⁸ A fojas 23840 del Expediente.

⁵⁹ A fojas 23840 del Expediente.

pagar, después pagar un arbitraje judicial o arbitral, prácticamente tenemos que desembolsar y después cuestionar o investigar, (...) de por sí el producto es social.

La cita anterior permite observar que Generali también tenía experiencia internacional en la administración de un producto de características similares al SOAT. Estas constataciones desvirtúan la supuesta falta de experiencia en la administración de seguros de las características del SOAT, al menos en el caso de Mapfre, Royal&SunAlliance y Generali.

De otro lado, aún si se aceptara la falta de experiencia de las empresas aseguradoras, siempre era posible contratar otros actuarios, por ejemplo, Interseguros reaccionó contratando a la empresa chilena Primamérica Consultores S.A. a fin de obtener asesoría para el cálculo de la prima.⁶⁰

- (iii) El acta de la sesión del Comité de Automóviles de la APESEG de fecha 11 de diciembre de 2001, demuestra que las empresas asistentes aprobaron por unanimidad la nota técnica elaborada por el actuario, la misma que contenía una única prima de riesgo, así como los porcentajes a ser cobrados por concepto de gastos administrativos, gastos de emisión y utilidad.⁶¹

Los hechos demuestran con suficiencia que las primas finales contenidas en el documento aprobado el 11 de diciembre de 2001 eran precios tanto en el momento en que las empresas de seguros realizaron el acuerdo como en la etapa de ejecución del mismo. En tal sentido, se ha verificado la

⁶⁰ En su escrito del 19 de julio de 2002, Interseguros afirma:

"INTERSEGURO, con la finalidad de tener todos los elementos que le permitieran elaborar su respectiva Nota Técnica, el 5 de diciembre de 2001 contactó a la empresa PRIMAMERICA CONSULTORES S.A., una empresa domiciliada en Chile, para que ésta le brindara la asesoría necesaria para dicho propósito. En tal virtud, se envió a PRIMAMERICA CONSULTORES S.A. la información estadística requerida para su debida evaluación y posterior cálculo de la Prima Técnica y Precio de Venta que serían aplicables al SOAT de INTERSEGURO.

Dentro de la asesoría, se consideró sostener reuniones de trabajo con representantes de las compañías de seguros chilenas, Cruz del Sur, Le Mans y La Chilena Consolidada, para lo cual dos funcionarios de INTERSEGURO viajaron a Santiago de Chile entre los días 10 y 12 de Diciembre de 2001."

⁶¹ **ACTA N° 16/2001**
COMITÉ DE AUTOMÓVILES
SESIÓN DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2001

(...)

SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO – SOAT-

El señor Richard Mauricci señaló que era necesario verificar el cumplimiento de los acuerdos adoptados en sesión del 4 de diciembre pasado, así como tomar aquellas medidas que contribuyan a hacer viable el inicio de operaciones de este nuevo seguro del rubro.

En ese sentido, indicó que era oportuno hacer hincapié en los siguientes temas:

1.- **NOTA TÉCNICA**

En relación con el asunto del rubro, el Presidente indicó que el señor Amadeo Vallejo nos había remitido la Nota Técnica que había preparado para que los miembros de este Pleno la examinen y aprueben.

El señor Gustavo Cerdeña explicó la metodología y se refirió a las bases estadísticas que se habían empleado para el desarrollo de dicho documento, asimismo, explicó en detalle su estructura.

Después de un intercambio de ideas, se acordó:

Aprobar la elaboración de la Nota Técnica, debiendo la APESEG cumplir dentro del plazo de 24 horas hábiles con el trámite de orden establecido para estos casos, a fin de que se cumpla a la brevedad con las disposiciones sobre el particular.

celebración de un acuerdo de fijación concertada de precios dirigido a restringir la competencia.

Al respecto, aún en el supuesto negado que las empresas hubiesen necesariamente tenido que recurrir a un mismo actuario, considerando que, según afirman, existía poca información para calcular la prima de riesgo del SOAT, siendo tal profesional el único que contaba con la experiencia necesaria para efectuar el cálculo de la nota técnica, ello no justifica por sí mismo que como resultado del trabajo de este último tuviera que obtenerse un solo valor para la prima pura en el caso de todas las empresas⁶². Prueba de ello es que Interseguro, remitió a la SBS una nota técnica que si bien también fue suscrita por el actuario Vallejo, presenta valores distintos para la prima pura de riesgo (significativamente menores al consignado en el resto de notas técnicas) y la prima comercial aplicable a vehículos particulares. En particular, no resulta verosímil que las diferentes empresas tengan los mismos gastos administrativos, toda vez que ello depende de las eficiencias que cada una de ellas pudiese alcanzar. Tampoco es verosímil que todas hubiesen establecido paralelamente un mismo nivel de utilidades, dado que ello depende de distintos factores como la situación económica de cada empresa y su posicionamiento en el mercado, entre otras.

- (iv) Entre el 18 de diciembre de 2001 y el 18 de enero de 2002, las empresas notificaron a la SBS sus respectivas notas técnicas, informando sobre las tarifas del SOAT⁶³. Las notificaciones enviadas a la SBS por Rímac, Generali, Royal&SunAlliance, Pacífico, La Positiva, Mapfre, Sul América y Wiese Aetna fueron suscritas por el señor Vallejo y todas tienen idéntico contenido. Estas notificaciones, que en copia obran en el expediente, consignan por cada rubro de vehículos, además de la respectiva prima pura de riesgo, iguales porcentajes de recargo por concepto de gastos de gestión externa (10%), gastos de gestión interna (12,5%), margen de utilidad (5%), derecho de emisión (3%) e IGV (18%).⁶⁴ Únicamente Interseguro presentó una nota conteniendo una tarifa distinta.

⁶² La contratación de un mismo actuario por parte de diversas empresas no es una conducta contraria al ordenamiento, a menos que dicha contratación tenga como fin implementar o validar un acuerdo colusorio.

⁶³ Las compañías de seguros remitieron a la SBS sus comunicaciones el 18 (La Positiva), 20 (Rímac y Royal&SunAlliance), 26 (Mapfre) y 28 (Generali) de diciembre de 2001 y el 2 (Sul América), 3 (Interseguro), 11 (Wiese Aetna) y 18 (Pacífico) de enero de 2002.

⁶⁴ En dichas notificaciones se consignan expresamente las siguientes primas finales (precio o tarifa):

En dólares americanos (US\$)

SOAT	Pacífico	Sul América	Wiese Aetna	Generali	Mapfre	Rímac	Royal & SunAlliance	La Positiva
Automóvil	60,00	60,00	60,00	60,00	60,00	60,00	60,00	60,00
Camiones	150,00	150,00	150,00	150,00	150,00	150,00	150,00	150,00
Taxis	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Como se señala en el Informe Técnico de primera instancia, de ser cierto lo afirmado por las compañías respecto a que éstas ofrecen servicios diferenciados en función a sus clientes, sería difícil justificar el porqué enviaron a la SBS notas técnicas en las que se establecían márgenes idénticos por concepto de gastos internos, externos y utilidades; y ofrecieron y publicitaron en el mercado dichos servicios con precios de las primas comerciales también idénticos a los consignados en la nota técnica.

Por el contrario, lo razonable sería que dicha diferenciación de los servicios tenga un reflejo claro también en la estructura de los costos de las empresas y en los precios que las empresas ofrecían el mercado.

- (v) Ha quedado demostrado, con las copias de anuncios que obran en el expediente, que Sul América, La Positiva, Mapfre, Royal&SunAlliance, Generali y Pacífico ofertaron al público precios iguales a las tarifas que se notificaron a la SBS⁶⁵. Sin embargo, no se ha reunido evidencia suficiente

Omnibus Interprovincial	1 250,00	1 250,00	1 250,00	1 250,00	1 250,00	1 250,00	1 250,00	1 250,00
Combis	200,00	200,00	200,00	200,00	200,00	200,00	200,00	200,00
Omnibus urbano	350,00	350,00	350,00	350,00	350,00	350,00	350,00	350,00

⁶⁵ El Pacífico y Mapfre reconocieron haber publicado precios de la tarifa del SOAT para automóviles (US\$ 60,00) en sus respectivas páginas de Internet, si bien alegaron que ello se debió a un error. Asimismo, a fojas 26 y siguientes del expediente obran folletos publicitarios de La Positiva y Royal&SunAlliance. Asimismo, obran en el expediente anuncios con cuadros de coberturas y tarifas correspondientes a Generali y Sul América. Con ello ha quedado demostrado que existió una oferta en el mercado por parte de dichas empresas. Las tarifas incluidas en los referidos anuncios se listan a en el siguiente cuadro:

En dólares americanos (US\$)

Tipo de vehículo	Uso	Sul América	La Positiva	Mapfre	Royal & Sun Alliance	Generali	Pacífico
Automóviles, camionetas SW, camionetas pick up y 4x4	Particular, oficial, instrucción, escolar, alquiler, diplomático	60	60	60	60	60	60
	Público (taxis)	100	100		100	100	
Camionetas Panel	Particular, oficial, instrucción, escolar, alquiler, diplomático	60	60	60	60	60	60
	Público	100	100		100		
Ómnibus	Particular, de personal, urbano	350	350		350	350	
	Servicio escolar	120	60			60	
	Turístico	25 x asiento	25 x asiento		25 x asiento		
Camiones y remolcadores		150	150		150	150	

que pruebe que Interseguro y Wiese Aetna hayan ofertado al público precios iguales a las tarifas que se notificaron a la SBS durante el período de investigación.

En tal sentido, ha quedado acreditado que Sul América, La Positiva, Mapfre, Royal&SunAlliance, Generali y Pacífico no solamente celebraron el acuerdo de fijación concertada de precios sino que ejecutaron dicho acuerdo, de modo que se manifestó en el mercado una conducta derivada del acuerdo que produjo efectos reales en la contratación de dichos servicios. La ejecución del acuerdo consistió en ofertar al público el SOAT a los precios previamente fijados en el seno del Comité de Automóviles de la APESEG y esto es lo que constituye, en este caso en particular, el perjuicio al interés económico general.

La ejecución del acuerdo por parte de las investigadas provocó un perjuicio efectivo al interés económico general dado que distorsionó el mercado del SOAT y fue un factor que contribuyó a generar una mayor resistencia del público frente al proceso de implementación de dicho seguro⁶⁶. Cabe aclarar expresamente que el perjuicio al interés económico general no es mensurable a partir del número de ventas efectivas del SOAT, pues precisamente dicho número de ventas es el que resultó distorsionado como consecuencia de la resistencia del público generada por la fijación concertada de precios acordada por las investigadas.

El perjuicio al interés económico general se verificó al momento en que las investigadas ofrecieron al público el SOAT al precio previamente fijado en forma concertada, interfiriendo con el normal desarrollo y funcionamiento del mercado del SOAT. Al llevar a la etapa de ejecución el acuerdo restrictivo de la libre competencia, las investigadas distorsionaron la normal evolución del mercado del SOAT y, a la vez, disminuyeron el nivel de competencia en el mercado de seguros vehiculares tradicionales e interfirieron y distorsionaron el normal desarrollo de éste, tal como se analizará líneas abajo.

- (vi) Generali, La Positiva, Rímac y Sul América⁶⁷, vendieron pólizas del SOAT a los mismos precios notificados: La Positiva, a partir de octubre de 2001,

Motos, bicimotos y cuatrimotos		40	40		40	40	
Ambulancias y patrulleros		100	100		100	100	
Camioneta rural (combis)	Público	200	200		200	200	

⁶⁶ Esto es un hecho público y notorio que como tal no requiere de probanza específica.

⁶⁷ Generali, La Positiva, Rímac y Sul América reconocieron que vendieron pólizas del SOAT durante el período investigado, aunque señalaron que las ventas realizadas fueron mínimas.

Rímac a partir de noviembre de 2001, y Generali y Sul América a partir de diciembre de 2001. Cabe aclarar que, adicionalmente a no haberse probado que Interseguro y Wiese Aetna hayan ofertado al público precios iguales a las tarifas que se notificaron a la SBS durante el período de investigación, tampoco se ha logrado acreditar que Interseguro y Wiese Aetna hayan vendido pólizas del SOAT a los precios notificados a la SBS.

Las acciones de Generali, La Positiva, Rímac y Sul América confirman que el acuerdo efectivamente se ejecutó y produjo sus efectos perjudiciales en el mercado. Es necesario aclarar que las ventas efectivas constituyen únicamente una confirmación del hecho que las investigadas no se detuvieron en el nivel de celebración del acuerdo restrictivo de la libre competencia sino que ingresaron al nivel de ejecución de dicho acuerdo mediante la oferta al público del SOAT a los precios fijados concertadamente.

Asimismo, se reitera que el perjuicio al interés económico general no se puede analizar en función del número de pólizas del SOAT efectivamente vendidas, pues dicho número responde a un mercado distorsionado. Por el contrario, el perjuicio al interés económico general es la distorsión introducida en los mercados del SOAT -una de cuyas manifestaciones es el incremento de la resistencia del público a la contratación de dicho seguro obligatorio- y de los seguros vehiculares tradicionales -en el cual, las investigadas apuntaban, entre otras cosas, a mantener un mercado cautivo y estático mediante la interferencia en la normal interrelación de las fuerzas del mercado, tal como se demostrará más adelante.

Por lo expuesto, puede observarse que Generali, La Positiva, Rímac, Sul América, Mapfre, Royal&SunAlliance y Pacífico ejecutaron el acuerdo de fijación concertada de precios mediante la oferta al público del SOAT a los precios previamente fijados en forma concertada. De otro lado, se deja constancia que la ejecución del acuerdo no ha sido probada en los casos de Interseguro y Wiese Aetna.

- (vii) El acta de la sesión del Comité de Automóviles de la APESEG de fecha 5 de febrero de 2002, demuestra que las empresas asistentes aprobaron reducir como máximo la prima mínima a ser cobrada por el seguro de Servicio Particular, de US\$ 60,00 a US\$ 55,00, lo cual es equivalente a una reducción de 8,33%,⁶⁸ verificándose una fijación concertada de precios.

⁶⁸ ACTA N° 02/2002
COMITÉ DE AUTOMÓVILES
SESIÓN DEL 5 DE FEBRERO DE 2002
(...)

1. SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO – SOAT.-

Puede observarse que las actas de las sesiones del Comité de Automóviles de la APESEG del 11 de diciembre de 2001 y del 5 de febrero de 2002 prueban que las empresas que conforman dicho comité, acordaron en un primer momento la aprobación de una nota técnica que contenía las tarifas a ser cobradas por las primas del SOAT, para luego adoptar la decisión de reducir la tarifa del seguro para automóviles. En otras palabras, esta actuación confirma la existencia de un acuerdo de fijación de precios por parte de las denunciadas. La modificación de un acuerdo es la confirmación de su propia existencia.

(viii) El Informe N° 012-2003/CLC elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia en relación con la presunta concertación de precios en el mercado del SOAT recoge un fragmento de la entrevista realizada el 4 de julio de 2002 al señor José Antonio Cacho Souza, Gerente General de Wiese Aetna⁶⁹, la cual brinda indicios sobre la percepción negativa de la oportunidad de negocio que representaba el SOAT para algunas empresas aseguradoras:

*(...) **Wiese Aetna:** Para ser honestos nosotros estaríamos mucho más contentos si el SOAT no existiera, a menos el SOAT como está conceptualizado ahora, por el riesgo moral, y nosotros estamos entrando al SOAT básicamente a defender nuestra cartera, estamos básicamente enfocados a vender el SOAT a nuestros clientes, primero porque los conocemos y sabemos que el riesgo moral en nuestra cartera es mínimo o casi inexistente, no nos interesa salir a vender SOAT al público general porque como está orientado el SOAT tenemos mucho temor de que esto sea el peor negocio del siglo (...) en nuestro caso, enfocado a defender nuestra cartera de autos, yo no quería que venga una compañía competidora, le dé el SOAT a mi cliente y le diga como ya te di el SOAT ahora dame tu seguro de auto, ese era nuestro único objetivo con el SOAT, defender nuestra cartera, y ustedes lo podrán ver, nuestra publicidad y nuestro enfoque a nuestros clientes les damos un buen precio pero además les ofrecemos ventajas para fidelizarlos en la renovación de su seguro de auto, si es cliente nuestro le vamos a dar un descuento en la prima de autos y en su primer siniestro le vamos a dar un*

El señor Richard Mauricci señaló que el objetivo de esta sesión era determinar la posición de este Comité respecto al planteamiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en relación con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT:

Seguidamente, indicó que los temas tratados el jueves último con los asesores de dicho Ministerio giraron en torno a la solicitud que nos hicieron de una reducción de costos del orden del 30%, tema respecto del cual se ofreció profundizar el análisis de los cambios propuestos en las normas del SOAT y hacerles llegar una respuesta conjuntamente con nuestro pronunciamiento sobre su solicitud de cubrir el SOAT dentro de las coberturas de los seguros de automóviles, la cual mereció una respuesta unánime de no aceptación porque ambos seguros tienen una naturaleza distinta y consecuentemente son incompatibles.

(...)

Basados en lo anteriormente expuesto y después de un intercambio de ideas, se acordó:

- 1. En lo que respecta al seguro de Servicio Particular, reducir como máximo la prima mínima de US\$ 60.00 a US\$ 55.00, lo cual es equivalente a una reducción de 8.33%*
- 2. En relación con el Seguro de Servicio Público, tomando en consideración su complejidad y con la finalidad de dar una respuesta corporativa al Ministerio, las empresas que operan este riesgo se reunirán el miércoles 6, a las 11, para tomar una decisión sobre el particular.*

(...) (subrayado añadido)

⁶⁹ A fojas 23850 del Expediente.

descuento en su deducible es una manera de atraerlo para que se quede para que sepa que es un cliente especial para nosotros.

Indecopi: *Es una estrategia de la empresa.*

Wiese Aetna: *De la empresa para el SOAT y es clarísima no hay nada más.
(...)*

El siguiente fragmento de la entrevista al señor Carlos Zolezzi Barrenechea, Gerente de la División de Riesgos de El Pacífico, realizada el 26 de junio de 2002⁷⁰, sigue la misma línea de la entrevista reseñada en el párrafo anterior:

(...) Indecopi: Específicamente cuando se han tocado temas referidos al SOAT, ¿usted ha estado en esas reuniones, en algunas, en todas?

Pacífico: *No en todas, porque digamos la posición de nuestra compañía frente al SOAT fue algo diferente al resto de aseguradoras (...), o sea, nosotros teníamos enormes dudas que se iba a aplicar en el momento en que se dijo y efectivamente no se aplicó en el momento en que se dijo porque ya llevamos un año en el tema de la programación del SOAT y (...) nosotros, de hacerlo, como que lo vamos a hacer, lo vamos a orientar al cliente actual de Pacífico, no vamos a competir en SOAT, no vamos a buscar clientes nuevos por SOAT, y vamos a mantener nuestra política de suscripción de autos muy similar o casi idéntica y la vamos a replicar al seguro obligatorio...*

(...)

Indecopi: *En ese caso, por ejemplo, entonces, usted sabe que es un seguro nuevo y usted lo va vender (...) queda clarísimo que sólo a un grupo determinado, no es como las demás empresas, usted está interesado en venderle a un grupo selecto de clientes que usted ya conoce.*

Pacífico: *Los nuestros (...)*

De acuerdo con lo manifestado por los entrevistados y sin que sea necesariamente el único aspecto que interesaba comercialmente a las investigadas, el SOAT no era un producto atractivo para las empresas aseguradoras sino más bien una amenaza del ambiente externo - en este caso, una amenaza proveniente de la ley que había creado un seguro obligatorio de las características del SOAT - que podría afectar sus respectivas carteras de clientes de seguros de vehículos tradicionales⁷¹. La afectación podría provenir de una atracción ejercida por el ofrecimiento del SOAT en condiciones ventajosas por parte de un competidor, lo cual podría provocar una migración del seguro de vehículo tradicional al nuevo proveedor del SOAT. Es claro que lo que intentaban defender las empresas aseguradoras mediante la fijación concertada de precios, entre otras cosas, eran sus consolidados mercados de seguros vehiculares tradicionales.

Puede observarse que el móvil de las empresas aseguradoras para fijar concertadamente los precios del SOAT no fue contribuir a reducir los

⁷⁰ A fojas 28852 del Expediente.

⁷¹ Por "seguros de vehículos tradicionales", entiéndase aquellos seguros vehiculares distintos al SOAT.

costos de acceso a la información requerida para implementar el SOAT, tampoco mejorar la producción o la distribución de este nuevo producto ni fomentar el progreso técnico o económico y menos aún beneficiar a los consumidores. Por el contrario, el móvil de las empresas aseguradoras fue impedir que se incrementara el grado de competencia en el mercado de seguros de vehículos tradicionales - un mercado existente y en pleno funcionamiento - como consecuencia de la intromisión de un nuevo elemento como el SOAT, fruto de una imposición legal.

En otras palabras, las empresas aseguradoras buscaron defenderse de la competencia, restringiéndola, lo cual constituye una afectación al interés económico general.

En conclusión, las investigadas⁷² efectivamente llegaron a ejecutar el acuerdo alcanzado en el seno del Comité de Automóviles de la APESEG al ofertar el SOAT a los precios previamente determinados en forma concertada entre ellas. En tal sentido, es claro que existe un perjuicio al interés económico general en el presente caso, materializado en la grave distorsión del mercado, no sólo del SOAT sino aquel de seguros de vehículos tradicionales, generando una mayor resistencia de los consumidores a la implementación del SOAT y una disminución en el grado de competencia en el mercado de seguros de vehículos tradicionales.

Por tanto, al verificarse en el presente caso un acuerdo de fijación concertada de precios que no contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, corresponde declarar que Generali, La Positiva, Rímac, Sul América, Mapfre, Royal&SunAlliance y Pacífico han infringido lo dispuesto en el artículo 3 y el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701.

De otro lado, al no haberse reunido evidencia suficiente que permita probar la ejecución del acuerdo por parte de Interseguro y Wiese Aetna, corresponde declarar que dichas empresas no han infringido lo dispuesto en el artículo 3 y el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 durante el período comprendido entre diciembre de 2001 y abril de 2002.

III.5.4. La responsabilidad de la APESEG

La presencia de la APESEG como investigada en el procedimiento brinda un indicio acerca de la existencia de una posible "decisión" como mecanismo de materialización de una presunta práctica restrictiva de la libre competencia. Ello

⁷² Generali, La Positiva, Rímac, Sul América, Mapfre, Royal&SunAlliance y Pacífico ejecutaron el acuerdo de fijación concertada de precios mediante la oferta al público y/o la venta del SOAT a los precios previamente fijados en forma concertada. La ejecución del acuerdo no ha sido probada en los casos de Interseguro y Wiese Aetna

debido a que la APESEG⁷³ es la asociación o gremio de las compañías aseguradoras del Perú, es decir, es una "asociación de empresas" susceptible de emitir decisiones para los alcances de la ley. Las decisiones constituyen un supuesto diferente de prácticas concertadas que por su naturaleza especial se encuentran sujetas a parámetros distintos de evaluación derivados de la intervención de un gremio naturalmente ajeno al ejercicio comercial directo⁷⁴.

Una "decisión" se refiere tanto a las reglas de la asociación de empresas de que se trate, como a todas aquellas resoluciones que vinculan a sus miembros. El término "decisión" incluye también a las recomendaciones de las asociaciones de empresas dirigidas a sus miembros.⁷⁵ El término "decisión" abarca no solamente la etapa de su adopción sino también la de su implementación. Es decir, una "asociación de empresas" será responsable de una decisión no sólo si se ha verificado la adopción de una resolución restrictiva de la libre competencia en su seno sino también si se ha verificado, de cualquier modo, su participación ya sea para instrumentar, divulgar, notificar, controlar, realizar o financiar cualquier actividad tendiente a la materialización de un acuerdo o de la propia decisión anticompetitivos adoptados en su interior por las empresas miembros del gremio. Además, la práctica deberá ser ejecutada por alguno de los agentes que intervienen en el mercado, situación que arrastra la responsabilidad del gremio.

Las entidades gremiales pueden legítimamente tener dentro de sus fines el recolectar y difundir entre sus miembros diversa información sobre el sector al que pertenecen así como realizar estudios de mercado. Sin embargo, dichas entidades gremiales pueden incurrir en una restricción de la competencia prohibida por el Decreto Legislativo 701, si limitan la libertad de acción de sus miembros (a través de decisiones), de forma que provoquen un comportamiento uniforme de sus agremiados en el mercado.

La APESEG es responsable porque fue uno de sus órganos, el Comité de Automóviles, el que efectivamente adoptó la decisión de aprobar una nota técnica con precios y, posteriormente, reducir los precios que se venían cobrando como consecuencia del acuerdo. Además, es responsable por haber facilitado la adopción de tales acuerdos en dicho Comité y porque los acuerdos fueron finalmente ejecutados, tal como ha sido identificado en el caso de la responsabilidad de las demás investigadas.

⁷³ En 1904 se fundó el Comité de Aseguradores del Perú como una entidad que agrupaba a las empresas de seguros. Este Comité cambió de nombre en 1959 por el de Asociación de Aseguradores del Perú -ADAP. En 1974 la asociación modificó su razón social por la de Asociación Peruana de Empresas de Seguros -APESEG-, la misma que se conserva hasta la actualidad.

⁷⁴ Es más, las asociaciones profesionales - como la asociación de profesionales prácticos - son las "asociaciones de empresas" más comunes en la realidad. Adicionalmente, la palabra "asociaciones" no se limita a ningún tipo particular de asociación. Cfr. BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Op.cit., p.85.

⁷⁵ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Op.cit., p.85.

Los acuerdos se ejecutaron mediante la oferta del SOAT al público a los precios determinados previamente en forma concertada, con el consiguiente perjuicio al interés económico general consistente en la distorsión al mercado, no sólo del SOAT sino de los seguros vehiculares tradicionales.

Por lo expuesto corresponde declarar que la APESEG es responsable, junto con Generali, La Positiva, Rímac, Sul América, Mapfre, Royal&SunAlliance y Pacífico, por infringir lo dispuesto en el artículo 3 y el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701.

III.6 Graduación de la sanción

III.6.1 Objeto y finalidad de la sanción administrativa

Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. A manera de ejemplo, el fin de las multas de tránsito no es sólo castigar la conducta ilícita de los automovilistas imprudentes, sino que no vuelvan a efectuar maniobras que constituyan imprudencia temeraria. En el ejemplo, a la administración le interesa que con la sanción o la amenaza de ella, se induzca al administrado a no infringir las normas, de modo que el tránsito sea más seguro⁷⁶.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos no es requerido que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como infracción y sea sancionada. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido por la norma, justifica que se sancione la conducta. Un ejemplo de ello son las infracciones de tránsito por exceso de velocidad, en ellas no se requiere que el conductor haya atropellado a algún peatón u ocasionado un choque para imponerle una sanción, bastará que se verifique la conducta infractora, en atención a los efectos potenciales de su conducta sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas de tránsito, como son la seguridad de los peatones y conductores.

Para lograr dicho objetivo, es preciso que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. De lo contrario, los administrados recibirían el mensaje de que, aun en caso de que las conductas infractoras fuesen detectadas,

⁷⁶ NIETO, Alejandro. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Madrid: Técnos. Segunda Edición, reimpresión 2000. Pp. 145.

el beneficio obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción. Por ello, el artículo 203 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 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 esperado por el infractor a partir de la transgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la posibilidad de detección de la infracción.

En efecto, en caso de 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 esperado no superase a la sanción esperada, le conviene infringir la norma, pues no existe mayor probabilidad de que sea detectado. Por ello, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que reciban el mensaje de que si bien puede ser difícil que sean hallados responsables, en caso de que ello ocurra, recibirán una sanción significativamente mayor. Ello, con el objeto de que los agentes consideren los costos de la conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.

De tal modo, la multa deberá ser calculada en función al beneficio esperado dividido entre la probabilidad de detección. Ello garantiza que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo.

III.6.2 Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado.

La Ley N° 27444 recoge los principios que rigen los procedimientos administrativos en general, así como aquellos principios especiales aplicables a los procedimientos sancionadores.

Dentro de los principios generales que son de aplicación a los procedimientos sancionadores debe destacarse el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos

que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁷⁷.

Además, los principios especiales que rigen el procedimiento sancionador son enunciados en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷⁸. Para efectos de la graduación de la sanción son de particular importancia los siguientes principios:

- **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; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
- **Concurso de Infracciones.**- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

III.6.3 Criterios específicos para graduar la sanción

⁷⁷ Numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

⁷⁸ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 230°.**- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. **Legalidad.**- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. **Debido procedimiento.**- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
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; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
4. **Tipicidad.**- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
5. **Irretroactividad.**- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
6. **Concurso de Infracciones.**- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
7. **Continuación de Infracciones.**- Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.
8. **Causalidad.**- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
9. **Presunción de licitud.**- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
10. **Non bis in idem.**- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Debe tenerse en cuenta que en la medida que el procedimiento por infracción a las normas de libre competencia es de carácter especial, se rige por las normas específicas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701. Ello, sin perjuicio de que, por tratarse de un procedimiento de naturaleza sancionadora, las normas especiales deben ser interpretadas en concordancia con los principios generales que rigen este tipo de procedimientos.

Al respecto, en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701 se delimita la cuantía de las multas que pueden ser impuestas por la Comisión:

- (i) en los casos en que la infracción fuese calificada como leve o grave, la Comisión puede imponer una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión; y
- (ii) en caso que la infracción fuera calificada como muy grave, la Comisión puede imponer una multa superior a las mil (1 000) UIT, siempre que la misma no supere el 10% de dichas ventas o ingresos brutos⁷⁹.

Asimismo, el Decreto Legislativo N° 701 señala los criterios que la autoridad administrativa debe considerar para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes:

⁷⁹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 701, Artículo 23°.- Imposición y graduación de sanciones.** La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3°, 5° y 6° las siguientes multas:

38224. Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs. siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

38225. Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa 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 directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

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) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d) 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 y usuarios.
- e) La duración de la restricción de la competencia.
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

- a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado afectado de la empresa correspondiente.
- d) 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 y usuarios.
- e) La duración de la restricción de la competencia.
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

III.6.4 Aplicación al caso

En la resolución apelada y que se declara nula, la Comisión impuso las siguientes sanciones a las investigadas:

Entidad	Sanción
Interseguros	5 UIT
Wiese Aetna	50 UIT
Pacifico	60 UIT
Mapfre	60 UIT
Royal&SunAlliance	80 UIT
Generali	100 UIT
Sul América	100 UIT
La Positiva	100 UIT
Rimac	100 UIT
Apeseg	20 UIT

A efectos de graduar las sanciones que corresponde imponer a las entidades infractoras, resulta preciso determinar la magnitud del beneficio esperado por las investigadas, así como el perjuicio potencial a los consumidores. Ambos factores a su vez dependen de la dimensión del mercado afectado.

El beneficio esperado de la concertación de precios está dado por el número de potenciales contratantes del SOAT, multiplicado por la diferencia entre las tarifas que las empresas investigadas concertaron frente a los precios finalmente cobrados en el mes siguiente del inicio de la investigación, para aquellos consumidores que ya contaban con un seguro en las empresas aseguradas, pues como manifestaron las empresas, éste era el segmento en el que tenían pensado competir preferentemente, pudiendo observarse una significativa diferenciación en las tarifas cobradas con posterioridad a la intervención de la agencia de competencia. La información acerca de los nuevos precios corresponde a julio de 2002 y fue proporcionada por las empresas investigadas a requerimiento de la Comisión.

En las notas técnicas presentadas por las 7 empresas infractoras, las mismas que tienen idéntico contenido, se considera que el parque automotor estaba conformado por 1 millón de vehículos. En tal sentido, en dichas notas técnicas se proyectaba que los ingresos por concepto de las primas del SOAT, de acuerdo a las tarifas contenidas en tales documentos, alcanzarían una suma superior a los cien millones de dólares (US\$ 100 050 000,00). Dicho monto da cuenta de las dimensiones del mercado del SOAT.

La graduación de la sanción tiene que tener como punto de partida la magnitud del mercado involucrado, independientemente de que la expectativa de participación de las investigadas en dicho mercado no haya quedado evidenciada en la investigación y que las declaraciones formuladas en las investigaciones dieran cuenta de una supuesta única preocupación por el mercado cautivo que se vería afectado por la puesta en vigor del SOAT. Lo anterior, como consecuencia de los efectos de la práctica en el universo del mercado y porque la propia ley considera dicho criterio en la medida que la interacción de los agentes económicos mediante prácticas concertadas, produce efectos reales en todo el mercado, el mismo que se ve afectado con la conducta ilícita.

Pese a que el SOAT es un seguro obligatorio, para el cálculo del beneficio esperado se aplicará una estimación conservadora, considerando una cobertura esperada de sólo 10% del mercado para las empresas que participaban en el mercado de seguros de vehículos automotores. Ello, toda vez que las empresas no podían esperar que el acuerdo fuese ejecutado por un período de tiempo suficiente como para cubrir el total del mercado de vehículos automotores, puesto que al tratarse de uno de los pocos servicios de contratación obligatoria de acuerdo a ley, existía una muy elevada posibilidad de que la concertación fuese detectada y cuestionada, más aún considerando que las pruebas sobre su existencia fueron consignadas expresamente en las actas de la asociación gremial que agrupaba a las empresas de seguros.

Parque automotor y número esperado de contratantes del SOAT

Tipo de vehículo	Parque automotor	Contratantes del SOAT
Automóviles particulares	700 000	70 000
Taxis	100 000	10 000
Combis	61 000	6 100
Omnibus Interurbano	31 000	3 100
Omnibus Interprovincial	8 000	800
Camiones	100 000	10 000
TOTAL	1 000 000	100 000

Asimismo, a efectos de determinar el beneficio esperado de cada una de las 7 empresas infractoras se debe tener en consideración su cuota de participación en el mercado de seguros para automóviles. Ello, teniendo en cuenta que conforme a lo declarado por distintas empresas, éstas tenían como objetivo vender el servicio

del SOAT prioritariamente a su correspondiente cartera de clientes de seguros de vehículos automotores, por lo que, resulta válido considerar que las empresas esperaban tener una participación similar en el mercado del SOAT.

Para tales efectos a continuación se presenta la información que aparece en la página de Internet de la SBS al 31 de diciembre de 2001, mes en el que se acordaron las tarifas de las primas del SOAT:

RANKING DE PRIMAS DE SEGUROS NETAS DE RAMOS

GENERALES Y ACCIDENTES Y ENFERMEDADES

AL 31 DE DICIEMBRE DE 2001

VEHICULOS Y LINEAS ALIADAS

EMPRESAS		MONTO (en miles de nuevos soles)	PARTICIPACIÓN (%)	PORCENTAJE ACUMULADO
1	El Pacífico Peruano Suiza	66 478	24,47	24.47
2	Rímac Internacional	50 367	18,54	43.01
3	Mapfre Perú	36 986	13,62	56.63
4	La Positiva	28 879	10,63	67.26
5	Royal & Sunalliance – Seguros Fenix	25 608	9,43	76.69
6	Generali Perú	22 721	8,36	85.05
7	Wiese Aetna	21 725	8,00	93.05
8	Sul América	18 888	6,95	100.00
TOTAL		S/. 271 653	100,00%	

Aplicando los criterios expuestos en los párrafos anteriores, a continuación se muestran los cálculos del beneficio ilícito esperado por cada empresa, teniendo en cuenta que el hecho de que las 7 empresas infractoras remitieron notas técnicas a la Superintendencia de Banca y Seguros en las que se consignaban tarifas para los 6 tipos de vehículos, demuestra que tenían pensado brindar el servicio para todos ellos:

EL PACIFICO

Tipo de vehículo	Precios SOAT concertados	Precios SOAT Set-2002	Diferencia en precios	Parque automotor (10%)	Beneficio esperado en función a la cuota de Mercado (24,47%)
Automóviles particulares	60	47,49	12,51	70 000	214 283,79

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCION N° 0224-2022/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 004-2002-CLC

Taxis	100	100	0,00	10 000	0,00
Combis	200	175	25,00	6 100	37 316,75
Omnibus Interurbano	350	349,99	0,01	3 100	7,58
Omnibus Interprovincial	1250	-	-	800	0,00
Camiones	150	120	30,00	10 000	73 410,00
TOTAL (US\$)					325 018,12

A falta de información exacta acerca de las ventas del SOAT para taxis, combis y ómnibus interprovincial por parte de El Pacífico, se ha considerado las tarifas señaladas por dicha empresa para calcular el beneficio esperado para tales clases de vehículos.

MAPFRE

Tipo de vehículo	Precios SOAT concertados	Precios SOAT Jul-2002	Diferencia en precios	Parque automotor (10%)	Beneficio esperado en función a la cuota de Mercado (13,62%)
Automóviles particulares	60	49,00	11,00	70 000	104 874,00
Taxis	100	125,00	0,00	10 000	0,00
Combis	200	125,00	75,00	6 100	62 311,50
Omnibus Interurbano	350	210,00	140,00	3 100	59 110,80
Omnibus Interprovincial	1250	1 250,00	0,00	800	0,00
Camiones	150	110,00	40,00	10 000	54 480,00
TOTAL (US\$)					280 776,30

Frente a la falta de información exacta acerca de las ventas del SOAT para taxis, combis y ómnibus interprovincial por parte de Mapfre, se ha considerado las tarifas señaladas por la referida empresa para calcular el beneficio esperado para tales clases de vehículos.

RIMAC

Tipo de vehículo	Precios SOAT concertados	Precios SOAT Set-2002	Diferencia en precios	Parque automotor (10%)	Beneficio esperado en función a la cuota de Mercado (18,54%)
Automóviles particulares	60	45,00	15,00	70 000	194 670,00
Taxis	100	90,00	10,00	10 000	18 540,00

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCION N° 0224-2022/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 004-2002-CLC

Combis	200	180,00	20,00	6 100	22 618,80
Omnibus Interurbano	350	320,00	30,00	3 100	17 242,20
Omnibus Interprovincial	1250	1 100,00	150,00	800	22 248,00
Camiones	150	140,00	10,00	10 000	18 540,00
TOTAL (US\$)					293 859,00

En el caso de Rímac se cuenta con información suficiente acerca de los precios cobrados por todas las clases de vehículos

GENERALI

Tipo de vehículo	Precios SOAT concertados	Precios SOAT Jul-2002	Diferencia en precios	Parque automotor (10%)	Beneficio esperado en función a la cuota de Mercado (8,36%)
Automóviles particulares	60	47,50	12,50	70 000	73 150,00
Taxis	100	81,00	19,00	10 000	15 884,00
Combis	200	166,00	34,00	6 100	17 338,64
Omnibus Interurbano	350	240,00	110,00	3 100	28 507,60
Omnibus Interprovincial	1250	1 250,00	0,00	800	0,00
Camiones	150	130,00	20,00	10 000	16 720,00
TOTAL (US\$)					151 600,24

Ante la falta de información exacta acerca de las ventas en julio del SOAT para ómnibus interprovincial por parte de Generali, se ha considerado las tarifas señaladas por dicha empresa para calcular el beneficio esperado para tal clase de vehículos.

LA POSITIVA

Tipo de vehículo	Precios SOAT concertados	Precios SOAT Jul-2002	Diferencia en precios	Parque automotor (10%)	Beneficio esperado en función a la cuota de Mercado (10,63%)
Automóviles particulares	60	50,00	10,00	70 000	74 410,00
Taxis	100	70,00	30,00	10 000	31 080,00
Combis	200	150,00	50,00	6 100	31 598,00
Omnibus Interurbano	350	240,00	110,00	3 100	36 248,30

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCION N° 0224-2022/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 004-2002-CLC

Omnibus Interprovincial	1250	1 000,00	250,00	800	21 260,00
Camiones	150	130,00	20,00	10 000	20 720,00
TOTAL (US\$)					215 316,30

En el caso de La Positiva se cuenta con información suficiente acerca de los precios cobrados por todas las clases de vehículos con relación a los cuales se concertaron tarifas.

R&S

Tipo de vehículo	Precios SOAT concertados	Precios SOAT Jul-2002	Diferencia en precios	Parque automotor (10%)	Beneficio esperado en función a la cuota de Mercado (9,43 %)
Automóviles particulares	60	48,00	12,00	70 000	79 212,00
Taxis	100	100,00	0,00	10 000	0,00
Combis	200	165,00	35,00	6 100	20 133,05
Omnibus Interurbano	350	280,00	70,00	3 100	20 463,10
Omnibus Interprovincial	1250	1 000,00	250,00	800	18 860,00
Camiones	150	120,00	30,00	10 000	28 290,00
TOTAL (US\$)					166 958,60

A falta de información exacta acerca de las ventas en julio del SOAT para taxis, ómnibus interurbano e interprovincial por parte de R&S, se ha considerado las tarifas señaladas por la mencionada empresa para calcular el beneficio esperado para tales clases de vehículos.

SUL AMERICA

Tipo de vehículo	Precios SOAT concertados	Precios SOAT Jul-2002	Diferencia en precios	Parque automotor (10%)	Beneficio esperado en función a la cuota de Mercado (6,95 %)
Automóviles particulares	60	50,00	10,00	70 000	48 650,00
Taxis	100	70,00	30,00	10 000	20 850,00
Combis	200	150,00	50,00	6 100	21 197,50
Omnibus Interurbano	350	210,00	140,00	3 100	30 163,00
Omnibus Interprovincial	1250	1150,00	100,00	800	5 560,00

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCION N° 0224-2022/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 004-2002-CLC

Camiones	150	130,00	20,00	10 000	13 900,00
TOTAL (US\$)					140 320,50

En el caso de Sul América se cuenta con información suficiente acerca de los precios cobrados por todas las clases de vehículos

La magnitud del beneficio ilícito esperado, da cuenta de la magnitud del daño potencial al mercado pues, al ser el SOAT un seguro obligatorio, los consumidores estaban obligados a contratar el seguro en los precios fijados en la nota técnica, teniendo que pagar en exceso respecto de un precio menor que hubiera resultado de la acción del mercado. Por tanto, el perjuicio potencial a los consumidores es al menos igual al beneficio ilícito esperado por las empresas de seguros. En otras palabras, el perjuicio potencial a los consumidores resulta equiparable – cuando menos – al beneficio ilícito que las empresas esperaban obtener con la venta a precios concertados.

Por otro lado, se debe considerar que existía una alta probabilidad de detección puesto que los acuerdos constaban en actas y fueron implementados remitiendo información al MTC y a la SBS. Por tanto, para el cálculo de las multas se considerará una probabilidad de detección igual a 0,90.

Así, estando acreditada la existencia de perjuicios potenciales que pudieron ser generados por la concertación, además del daño consistente en la distorsión a la competencia, la Sala considera que para graduar las sanciones debe tomarse en cuenta la participación de cada una de las infractoras en la formación, ejecución y cumplimiento del acuerdo - decisión objeto de sanción.

A continuación se analizan los factores que afectaron a todas las investigadas en la formación de los acuerdos – decisiones: el factor “mercado nuevo” y la actuación del MTC.

Los acuerdos – decisiones se produjeron en un mercado en formación. En efecto, las conductas infractoras tuvieron lugar en el marco del proceso para implementar el SOAT como parte de la regulación del sector transporte. Como se indicó en párrafos precedentes, si bien las empresas de seguros estaban en capacidad de obtener la información requerida para definir cuáles serían los costos del SOAT y a qué precio lo podía vender cada empresa, se trataba de un mercado en el que aún existía información bastante limitada y donde sólo se tenía como referencia de los precios cobrados por los competidores, la tarifa implementado por La Positiva (que era de US\$ 60,00 como prima anual para automóviles).

En función al factor de “mercado nuevo” y la falta de información derivada del mismo, la Sala considera que corresponde reducir en un 40% la cuantía de las

multas calculadas sobre la base del beneficio ilícito, el perjuicio potencial y la probabilidad de detección.

De otro lado, se debe tener en cuenta la invocación efectuada por el MTC para que las empresas cobren tarifas reducidas. El pedido del MTC para que la APESEG y las empresas informen sobre los costos del SOAT⁸⁰, las reuniones convocadas por el ministerio para tratar temas vinculados a la implementación y los costos del SOAT⁸¹, así como el indicio de que las investigadas redujeron el precio del SOAT para automóviles de US\$ 60,00 a US\$ 55,00 señalando en el acta correspondiente que ello respondía a una solicitud del ministerio, son elementos que dan cuenta de la existencia de una invocación activa del MTC para que las compañías de seguros reduzcan en lo posible las tarifas a ser cobradas por el SOAT.

Se debe precisar que no ha quedado demostrado en el expediente, ni existen indicios de que el MTC haya decidido o recomendado a las investigadas un precio único a ser cobrado por el SOAT. En tal sentido, si bien existen elementos que dan cuenta de que el MTC exhortó activamente a las empresas para que los costos del SOAT fuesen reducidos en lo posible, tal invocación no obligaba en forma alguna a las investigadas, que en el marco de economía social de mercado consagrado en la Constitución y, conforme a la regulación general de seguros, estaban en la libertad de fijar las primas que fueran más convenientes a sus intereses, siendo plenamente conscientes de ello⁸².

⁸⁰ En la comunicación del 28 de enero de 2000 (Oficio N° 220-2000-MTC/15.18), el MTC manifestó a la Apeseg lo siguiente:

"(...) Conforme a lo coordinado, agradeceré realizar una estimación del costo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, tomando como base los montos precisados en el artículo 25° del Anteproyecto, proyectado para 3, 5, 9, 12, 14, 18, 25, 30, 40 y 50 asegurados (...)"

⁸¹ Mediante comunicaciones del 12, 18 y 28 de enero, 1 de febrero, 13 de marzo, 6 de octubre, 16 de noviembre, 1 de diciembre y 11 de diciembre de 2000, el MTC se dirigió a la Apeseg con el fin de discutir las disposiciones del Anteproyecto de Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, el contenido del Formato Unico de Póliza del SOAT y el Certificado correspondiente.

Posteriormente, en el transcurso del segundo semestre del año 2001 y el primer trimestre del año 2002, funcionarios del MTC sostuvieron reuniones con representantes de las compañías de seguros, de los gremios del sector transportes y de la SBS, todo lo cual ha sido acreditado a través de una serie de comunicaciones y actas de reuniones sostenidas durante ese período. De las entrevistas realizadas y los escritos presentados en primera instancia, se desprende que el objetivo de dichas reuniones habría sido, entre otros, la realización de consultas respecto al perfeccionamiento del marco legal del SOAT, la fijación del cronograma para su implementación y lograr compatibilizar los intereses de los gremios de transporte y las aseguradoras respecto al costo del servicio con el de las compañías de seguros.

El rol del MTC a largo de este proceso quedó reflejado en el Acta de la reunión sostenida por representantes de dicho Ministerio el 18 de febrero del 2002, con representantes de la Apeseg, de los gremios de seguros y de la Asociación Peruana de Consumidores, en donde se señala lo siguiente:

"2. El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción se compromete a apoyar y acompañar el proceso de diálogo entre los gremios y asociaciones del transporte y las compañías aseguradoras, respecto al establecimiento de los costos de la prima del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)..."

⁸² **CONSTITUCION DE 1993, Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo,

A mayor abundamiento, en el acta de la sesión del Comité de Automóviles del 5 de febrero de 2002, se señala expresamente que los planteamientos del MTC constituían solicitudes y se consignó la negativa de las empresas de seguros y la APESEG a los referidos pedidos, lo que corrobora que no eran de naturaleza vinculante y que las propias investigadas así lo entendieron en todo momento.

Por tanto, las empresas decidieron voluntariamente adoptar los acuerdos de fijación de precios, tomando tal decisión en el marco de los órganos de la APESEG. En tal sentido, si bien la actuación del MTC debe ser considerada como un factor atenuante al evaluar la participación de las investigadas en la formación de los acuerdos – decisión para fijar precios, de ninguna forma la actuación del Ministerio rompe el nexo causal existente entre la conducta de las investigadas y la infracción, por lo que no afecta la existencia de responsabilidad por parte de las investigadas.

En tal sentido, la Sala considera que la actuación del MTC debe ser considerada como un factor atenuante de las multas a ser impuestas a las investigadas, por lo que corresponde reducir en un 40% adicional la cuantía de las multas calculadas sobre la base del beneficio ilícito, el perjuicio potencial y la probabilidad de detección.

Habiendo determinado los factores atenuantes a ser aplicados en común a todas las empresas investigadas, a continuación se analizan las circunstancias atenuantes aplicables en función a la participación individual de cada empresa en la ejecución del acuerdo – decisión. Para determinar el nivel de ejecución de cada empresa se considera la sumatoria de los siguientes factores:

- a. La remisión de notas técnicas diferentes ante la SBS, toda vez que demuestra un alejamiento o incumplimiento temprano del acuerdo-decisión por el que se fijaron las tarifas. Es factor que equivale a una reducción de la multa en un 25%.

salud, educación, seguridad servicios públicos e infraestructura.

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)

LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS, Artículo 326.- CONDICIONES Y CONTENIDO DE LAS POLIZAS.

Las condiciones de las pólizas y las tarifas responden al régimen de libre competencia en el mercado de seguros, con sujeción a las reglas que contiene este capítulo. (...)

- b. La oferta reducida del SOAT en el mercado a través de mínima publicidad debe ser considerada como un factor atenuante que afecta en un 50% la multa a ser aplicada, pues tal circunstancia da cuenta de la voluntad de las empresas de no ejecutar intensamente el acuerdo, lo que ocurrió con Rímac⁸³. En el caso de las demás investigadas, sí bien se ha comprobado la existencia de publicidad directa, no se ha verificado una difusión masiva de la misma, por lo que se les debe reducir la sanción en un 25%.
- c. La falta de ventas del SOAT amerita la reducción de la multa a ser impuesta en un 25% adicional, toda vez que demuestra que la conducta anticompetitiva, más allá de su reproche e ilicitud, produjo una limitada respuesta en el mercado. Esta circunstancia atenuante es aplicable a El Pacífico, Mapfre y Royal&SunAlliance. Ello, toda vez que sólo se ha probado que Generali, Sul América, La Positiva y Rímac llegaron a vender el SOAT a los precios acordados.

Aplicando los factores atenuantes generales se obtiene los siguientes resultados:

Empresa	Beneficio esperado=b	Mercado nuevo= n = (40%b)	Actuación MTC= m = (40%b)	TOTAL= b-n-m
El Pacífico	361,131.24	144,452.50	144,452.50	72,226.25
Generali	168,444.71	67,377.88	67,377.88	33,688.94
La Positiva	239,240.33	95,696.13	95,696.13	47,848.07
Mapfre	311,973.67	124,789.47	124,789.47	62,394.73
Rímac	326,510.00	130,604.00	130,604.00	65,302.00
R&S	185,509.56	74,203.82	74,203.82	37,101.91
Sul América	155,911.67	62,364.67	62,364.67	31,182.33

A los referidos resultados debe restarse el monto calculado en función a la participación de cada empresa en la ejecución del acuerdo - decisión, operación que arroja la multa aplicable a cada una de las investigadas:

Empresa	(Beneficio esperado) - (atenuantes generales) = s	Nota técnica diferente (0.25n)	No anunció precios (0.50n) Publicidad reducida (0.25n)	No Vendió el SOAT (0.25n)	Total Factor Ejecución	Monto a ser restado por Ejecución = e	Multa = s - e
El Pacífico	72,226.25	0.00	0.25	0.25	0.50	36,113.12	US\$ 36,113.12
Generali	33,688.94	0.00	0.25	0.00	0.25	8,422.24	US\$ 25,266.71
La Positiva	47,848.07	0.00	0.25	0.00	0.25	11,962.02	US\$ 35,886.05

⁸³En el caso de Rímac sólo se ha verificado que realizó publicidad acerca de la existencia del SOAT mediante volantes que sin bien constituyen publicidad, no son de difusión masiva.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCION N° 0224-2022/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 004-2002-CLC

Mapfre	62,394.73	0.00	0.25	0.25	0.5	31,197.37	US\$ 31,197.37
Rímac	65,302.00	0.00	0.50	0.00	0.5	32,651.00	US\$ 32,651.00
R&S	37,101.91	0.00	0.25	0.25	0.5	18,550.96	US\$ 18,550.96
Sul América	31,182.33	0.00	0.25	0.00	0.25	7,795.58	US\$ 23,386.75

Así, las multas a ser impuestas a las 8 empresas antes listadas quedarían fijadas de la siguiente manera en función al tipo de cambio y el valor de la UIT:

Empresa	Multa US\$	Multa S/. (tc: US\$1 = S/3.49)	Multa en UITs
El Pacífico	36,113.12	126,034.80	40.66
Generali	25,266.71	88,180.81	28.45
La Positiva	35,886.05	125,242.31	40.40
Mapfre	31,197.37	108,878.81	35.12
Rímac	32,651.00	113,951.99	36.76
R&S	18,550.96	64,742.84	20.88
Sul América	23,386.75	81,619.76	26.33

Con relación a la multa a ser impuesta a la Apeseg, se debe tener en cuenta que fue uno de sus órganos, el Comité de Automóviles, el que adoptó la decisión de aprobar las tarifas del SOAT y posteriormente, reducir los precios a ser cobrados. Además, la Apeseg fue la entidad que prestó las facilidades de infraestructura y personal para que el acuerdo colusorio fuese adoptado, siendo uno de sus órganos el marco en el que se acordaron precios.

Si bien no se puede hablar de un beneficio ilícito esperado que pueda ser imputado directamente a la Apeseg, a efectos de graduar la sanción se debe tener en cuenta el daño causado por la decisión adoptada por tal asociación, que ocasionó una distorsión en el mercado del SOAT. En consecuencia, la Sala considera que corresponde imponer a la Apeseg una multa ascendente a 10 UIT.

Por lo expuesto, finalmente, las multas a imponer a las investigadas, luego del proceso de redondeo, quedan fijadas de la siguiente manera:

Empresa	Multa en UIT
APESEG	10
El Pacífico	40
Generali	28
La Positiva	40
Mapfre	35
Rímac	36
R&S	20
Sul América	26

III.7. Difusión de la presente resolución

En aplicación del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807⁸⁴ y atendiendo a que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, corresponde declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación del principio que se enuncia en la parte resolutive. Adicionalmente, corresponde oficiar al Directorio del Indecopi para que éste ordene la publicación de la misma en el diario oficial El Peruano.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: levantar la reserva del contenido de las entrevistas efectuadas al señor Hernán Chang, Gerente Adjunto de Vehículos de Generali, el 21 de junio de 2002; de la entrevista al señor Carlos Zolezzi Barrenechea, Gerente de la División de Riesgos de Pacífico, realizada el 26 de junio de 2002; y de la entrevista realizada el 4 de julio de 2002 al señor José Antonio Cacho Souza, Gerente General de Wiese Aetna.

SEGUNDO: declarar la nulidad de la Resolución N° 025-2002-INDECOPI/CLC aprobada por la Comisión de Libre Competencia el 11 de diciembre de 2002.

TERCERO: declarar que la Asociación Peruana de Empresas de Seguros – APESEG, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix y Sul América Compañía de Seguros S.A. infringieron los artículos 3 y 6, inciso a), del Decreto Legislativo N° 701 al haber concertado el precio de las primas de las pólizas correspondientes al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT durante el período comprendido entre diciembre de 2001 y abril de 2002.

CUARTO: declarar que Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A. y Wiese Aetna Compañía de Seguros no infringieron los artículos 3 y 6, inciso a), del Decreto Legislativo N° 701 durante el período comprendido entre diciembre de

⁸⁴ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACION DEL INDECOPI, Artículo 43.-

Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCION N° 0224-2022/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 004-2002-CLC

2001 y abril de 2002 por la presunta concertación de precios en el precio de las primas de las pólizas del SOAT.

QUINTO: sancionar a las infractoras con las siguientes multas:

Sancionada	Multa
Asociación Peruana de Empresas de Seguros - APESEG	10 (diez) UIT
El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros	40 (cuarenta) UIT
Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros	28 (veintiocho) UIT
La Positiva Seguros y Reaseguros S.A.	40 (cuarenta) UIT
Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros	35 (treinta y cinco) UIT
Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros	36 (treinta y seis) UIT
Royal & Sunalliance Seguros Fénix	20 (veinte) UIT
Sul América Compañía de Seguros S.A.	26 (veintiséis) UIT

SEXTO: dejar sin efecto los precedentes de observancia obligatoria aprobados en las Resoluciones N° 206-97-TDC y N° 276-97-TDC.

SEPTIMO: de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

- 1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.*
- 2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia - producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas - o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.*
- 3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.*
- 4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo*

- a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.*
5. *La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior.*

OCTAVO: solicitar al Directorio del Indecopi que ordene la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Durand Carrión, Santiago Francisco Roca Tavella, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.

JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Presidente