

ARBITRAJE NO. 0075/2018

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA

EQUIPO N° 18

DEMANDANTE

ASOCIACIÓN MEILIANA
DE CONSUMIDORES -
ASOMELCO

DEMANDADO

MEIBEAT y otros

Julio de 2017

ÍNDICE

PETITORIO

- I. ¿DE QUÉ (REALMENTE) TRATA ESTE CASO?
- II. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y A LOS PELIGROS DEL REQUERIMIENTO PROBATORIO
 - A. SOBRE LA CLAÚSULA COMPROMISORIA
 - B. SOBRE LO ALEGADO DE QUE MEIBEAT CONFUNDE LA POTESTAD SANCIONADORA CON LA DETERMINACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN
 - C. RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE ENTABLAR UNA ACCIÓN DE CLASE
- III. SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS
- IV. ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA
 - A. CUESTIÓN PREVIA: SOBRE NUESTRO MODELO DE NEGOCIO Y SU LEGALIDAD
 - B. NO EXISTE UN GRUPO DE WHATSAPP. SOLO EXISTE UNA IMAGEN, QUE ES FALSA.
 - C. NO EXISTE (NI SE HA PROBADO) UN ACUERDO VERTICAL ENTRE UNA “ASOCIACIÓN DE CONDUCTORES” Y MEIBEAT
 - i. Marco conceptual de un acuerdo colusorio vertical, de acuerdo a la Ley de Competencia
 - ii. ASOMELCO no ha probado que Meibeat o la supuesta “asociación de conductores” tienen posición de dominio
 - iii. ASOMELCO no ha acreditado que existió un acuerdo colusorio vertical para fijar precios en la TD

iv. ASOMELCO no ha acreditado la afectación a la competencia que habría ocasionado nuestra presunta conducta ilícita

v. Conclusión: ¿Puede hablarse de un supuesto de acuerdo colusorio vertical?

D. NO EXISTE UN ACUERDO COLUSORIO HORIZONTAL ENTRE LOS CONDUCTORES DE MEIBEAT

i. Marco conceptual de un acuerdo colusorio horizontal intramarca, de acuerdo a la Ley de Competencia

ii. Meibeat solo sugiere precios a los conductores (teoría del anclaje)

iii. Sobre el acuerdo colusorio para subir la TD

iv. Explicación sobre los quiebres estructurales en la TH y la TD

SEÑORES MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

MEIBEAT y otros (en adelante, los “Demandados”); en el proceso ARBITRAL sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**, iniciado por la Asociación Meiliana de Consumidores (en adelante, “ASOMELCO”). Encontrándonos dentro del plazo otorgado, cumplimos con contestar la demanda arbitral efectuada por ASOMELCO y solicitamos al Tribunal Arbitral (en adelante, “TA”) lo siguiente:

(i) **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que se declare **incompetente** para poder conocer y pronunciarse sobre la presente demandada arbitral, en tanto el presente Tribunal Arbitral (en adelante, el “Tribunal” o “TA”, indistintamente) no es la autoridad con potestades para determinar si las conductas alegadas como ilícitas por ASOMELCO son anticompetitivas, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Competencia de Meiland (en adelante, la “Ley de Competencia” o la “Ley”, indistintamente).

(ii) **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

En el supuesto negado que se considere que el Tribunal es competente para conocer la controversia, solicitamos a la Comisión que se sirva declarar **INFUNDADA** la demanda presentada por ASOMELCO en todos sus extremos, en tanto no existen pruebas que acrediten que se habría desarrollado un acuerdo vertical (entre “una asociación de conductores” y Meibeal) y un acuerdo horizontal (entre los conductores).

En atención a ello, y al haber acreditado que las conductas alegadas por ASOMELCO no son ilícitas, solicitamos al Tribunal que desestime la pretensión de indemnización por daños y perjuicios en favor de ASOMELCO.

(iii) **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que se ordene a ASOMELCO al pago íntegro de las costas y costos por el presente proceso arbitral.

I. ¿DE QUÉ (REALMENTE) TRATA ESTE CASO?

1. El Derecho de la Competencia cumple un rol esencial en los mercados como herramienta para la regulación de los mismos y el correcto mantenimiento y desarrollo de la economía. Por tanto, la Ley de Competencia ha conferido competencia para que la Autoridad de Competencia de Meiland pueda analizar y determinar que ciertas conductas desarrolladas por los agentes del mercado sean consideradas como anticompetitivas o no (es facultad

exclusiva de la referida autoridad que, específicamente, ha sido instituida para tal propósito).

2. Teniendo ello en cuenta, la jurisdicción de un tribunal arbitral encuentra un límite en las atribuciones exclusivas que se le da a determinadas autoridades. Ello sucede en este caso con la demanda de ASOMELCO.
3. ASOMELCO pretende, a través una demanda de indemnización por daños y perjuicios, conferir directamente las facultades de la Autoridad de Competencia de Meiland al TA. Con la finalidad de que (i) el TA se pronuncie sobre materias que están reservadas a la Agencia de Competencia de Meiland, y (ii) aplique la Ley de Competencia y determine que Meibeat y los 536 conductores habrían desarrollado conductas anticompetitivas.
4. Sin embargo, las competencias del TA no pueden ir más allá de lo que establezca la regulación (o, aún peor, tratar de reemplazar de forma ilegal facultades que fueron designadas a una Autoridad de Competencia).
5. En este sentido, respetuosamente consideramos que el presente TA no posee facultades para poder pronunciarse sobre el presente proceso arbitral, pues en el caso decida pronunciarse conllevaría a desconocer las competencias que fueron reservadas y asignadas a la Agencia de Competencia de Meiland (el único organismo que puede determinar que ciertas conductas son anticompetitivas).
6. Es evidente que, si ASOMELCO pretende requerir una indemnización de daños y perjuicios a partir de una infracción a las disposiciones de la Ley de Competencia, primero debió haber acudido a la Autoridad de Competencia de Meiland, a fin de que dicho organismo pueda determinar si existió (o no) una infracción a las disposiciones de la Ley de Competencia por parte de Meibeat y los conductores. Así pues, lo cierto es que esta discusión en este extremo no puede ventilarse en un proceso arbitral. Hacerlo violaría nuestro derecho al debido proceso y, en especial, a nuestro derecho al juez natural.
7. Pero, incluso si el TA tuviera competencias para aplicar la Ley y determinar que una conducta es anticompetitiva (cuestión que no aceptamos). El presente caso se sustenta en una lamentable e incorrecta evaluación de las supuestas conductas ilícitas alegadas por ASOMELCO, con el fin de hacer encajar a Meibeat dentro de una hipótesis de concertación de precios. Ello ha derivado en que su demanda esté impregnada de graves errores (lo cual

demuestra la inconsistencia de su demanda) y suposiciones sobre los hechos del caso que afectan el derecho de defensa de Meibeal y de los conductores.

8. Tal como veremos a lo largo del presente escrito, ASOMELCO, ha “*determinado dos infracciones a la Ley a partir de una sola conducta*” en su escrito de demanda, sin identificar adecuadamente los supuestos acuerdos colusorios (vertical y horizontal) y, dentro de dichos acuerdos, el tipo de tarifa que, supuestamente, habría sido “alterada” hacia arriba por parte de Meibeal y los conductores.
9. Así, de acuerdo al escrito de demanda, Meibeal y los conductores habrían realizado dos (2) conductas ilícitas: (i) un acuerdo horizontal entre los conductores para aumentar los precios en sus tarifas, y (ii) un acuerdo vertical una “asociación de conductores” y Meibeal, lo que habría generado un aumento artificial del precio del servicio en la denominada Tarifa Dinámica (en adelante, “TD”).

En ese sentido, a criterio de ASOMELCO, se habría desarrollado un acuerdo colusorio horizontal entre todos los conductores. Sin embargo, dentro de esa hipótesis de concertación de precios (acuerdo horizontal) no cabía Meibeal. Sin embargo, y a fin de incluir a Meibeal, decidió alegar que existiría una asociación de conductores (supuesto de hecho que es falso) y que dicha asociación habría desarrollado un acuerdo colusorio vertical para fijar los precios con Meibeal.

10. En ese sentido, la única explicación que existe para que ASOMELCO incluya en su escrito de demanda un presunto acuerdo vertical, es que Meibeal no podría ser parte de un acuerdo colusorio horizontal, debido a que no compete en el mercado de los conductores. En atención a ello, Meibeal no podría infringir la Ley de Competencia (es por ello que, ASOMELCO, ha recurrido a una presunta doble infracción sobre una misma conducta). Esta situación demuestra, una clara deficiencia en lo alegado por ASOMELCO en su demanda.
11. Esta disposición es preocupante especialmente si tomamos en cuenta el tipo de evidencia en la que se basa ASOMELCO: es una imagen de un mensaje brindada por un supuesto “ex – conductor”. Es más, no existe certeza ni validez sobre dicha prueba. En ese sentido, lo que resulta más grave en el escrito de demandada es que no existe una sola prueba válida que vincule a Meibeal y a los conductores con los supuestos actos ilícitos alegados en el escrito de demanda de ASOMELCO.

12. Aún peor, nótese que en el escrito de demanda se ha omitido todo análisis sobre los beneficios pro-competitivos o perjuicios generados en el mercado a partir de las presuntas conductas ilícitas desarrolladas por parte de Meibeat y los conductores (debido a que nos encontraríamos ante un acuerdo horizontal *intramarca* y un acuerdo vertical, ambos sujetos a una prohibición relativa).
13. De esta manera, ASOMELCO **no** ha demostrado que las supuestas conductas ilícitas realizadas por la parte Demandada tendrían efectos negativos en el mercado y en los consumidores. La ausencia de un análisis exhaustivo sobre este punto es otra razón más por la cual la demanda debe ser declarada **infundada** por este TA.
14. Tomando en cuenta lo señalado y, tal como como analizaremos en los próximos acápite, el TA podrá apreciar que nos encontramos ante un proceso arbitral sin evidencia alguna que permita determinar que las conductas desarrolladas por Meibeat (que se dieron dentro de nuestro modelo de negocio) habrían sido ilícitas, a fin de que el TA otorgue una indemnización por daños y perjuicios en favor de ASOLMELCO.

II. **ARGUMENTOS RELATIVOS A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y A LOS PELIGROS DEL REQUERIMIENTO PROBATORIO**

15. El TA debe tener en especial consideración la determinación de su competencia en el presente proceso, y es que, ASOMELCO no solo pretende amparar sus petitorios en acusaciones sin elementos fácticos, sino que, además, a pesar de que no existe jurisprudencia o normativa desarrollada en Meiland, pretende que la siguiente controversia se determine en un tribunal arbitral cuando ello no corresponde.
16. Como bien es de conocimiento del TA, su despacho tiene la potestad de determinar sobre su propia competencia, lo cual ha sido denominado como el principio de “competence-competence” o “kompetenze-kompetenze”, el cual permite que, en los cuestionamientos sobre la legitimidad de los árbitros, sean los miembros del tribunal arbitral los primeros en determinar su propia competencia en la controversia planteada.¹
17. Es así que, con el propósito de poder efectuar una correcta aplicación de la tutela del derecho de acción, el presente TA debe declararse incompetente de oficio, con el objetivo de evitar que el presente proceso sea posteriormente declarado nulo, lo cual no haría más que dilatar un ya angustioso proceso que no ha hecho más que generar innecesarios gastos a nuestra empresa y a los 536 conductores que utilizan el aplicativo.

¹ GAILLARD, E. y J. SAVAGE (eds.) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International: La Haya 1999, pp.400.

18. Y es que, no existe ni normativa, ni jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Meiland que permitan a un TA analizar procesos arbitrales donde se requiera: i) el examen de conductas ilícitas que únicamente pueden ser determinadas por autoridades administrativas y, ii) donde además se establezca la posibilidad de entablar demandas arbitrales por acción de clase.
19. Sin perjuicio de ello, ASOMELCO, en la demanda presentada en mayo del 2018, sostiene que el presente tribunal arbitral es competente para solucionar la presente controversia en tanto:
 - b) Existe una cláusula compromisoria, la cual no ha sido cuestionada por nuestra parte, la cual permite al TA determinar sobre conductas anticompetitivas.
 - c) Meibeat y los conductores confunden la potestad sancionadora, siendo que en el presente caso se busca una indemnización y no la imposición de una multa.
 - d) De una interpretación literal y exegética de la Ley de Protección al Consumidor de Meiland, si se encuentra permitido la interposición de acciones de clase ante un tribunal arbitral, en tanto la misma es una práctica común en la jurisprudencia internacional.
20. Es por ello que, a continuación, pasaremos a esclarecer cada uno de los argumentos manifestados por la demandante.

A. SOBRE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

21. ASOMELCO en reiteradas ocasiones hace mención a la cláusula compromisoria, señalando que la misma obliga a nuestra empresa y a los 536 conductores a formar parte en la presente controversia arbitral.

22. Así, por ejemplo, en la página 7 del escrito de demanda establece:

“1.3. CLAUSULA COMPROMISORIA:

*Conforme se establece en el primer punto, Meibeat no ha negado la existencia de las **cláusulas compromisorias**; simplemente se ha limitado a indicar que “los convenios arbitrales aplicables no reconocen la posibilidad de iniciar este tipo de arbitrajes”, por lo que en ningún caso está en discusión la existencia o validez de dichas cláusulas.” (Énfasis y subrayado agregados).*

23. Es en base a lo declarado por ASOMELCO que, como primer punto, debemos establecer que es una cláusula compromisoria.

24. La cláusula compromisoria y/o pacto compromisorio², es definido por distintos especialistas tales como DIEZ PICASSO³, como un contrato-preliminar de arbitraje:

*“De esta manera el pacto compromisorio ha cambiado su nombre y ha pasado a ser el contrato preliminar de arbitraje. Y así dice el artículo 6º. **que las partes pueden preparar el arbitraje obligándose a instituirlo en su día.** En este sentido se puede definir el contrato por virtud del cual las partes **se obligan a instituir un arbitraje** o, lo que es lo mismo, a someter determinadas diferencias de un posible surgimiento al juicio de árbitros” (Énfasis y subrayado agregados).*

25. Como bien se puede apreciar en el texto citado, mediante una cláusula compromisoria, las partes se comprometen **en un futuro a constituir un arbitraje**, siendo que serán las mismas partes las que determinarán que institución arbitral aplicar una vez que surja la controversia.

26. Por ende, mediante esta “clausula compromisoria” o “precontrato de arbitraje” las partes no constituían y acudían a un proceso arbitral una vez surgido el conflicto, sino que, se comprometían a instituirlo mediante un acuerdo posterior.

27. Así autores como Ernesto Salcedo Verduga⁴ han hecho la precisión señalando:

*“Mediante este contrato preliminar, también llamado "precontrato de arbitraje", las partes no comprometían **sino que se obligaban a comprometer en el futuro.** Se trataba de una preparación del arbitraje que consistía en un pacto por el cual las partes **se comprometían a someter sus controversias**, ante la eventual aparición de conflictos futuros, a la decisión de uno o más árbitros” (Énfasis y subrayado agregados).*

28. Como bien hemos podido demostrar, mediante una clausula compromisoria las partes, de acuerdo a lo pactado, deberán reunirse e instituir posteriormente la institución arbitral mediante la cual solucionarán la controversia. Situación muy diferente al acuerdo de arbitraje, donde una vez surgida la controversia se acudirá directamente al Tribunal Arbitral.

² Autores como Ernesto Salcedo Verduga establecen que ambos términos son iguales, tal como se puede apreciar en su texto: EL CONVENIO ARBITRAL EN LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION donde establece: “Y es que el arbitraje ha venido marcado durante el presente siglo por un hecho fundamental: la creciente importancia de la cláusula o pacto compromisorio, conocida bajo la denominación de contrato preliminar de arbitraje”

³ DIEZ PICASSO, Luis “El Pacto Compromisorio y la Nueva ley de Arbitraje”. Estudios Legislativos de la Agencia de Boletín Especial del Estado.

⁴ SALCEDO VERDUGA, Ernesto: EL CONVENIO ARBITRAL EN LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION. Contenido revisado el 29 de junio del 2018 en el siguiente link: http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1999/09/13b_el_convenio_arbitral.pdf

29. De acuerdo a lo establecido por el propio demandante, de encontrarnos ante una clausula compromisoria, el presente arbitraje es nulo, en tanto las partes no habrían establecido, de manera posterior al nacimiento de la controversia, acudir a un determinado Tribunal Arbitral.
30. Ahora bien, sin perjuicio de la definición presentada por la demandante, cabe traer a colación que, incluso la aplicación de un convenio arbitral ante un consumidor podría ser declarado nulo por un Tribunal Judicial de Meinland.
31. Ocurre que distinta jurisprudencia internacional ha establecido que la manifestación de voluntad de los consumidores en muchos se ve afectada en la realización de contratos de adhesión virtuales
32. Así, en el caso RAMOS vs UBER TECHNOLOGIES INC, recientemente la Corte Suprema de Nueva York estableció que, si bien los procedimientos de contratación virtual de la empresa de multiplataforma UBER, la cual resaltamos brinda un servicio de conexión muy similar al de MEIBEAT, mantenían un procedimiento compuesto de varios pasos para acceder al servicio, en tanto la empresa no se aseguraba de que el consumidor haya efectivamente visualizado el contenido de los términos y condiciones, no se puede establecer que el mismo haya aceptado renunciar a la tutela judicial para acudir a la vía arbitral.
33. En esa misma línea, en el 2016 nuevamente la empresa UBER fue testigo de la inaplicación del convenio arbitral pactado por un demandante mediante el uso de un contrato de adhesión virtual.
34. En esta ocasión, en el caso SPENCER MEYER, vs TRAVIS KALANICK y UBER TECHNOLOGIES, INC. la Corte Distrital del Sur de Nueva York estableció que es deber de quienes formulan los contratos virtuales adoptar medidas que permitan a una persona corriente tener conocimiento de los términos y condiciones:

“Uno podría estar tentado a argumentar que la naturaleza de los contratos electrónicos hace que los consumidores no los lean, por más llamativos que estos sean, por lo cual los consumidores renuncian a su derecho mediante un simple click. Pero ello podría ser una postura muy cínica y hasta precipitada, y ciertamente no acorde con la Ley. A los proveedores de contratos electrónicos se les requiere que legalmente tomen todos los pasos

necesarios para proveer a los consumidores un razonable aviso de los términos contractuales⁵”.

35. En ese sentido, con la finalidad de que se pueda considerar que se ha realizado una manifestación informada por parte del usuario, es indispensable que se evidencie que el proveedor tomo las medidas necesarias para que el consumidor haya leído paso por paso los términos y condiciones mediante los cuales renunció a su tutela judicial, lo cual no se visualiza en el presente caso.
36. Y es que, únicamente la página solicita una “aceptación a los términos” sin verificar que previamente el usuario haya leído paso por paso los términos y condiciones, utilizando por ejemplo, recuadros expresos donde el consumidor deba hacer click manifestando que expresamente renuncia a determinados derechos.
37. Sin perjuicio de ello, hacemos notar que distintos países latinoamericanos, tales como Argentina, no aceptan dentro de su normativa la aplicación de convenios arbitrales en contratos de adhesión⁶.
38. Y es que, la normativa argentina parte de la premisa que la renuncia a la tutela judicial no puede realizarse en un contrato de adhesión, donde una de las partes se encuentra sujeta indiscutiblemente a una asimetría informativa.
39. Como se podrá apreciar entonces, la inexperiencia del consumidor, la asimetría informativa y la poca precaución de los contratos web no permite generar certeza de que el laudo que se emita del presente proceso no pueda ser declarado nulo por una Corte Judicial, lo cual debe ser tomado en consideración al momento de analizar la competencia del presente Tribunal Arbitral.

B. SOBRE LO ALEGADO DE QUE MEIBEAT CONFUNDE LA POTESTAD SANCIONADORA CON LA DETERMINACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN

40. La afirmación realizada contra nuestra parte no solo es falsa, sino que pretende desviar la discusión a una afirmación que no ha sido cuestionada por MEIBEAT ni los 536 conductores.

⁵ Traducción nuestra: “One might be tempted to argue that the nature of electronic contracts is such that consumers do not read them, however conspicuous these contracts are, and that consumers have resigned themselves simply to clicking away their rights. But that would be too cynical and hasty a view, and certainly not the law. The purveyors of electronic form contracts are legally required to take steps to provide consumers with "reasonable notice" of contractual terms”

⁶ Artículo 1651 de la Ley N° 26.994 y modificatorias.

41. La parte demandada no cuestiona que mediante el presente proceso arbitral se requiera la determinación de una indemnización, la cual es una solicitud muy ajena a la potestad sancionadora o de policía completamente propia del estado.
42. El cuestionamiento a la competencia del TA versa sobre la atribución del mismo para determinar que conductas realizan o no realizan prácticas anticompetitivas, siendo irrelevante si posteriormente se ordena una indemnización o no.
43. Así, cabe destacar que si bien existe jurisprudencia internacional que permite a los tribunales arbitrales discutir sobre temas de libre competencia para determinar daños y perjuicios, dichos casos particulares no son una tendencia global.
44. En Colombia por ejemplo, en un análisis respecto a la potestad de los árbitros para resolver conflictos sobre competencias debidamente asignadas al estado, la Corte Constitucional estableció:

“Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta puede verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción” (sentencia C-672 de 1999).

45. Por otro lado en España, la Corte Constitucional en el caso C-1436 determinó:

... los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado...”

46. La doctrina tampoco ha sido ajena a dicha discusión, así autores como Ingrid Baquero Ortiz⁷ manifestaron respecto a la aplicación de normas de Libre Competencia en tribunales arbitrales lo siguiente:

“La aplicación de estas normas no puede confiarse a quienes sólo aplican justicia de forma transitoria, sino que debe reservarse a las entidades administrativas y a los jueces entendiendo por tales aquellos que hacen parte de la estructura del Estado de manera permanente”

⁷ ORTIZ BAQUERO, Ingrid “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia” 2008.

47. En ese sentido, como podrá apreciar el TA, la Ley de Competencia de Meinland⁸ establece claramente que, es la Comisión de Libre Competencia de Meinland es la única autoridad competente para determinar, investigar y sancionar las conductas anticompetitivas, en tanto las normas de Libre Competencia, al ser de orden público, se encuentran especialmente reservadas a las autoridades administrativas.
48. Asimismo, el TA podrá apreciar que, en aquellos países donde se permite discutir sobre la aplicación de normas de interés público, ha existido previamente sentencia alguna por parte del máximo órgano judicial donde se cuestiona y se permite dicha conducta.
49. Es así que, de declararse competente el presente tribunal arbitral para discutir sobre temas de orden público, necesariamente el laudo pasará a ser revisado por la vía jurisdiccional, para ser posteriormente declarado nulo en tanto no existe renuncia expresa de la facultad de determinar conductas anticompetitivas por parte de la administración

C. RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE ENTABLAR UNA ACCIÓN DE CLASE

50. ASOMELCO ha reiterado que existe determinada jurisprudencia internacional que acoge las acciones de clase en convenios arbitrales, para ello cita la sentencia STOLT NIELSEN v ANIMALFEEDS INTERNATIONAL CORP y otras.
51. Ahora bien, como podrá apreciar el TA en los TÉRMINOS Y CONDICIONES establecidos en la página web, el contrato ahí establecido no habilita expresamente a realizar o habilitar a una Asociación de Consumidores a poder representar a los contratantes para formalizar una acción de clase.
52. Como primer punto, MEIBEAT así como los 536 conductores involucrados, no entablaron relación de consuma alguna con ASOMELCO, la cual sin representación alguna, estableció el liderazgo de la acción de clase sin previa autorizaciones de los posibles afectados.
53. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que, en los TÉRMINOS Y CONDICIONES establecidos, no se expresa la potestad para acudir a una acción de dicho tipo.
54. Al respecto, la sentencia del caso citado por ASOMELCO, STOLT NIELSEN v ANIMALFEEDS INTERNATIONAL CORP, en una clara defensa a lo establecido en el convenio arbitral dictaminó:

⁸ Artículos 6° y 16° de la Ley de Competencia de Meinland

“De estos principios, se aprecia que una parte no puede ser obligado a involucrarse en una acción de clase de acuerdo a lo establecido por la Federal Arbitration Act a menos que exista un contrato que concluya que la parte así lo dispuso.”

55. Y es que, como se puede apreciar en el análisis realizado por la Corte Suprema, las partes deben **expresamente pactar** la posibilidad de entablar acciones de clase para que estas se desarrollen en el ámbito de una controversia, siendo que ante el silencio expreso no se puede manifestar lo contrario, pues ello iría en contra del principio fundamental del arbitraje de acudir a un TA sin consentimiento expreso.
56. Bajo esa misma línea el TA podrá apreciar que en ninguna parte de los TERMINOS Y CONDICIONES se realiza expresa mención, por lo que de acuerdo a la sentencia citada por ASOMELCO y nuestra parte, solicitamos que proceda bajo la misma línea interpretativa y declare que no existe legitimidad para obrar activa por parte de ASOMELCO en el presente proceso arbitral.

III. RESPECTO A LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

57. Existe un consenso, tanto en la doctrina como en la normativa legal internacional que reconoce que los tribunales arbitrales, incluso cuando no han sido específicamente facultadas por las partes en el convenio arbitral, tienen la potestad de ordenar la revelación de determinados medios probatorios⁹.
58. En el presente caso, ASOMELCO solicitó a la nuestra parte que produzca los siguientes elementos de prueba: i) la metodología del cálculo de la tarifa dinámica, así como ii) el registro de medición de la oferta y demanda del periodo de la concertación de precios.
59. Al respecto queremos hacer referencia que, la admisibilidad y aplicación de los medios probatorios no son ilimitados por parte del TA, sino que, como bien lo establece el artículo 9º del Reglamento de la Prueba IBA, el tribunal podrá, a solicitud de parte y/o oficio excluir cualquier medio probatorio que afecte determinados derechos.

Artículo 9: Admisibilidad y valoración de prueba:

(...)

⁹ *“Incluso cuando las partes de un convenio arbitral no hayan expresamente establecido o autorizado al tribunal arbitral la divulgación de pruebas, virtualmente, todo sistema legal reconoce que la potestad de ordenar la divulgación es un elemento inherente al mandato adjudicado del árbitro”* Traducción nuestra, caso Panepucci v. Hongiman Miller Schwartz & Cohn LLP, 482-485, 2008.

2. El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:

(...)

(e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.

60. Así, como bien se puede apreciar, ante razones de confidencialidad el TA podrá preferir no aplicar la prueba solicitada en tanto esta configuraría una vulneración al secreto comercial.

61. En el presente caso, tanto la a) metodología del cálculo de la tarifa dinámica, como b) el registro de medición de la oferta y la demanda del período de concertación de precios son elementos que, resultan absolutamente confidenciales para el desarrollo de las actividades de MEIBEAT como plataforma.

62. Al respecto, los lineamientos¹⁰ de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa a la Competencia de Perú considera secreto comercial:

“Se considera secreto comercial y secreto industrial a aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad económica de la empresa la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a ella”

63. En esa línea los presentes medios probatorios son y califican como secretos técnicos comerciales, los cuales deben ser considerados confidenciales, en tanto la propagación de las mismas es de suma importancia en el desarrollo de nuestro aplicativo.

64. Y es que, debe tenerse en consideración que en el presente caso mantiene como partes no solo a 537 demandantes, sino que además encontramos que, al tratarse de una acción de clase están presentes distintos demandados los cuales podrían acceder a la información de sus pretensiones y divulgar la información consignada.

65. Sin perjuicio de ello, podremos apreciar que no existe una sanción o castigo expresamente establecido en el REGLAMENTO DE LAS PRUEBAS IBA que accione sobre las personas que divulguen la información clasificada como confidencial, la cual en el presente caso es **indispensable para el desarrollo de nuestras actividades económicas**, siendo de gran valor la misma en el mercado de transporte.

¹⁰ (APROBADOS MEDIANTE RESOLUCIÓN 027-2013/CLC-INDECOPI

66. Por lo antes expuesto solicitamos al TA que excluya los medios probatorios solicitados por el gran riesgo que conllevaría presentar los mismos en un proceso arbitral con tantas partes y donde hay un gran interés económico de por medio.

IV. ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

A. CUESTIÓN PREVIA: SOBRE NUESTRO MODELO DE NEGOCIO Y SU LEGALIDAD

67. El modelo de negocio de Meibeat no puede ser entendido como un servicio de transporte privado tradicional, sino en cambio como una “plataforma” que permite contactar a usuarios con conductores.
68. Meibeat es, de acuerdo a las características que presenta, una plataforma. Desde la perspectiva de la libre competencia, una plataforma es un agente que opera en dos (2) mercados distintos y atiende demandas interdependientes.
69. Debemos precisar que, las plataformas son agentes que se caracterizan por la atención de dos demandas interdependientes que requieren interrelacionarse entre sí para llevar a cabo una operación comercial. Dichas demandas utilizan a la plataforma como medio facilitador para interrelacionarse, de modo que los agentes de unas de ellas actuarán como ofertantes y los otros como demandantes.
70. Cabe señalar que, existen numerosos mercados en los que operan plataformas. Así, por ejemplo, aquellos en los que operan los administradores de tarjetas de crédito, que atienden a los comercios y a los titulares de las tarjetas; los operadores de consolas de videojuegos, que atienden a los programadores y a los usuarios de videojuegos; y a los administradores de sitios web comerciales, que atienden a los vendedores y a los compradores de bienes o servicios por internet.
71. En efecto, considerando que en una plataforma la concurrencia de una demanda está directamente relacionada con la concurrencia de la otra. Es decir, a mayor concurrencia de una demanda mayor concurrencia de la otra, resulta que un agente de una demanda no solo se beneficia de los agentes de la otra demandan que pueda atraer, sino también de aquellos que son atraídos por los otros agentes como él. Esta situación es tomada en cuenta por las plataformas para establecer un conjunto de reglas que distribuyen de manera adecuada los beneficios que cada agente aporta a la interacción, permitiendo que cada agente internalice

los efectos de red indirectos que genera, con la finalidad de incentivar y favorecer la participación de las dos demandas interdependientes.

72. Teniendo ello en cuenta, Meibeat cumple con los tres aspectos que caracterizan a una plataforma.
 - (i) En primer lugar, Meibeat (a través de su aplicación) atiende a dos grupos de clientes que conforman su demanda; de un lado atienden a los conductores que se suscriben a la aplicación de Meibeat; y, de otro lado, atiende a los consumidores que se registran en la referida aplicación para adquirir el servicio que le proporcionará los conductores.
 - (ii) En segundo lugar, ambos grupos de demanda mencionados se encuentran relacionados a través de la existencia de efectos de red indirectos. Los efectos de red indirectos implican que, por un lado, los conductores aumenten su rentabilidad mientras más consumidores se registren y usen la aplicación de Meibeat, y por su parte, los consumidores aumentan sus beneficios mientras más conductores se encuentran registrado en la aplicación.
 - (iii) Por último, Meibeat logra que exista la interacción, al tiempo que la potencia, a través de la internalización de las externalidades existente entre los dos grupos de demanda. Para ello, Meibeat establece un conjunto de reglas cuyo objetivo es lograr que los miembros de cada uno de los dos grupos de la demanda asuman los costos y beneficios que generan en los miembros de los otros de los otros grupos que participan en la interacción.
73. Cabe precisar que, el modelo de negocio de Meibeat se ha creado con el fin de poder generar eficiencias y beneficios a los usuarios y a los conductores. De tal forma, y como cualquier otro modelo de negocio, se busca generar utilidades a partir de ello.
74. En ese sentido, debemos precisar que, la propia naturaleza del modelo de negocio de Meibeat impide que se desarrolle una practica de colusoria en la modalidad de fijación de precios. En efecto, Meibeat no tiene incentivos para actuar en favor de una parte (conductores) u otra de su mercado, ya que cualquier aumento en los precios perjudicaría a los usuarios y afectaría negativamente la demanda, perjudicando así al conjunto de las operaciones de Meibeat. Entonces, en el supuesto de que se perjudique a los consumidores, se verá disminuida la demanda por parte de ello, lo cual se traduciría en menores ingresos a los conductores y a Meibeat

75. Desde esta perspectiva, la propia naturaleza del modelo de negocio de Meibeat explica (y desestima lo alegado por ASOMELCO) que no es sostenible (ni económicamente viable) que se desarrolle una práctica colusoria. De hecho, tan solo con esta explicación se puede desbaratar cualquier teoría sobre una colusión para la fijación de precios. Sin perjuicio de ello, de aquí en adelante expondremos nuestros argumentos que contradicen lo alegado por parte de ASOMELCO en todos sus extremos.

B. NO EXISTE UN GRUPO DE WHATSAPP. SOLO EXISTE UNA IMAGEN, QUE ES FALSA.

76. Ante de entrar a exponer nuestros argumentos de fondo sobre este proceso arbitral, consideramos necesario pronunciarnos sobre la veracidad de la única prueba que ha sido presentada por ASOMELCO (y sobre la cual ha sustentado toda su teoría sobre una colusión para la fijación de los precios). En efecto, **ASOMELCO ha ofrecido como único medio probatorio una foto**, para sustentar supuestos acuerdos colusorios verticales (entre Meibeat y una “asociación de conductores”) y un acuerdo colusorio horizontal (entre los conductores) para subir los precios de la Tarifa Dinámica (en adelante, “TD”).

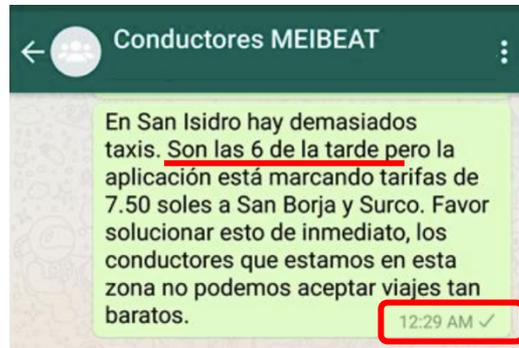
77. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, ASOMELCO intenta confundir al TA mencionando que existiría un grupo de Whatsapp, en donde se habrían coordinado todos los acuerdos para subir los precios en la TD. Sin embargo, lo único que ha presentado ASOMELCO, como prueba, **es una imagen**.

78. Aún peor, no ha demostrado ni ha aportado elementos de prueba que acredite (i) la existencia del supuesto grupo de Whatsapp; (ii) todas las conversaciones que habrían sido proporcionadas por el ex – conductor; y, sobre todo, (iii) la lista de todos los miembros que habrían formado parte del supuesto grupo de Whastapp.

79. En ese sentido, a partir del único medio probatorio aportado por ASOMELCO, solo podemos hablar de una simple foto que fue aportada por un ex – conductor (que, incluso, su identidad es desconocida por parte de Meibeat y los conductores). Con lo cual, de aquí en adelante, solo hablaremos de una imagen que supuestamente probaría un acuerdo vertical y un acuerdo horizontal en los precios de la TD, de acuerdo al escrito de demanda de ASOMELCO.

80. En esa línea, dicha imagen es **falsa** (y, por ende, no debería ser considerada como un medio probatorio válido por el TA), debido a las siguientes razones:

- (i) **No** existe coherencia entre la hora en la que se envió el mensaje y la hora que la aplicación de WhatsApp ha registrado como enviado. En efecto, según la foto, el mensaje habría sido enviado a la 6 pm., sin embargo, la aplicación de WhatsApp registró como enviado a las 12:29 am.



- (ii) La propia foto devela su falsedad, debido a que el límite en la cantidad de integrantes en un grupo de WhatsApp supera la cantidad de conductores (536) y los representantes que habrían estado en dicho grupo. Efectivamente, el nombre del supuesto grupo es “conductores de MEIBEAT”, por ende, deberían estar todos los conductores y los representantes de Meibeat (a fin de que puedan realizar los supuestos acuerdos de acuerdo a lo manifestado por ASOMELCO). Sin embargo, el máximo número de integrantes que pueden formar parte de un grupo de WhatsApp es 256.

Entonces, si todos los conductores formaban parte del supuesto grupo, ¿cómo formaron parte los 536 conductores y los representantes de Meibeat? Lamentablemente, ASOMELCO no se ha pronunciado al respecto ya que de hacerlo no habría ningún elemento de prueba que pueda sustentar su demanda.

- (iii) No existe certeza (ni se ha demostrado) que la información contenida en la imagen haya sido recibida por un representante de Meibeat (a fin de que, se suban los precios de la TD). Es más, ASOLMELCO no ha acreditado que los representantes de Meibeat hayan formado del supuestos grupo.

81. Teniendo ello en cuenta podemos concluir que, no existe certeza sobre la validez dicha prueba, ya que (i) no se menciona ni se especifica el nombre de la persona que brindó dicho medio probatorio (a fin de que Meibeat pueda validar que la referida persona estuvo suscrito a nuestra aplicación), (ii) la información que provee dicha prueba no es coherente (debido a que la hora en que, realmente, fue enviado el mensaje -6 pm.- es diferente a la hora que registra la aplicación de Whastapp -12:29 am.), (iii) no se puede verificar si la

información del mensaje fue recepcionado por todos los integrantes del grupo o por un representante de Meibeat, y (iv) la cantidad de conductores (536) que habrían acordado la subida de precios no pueden ser incluidos en un grupo de Wahatsapp, de acuerdo al límite de integrantes que se pueden registrar en este tipo de grupos de Whastapp.

82. Todos estos argumentos demuestran una sola cosa: la falsedad de dicho medio probatorio aportado por un ex – conductor desconocido. En atención a ello, solicitamos que el TA determine la falsedad de dicha prueba brindada por ASOLMELCO para sustentar su posición en su demanda.

C. NO EXISTE (NI SE HA PROBADO) UN ACUERDO VERTICAL ENTRE UNA “ASOCIACIÓN DE CONDUCTORES” Y MEIBEAT

i. Marco conceptual de un acuerdo colusorio vertical, de acuerdo a la Ley de Competencia

83. Las restricciones verticales se definen como aquellos acuerdos o convenios entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción, que restringen las condiciones bajo las cuales los contratantes pueden comprar, vender o revender un bien o servicio.

84. En el ámbito de la Unión Europea, los acuerdos verticales han sido definidos en las Directrices referidas a las Restricciones Verticales¹¹ como:

“Los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”. (Subrayado agregado).

85. De esta forma, La Ley de Competencia ha establecido lo siguiente respecto a un acuerdo colusorio vertical:

Artículo 4.-

(...)

*2. Prohibición de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, **que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.** Éstos podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales a) a k) anteriores.* (Subrayado y énfasis agregados).

¹¹ Directrices sobre Restricciones Verticales (2000/C 291/01), disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:291:0001:0044:ES:PDF>

86. Debemos precisar que, dicho numeral es la única disposición (en toda la Ley de Competencia) que hace referencia sobre un acuerdo colusorio vertical. De esta forma, a partir del numeral en cuestión podemos determinar que los requisitos para determinar que una conducta infringe la Ley de Competencia, en este extremo, son: (i) que exista un acuerdo, decisión, recomendación o práctica concertada realizada por empresas que operan en planos distintos de una cadena de producción, distribución o comercialización, y (ii) que dichos acuerdos tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Sobre el segundo requisito (de la lista anterior), debemos precisar que, jurisprudencialmente ha sido entendido de la siguiente forma:

“En este sentido, se considera que una práctica colusoria vertical tendrá un “objeto” restrictivo cuando de las condiciones y términos del acuerdo se desprenda de manera objetiva que su finalidad o propósito es afectar de manera directa el proceso competitivo en el mercado. La referencia al “objeto” no debe ser entendida como la intención o la finalidad subjetiva de las partes al momento de celebrar el acuerdo, sino como la finalidad y propósito objetivo que se desprende del mismo acuerdo en un contexto económico determinado en el que será aplicado. En la Unión Europea, se ha considerado que las restricciones verticales que tienen un “objeto” restrictivo son: la fijación mínima de un precio de reventa; las cláusulas de asignación de clientela (salvo algunas excepciones); y la imposición de prohibiciones de exportación (cuando la finalidad es la integración de mercados). De otro lado, las prácticas verticales que tienen un “efecto” restrictivo son aquellas que si bien no tienen una finalidad o propósito anticompetitivo (en los términos descritos en el párrafo precedente), sin embargo, como consecuencia del acuerdo de las partes y el contexto concurrente, producen un perjuicio al proceso competitivo¹²”. (Subrayado agregado).

De esta forma, las prácticas verticales que tienen un “efecto” restrictivo son aquellas que, si bien no tienen una finalidad o propósito anticompetitivo, sin embargo, como consecuencia del acuerdo de las partes y el contexto concurrente, producen un perjuicio al proceso competitivo¹³.

87. En ese sentido, en la jurisprudencia internacional, los acuerdos colusorios verticales no son considerados como conductas *per se* sancionables por la Ley de Competencia. Por el

¹² Véase: Resolución No. 0068-2009/SC1-INDECOPI.

¹³ Véase: GALÁN CORONA, Eduardo. Capítulo 4. Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general. En: Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España. Editor José María Beneyto Pérez. Editorial BOSCH, primera edición, Barcelona, 2005, pág. 195

contrario, éstas se encuentran sujetas a lo que la Ley de Competencia denomina **prohibiciones relativas**.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 3 de la referida norma, en los casos de prohibiciones relativas *“para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”* (el subrayado es nuestro).

88. Cabe señalar que, las restricciones verticales pueden generar eficiencias en beneficio de los consumidores. En efecto, pueden promover la eficiencia generando beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de provisión, calidad o precios¹⁴. Por ello, en principio las restricciones verticales son lícitas. No obstante, cuando estas conductas involucran al menos a una empresa que goza de posición de dominio en el mercado, sus efectos sobre la eficiencia pueden ser negativos, en la medida en que afecten la capacidad de las empresas rivales, actuales o potenciales, de competir en el mercado. Por ende, la realización de este tipo de prácticas por parte de empresas que gozan de posición de dominio en el mercado, debe ser analizada por la autoridad competente haciendo un balance entre los beneficios y perjuicios resultantes¹⁵.
89. La lógica de someter las conductas de acuerdos colusorios verticales a una prohibición de carácter relativo es bastante simple: **no todas estas conductas son susceptibles de generar efectos anticompetitivos**. Por el contrario muchas de éstas son beneficiosas para el mercado y no son más que el reflejo de una competencia vigorosa.

En efecto, lo que se busca no es limitar la posibilidad de que las empresas puedan implementar estrategias de mercado agresivas y reaccionar ante la oferta de sus competidores. Si bien algunas conductas pueden generar un daño concurrencial a un competidor particular (disminución de su participación, por ejemplo), ello no será más que el resultado natural del proceso competitivo que, en última instancia, favorece a los consumidores.

¹⁴ Así, por ejemplo, la escuela de Chicago ha destacado la importancia de las eficiencias que podrán generarse del establecimiento de restricciones verticales. De hecho esta escuela considera que las restricciones verticales raramente serían anticompetitivas y que muy pocas circunstancias generarían ineficiencias. Véase: ROSs, Stephan. Principles of Antitrust Law. The Foundation Press. 1993, pp. 224-225.

¹⁵ Véase: COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado. Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 2009, pp. 251.

90. Asimismo, la jurisprudencia ha determinado que la declaración de ilegalidad de una práctica colusoria vertical requiere la generación – real o potencial – de un efecto exclusorio en los competidores ubicados en el mercado afectado; para lo cual se requiere que al menos una de las dos partes involucradas tenga posición de dominio¹⁶.
91. En el ámbito de la Comunidad Europea¹⁷, por ejemplo, las restricciones verticales plantearán problemas de competencia si las empresas investigadas cuentan con poder de mercado. Al respecto, las Directrices relativas a las restricciones verticales señalan lo siguiente:

“(119) Al evaluar las restricciones verticales desde el punto de vista de la política de competencia, cabe formular un cierto número de normas generales: 1) La mayoría de las restricciones verticales sólo pueden plantear problemas si la competencia intermarca resulta insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor, del comprador o de ambos. Desde un punto de vista conceptual, el poder de mercado puede definirse como la facultad de subir los precios por encima del nivel competitivo y, al menos a corto plazo, de obtener beneficios por encima de lo normal. Es posible que las empresas tengan un poder de mercado inferior al nivel de posición dominante en el mismo, que es el umbral para que se aplique el artículo 82. Cuando hay muchas empresas compitiendo en un mercado no concentrado, se puede suponer que las restricciones verticales no especialmente graves no tendrán unos efectos negativos notables. Se considera que un mercado no está concentrado si el índice HHI, es decir, la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado individuales de todas las empresas, es inferior a 1000”.
(...) (Subrayado y resaltado añadidos)¹⁸

92. Teniendo ello en cuenta, para verificar que una determinada conducta constituye una infracción al numeral 2 del artículo 4 de la Ley, es importante que la autoridad competente deba determinar que:

- Que uno de los agentes que habría participado en el dicho acuerdo ostentaba de posición de dominio.
- Que existió un acuerdo para fijar precios en la Tarifa Dinámica.
- Que la conducta produjo o pudo producir efectos anticompetitivos.

¹⁶ ROSS, Stephen F. “Principles of Antitrust Law”. New York: The Foundation Press Inc. 1993. pp. 224.

¹⁷ Al respecto, ver: numeral (1) sobre el objetivo de las Directrices relativas a las restricciones verticales, expedidas por la Comisión Europea (Diario Oficial n° C 291 de 13/10/2000), en el cual se hace referencia a la evaluación de los acuerdos verticales con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma.

¹⁸ Veáse: Resolución No. 005-2008-INDECOPI/CLC

ii. ASOMELCO no ha probado que Meibeat o la supuesta “asociación de conductores” tienen posición de dominio

93. En su escrito de demanda ASOMELCO no ha aportado ningún análisis económico que permita acreditar que Meibeat o los conductores posean posición de dominio en sus mercados. A pesar de que tenía la obligación de acreditar dicho requisito, lamentablemente no lo ha hecho.

94. Aún peor, ha inventado que una “asociación de conductores” habría sido parte del referido acuerdo. Sin embargo, dicha asociación no existe en la realidad. Este hecho explicaría la imposibilidad, por parte de ASOLMELCO, para determinar que dicha asociación tendría posición de dominio en su mercado.

95. En atención a ello, ASOMELCO no ha podido determinar que una de las partes que habría desarrollado el acuerdo colusorio haya tenido posición de dominio en sus mercados. Por ende, este análisis debería quedar en este punto, sin embargo, continuaremos analizando cada uno de los requisitos antes señalados, a fin de que quede descartado, totalmente, lo alegado por ASOMELCO sobre este extremo de su demanda.

iii. ASOMELCO no ha acreditado que existió un acuerdo colusorio vertical para fijar precios en la TD

96. A efectos de la presente sección nos centraremos específicamente en el requisito más importante para la configuración de la supuesta conducta ilícita y que, lamentablemente, no ha sido probada ni acreditada por ASOMELCO: el requisito de la existencia de un acuerdo colusorio vertical.

97. En efecto, de acuerdo al escrito de demanda de ASOMELCO, se habría desarrollado un acuerdo colusorio vertical entre una “asociación de conductores” y Meibeat. Debemos tener en cuenta que, para poder hablar de un acuerdo colusorio, primero se debe determinar la existencia e identificar las partes que adoptaron dicho acuerdo. Sin embargo, ASOMELCO en ningún extremo de su escrito ha demostrado que existe (o existió) una “asociación de conductores”. Por lo tanto, no se puede acreditar la existencia de un acuerdo, si no se ha comprobado la existencia de una las partes.

Lamentablemente, el escrito de demanda de ASOMELCO no ha acreditado la existencia de una supuesta “asociación de conductores”.

iv. ASOMELCO no ha acreditado la afectación a la competencia que habría ocasionado nuestra presunta conducta ilícita

98. Nos encontramos ante una prohibición relativa, por tanto, el autoridad competente sólo podrá declarar la existencia de una infracción a la Ley si determina que hubo una afectación a la competencia y a los consumidores. Para ello, ASOMELCO se encontraba en la obligación de proporcionar la información que acredite que el supuesto acuerdo colusorio vertical habría producido perjuicios en el mercado.

99. A pesar de ello, ASOLMELCO **no ha demostrado** (ni ha se señalado) los perjuicios al mercado y a los consumidores que se habría generado a partir de las supuestas conductas ilícitas desarrolladas por Meibeat y una "asociación de conductores".

100. Efectivamente, en el escrito de demanda de ASOMELCO no ha efectuado y desarrollado un análisis de los efectos que habría generado la supuesta conducta ilícita. Siendo que en este proceso arbitral quien nos demanda y alega que habríamos desarrollado determinadas conductas anticompetitivos es ASOMELCO, la carga de la prueba de este aspecto recaer precisamente en ella. Es decir, ASOMELCO debió acreditar (y aportar pruebas) los hechos que alega en su demanda.

101. Sobre el particular es importante resaltar que Meibeat y los conductores negamos cualquier supuesto daño a los consumidores como consecuencia de la conducta imputada como ilícita. Por el contrario, el modelo de negocio de Meibeat ha permitido generar una serie de eficiencias trasladadas directamente a los consumidores a través de menores precios y mejores servicios.

v. Conclusión: ¿Puede hablarse de un supuesto de acuerdo colusorio vertical?

102. Como hemos podido apreciar, en el presente caso los propios hechos del caso muestran que no se cumplen con los requisitos para que los supuestos hechos ilícitos sena considerados como anticompetitivos, de acuerdo a la Ley. En efecto, no resulta posible hablar de una conducta colusoria vertical si ha quedado acreditado que:

- (a) Ninguna de las partes (que habrían desarrollado un acuerdo colusorio vertical) tuvo posición de dominio.
- (b) Hubo un acuerdo colusorio vertical; y,
- (c) Se ha generado perjuicios en contra de la competencia y de los consumidores.

103. Debemos precisar que, ASOMELCO alegó que se habrían desarrollado dos conductas ilícitas: (i) un acuerdo vertical (entre Meibeat y una asociación de conductores), y (ii) acuerdo colusorio horizontal entre todos los conductores de Meibeat. En etación a ello, y al haber desacreditado lo alegado por ASOMELCO sobre el primer acuerdo, de aquí en adelante solo discutiremos (y desacreditaremos) el supuesto acuerdo colusorio horizontal desarrollado solo entre los conductores de Meibeat.

D. NO EXISTE UN ACUERDO COLUSORIO HORIZONTAL ENTRE LOS CONDUCTORES DE MEIBEAT

i. Marco conceptual de un acuerdo colusorio horizontal intramarca, de acuerdo a la Ley de Competencia

104. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en el artículo 4 de la Ley de Competencia.

105. Las prácticas colusorias horizontales son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores¹⁹.

106. Dicha práctica, la cual consistió en fijar de forma concertada los precios de su servicio durante el 2017, se encuentra tipificada como una infracción en el numeral 4.1 del artículo 4 de la Ley de Competencia, la cual establece literalmente lo siguiente:

Artículo 4

Convenios o acuerdos restrictivos

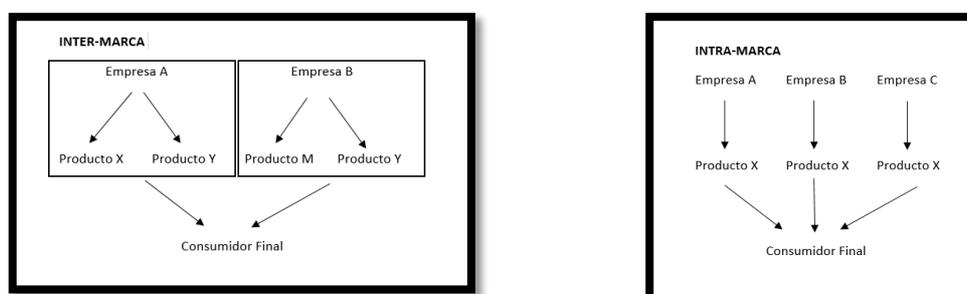
1. Prohibición de los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por empresas competidoras que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

*a) **La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.***

107. En esa línea, a fin de poder verificar que dicha conducta representa una infracción a la Ley de Competencia, hemos de señalar previamente que el artículo 3° de la norma citada contempla dos tipos de prohibiciones: absolutas o relativas.

¹⁹ Ver: Resolución No. 100-2017/CLC-INDECOPI

108. En ese sentido, y conforme al numeral 4.1 de la Ley de Competencia, el acuerdo colusorio para fijar los precios se encuentra prohibido bajo de la Ley de Competencia. De esta forma, para que constituya una infracción a la Ley bastará que la autoridad competente, en este caso el TA, determine la existencia del acuerdo colusorio, sin la necesidad de determinar la existencia real o potencial de sus efectos negativos generados al mercado.
109. Al respecto, cabe observar que, se han utilizado la diferencia entre las restricciones a la competencia inter e intra marca para determinar si un acuerdo debe ser analizado bajo la perspectiva de la prohibición absoluta o si, por el contrario, debe someterse a una prohibición relativa. Esta diferenciación permite que tanto la razonabilidad como el impacto de la conducta investigada sean adecuadamente evaluados.
110. Cabe precisar que, el artículo 4.3 de la Ley, establece que las prácticas colusorias entre empresas competidoras se encuentran sujetas a prohibición absoluta siempre que se trate de una práctica “inter marca”.
111. Para el presente caso es fundamental hacer esta distinción ya que permitirá definir el procedimiento para determinar si la conducta alegada como ilícita por parte de ASOMELCO se encuentra sujeto a una prohibición absoluta o relativa.
112. En ese sentido, ASOMELCO ha alegado que nos encontraríamos ante una conducta ilícita sujeta a una prohibición relativa. Sin embargo, debemos precisar que coincidimos con dicho extremo de su alegato, pero no compartimos los argumentos expuestos para llegar a dicha conclusión.
113. En el siguiente gráfico, se puede apreciar de manera más detallada cómo es la estructura de una competencia *inter marca* e *intra marca*:



114. En ese sentido, en una competencia intra-marca la competencia se produce entre agentes que proveen el mismo producto o servicio. De tal forma que, “la competencia ‘intra-marca’

es la competencia entre minoristas o distribuidores de la misma marca. La competencia intra-marcas puede realizarse en términos de precio u otros elementos. Por ejemplo, un par de Jeans Levis se pueden vender a menor precio en un almacén especializado o de descuento que en un almacén por departamentos, pero sin el servicio que ofrece este último²⁰.

115. En el presente caso, nos encontramos ante una competencia intramarca debido a que: (i) los conductores se encuentran sujetos a los estándares de calidad y las disposiciones que ordena Meibeat (que está en otro nivel de la cadena), (ii) los conductores se encargan de proveer el mismo un servicio de la marca Meibeat, (iii) no hay una competencia agresiva por conseguir una identidad en el mercado por parte de los conductores, y (iv) existe una “apariencia” de los conductores con la marca Meibeat, y no una marca independiente de ellos (los consumidores consumen Meibeat por los estándares y su calidad)
116. Asimismo, debemos tener en cuenta que los consumidores usan el servicio de Meibeat debido a los estándares de calidad que se encuentran obligados a proveer los conductores. En ese sentido, el consumidor consume dicho servicio pensando en la marca de Meibeat.
117. De tal forma, debemos tomar en cuenta cómo está formado el mercado en el presente caso. Existe Meibeat (aguas arriba) que impone determinadas estándares y obligaciones que cumplir a los conductores (aguas abajo) para que puedan operar en el mercado. Además, existe una apariencia por parte de los consumidores en que lo que están consumiendo es Meibeat. En ese sentido, la competencia se da en el “mercado de abajo” entre los consumidores que solo se limitan a competir entre ellos para conseguir mayores puntajes en su calificación, pero que, sin embargo, dichos puntajes son establecidos por la Meibeat.

Por lo tanto, nos encontramos bajo una competencia intramarca.

ii. Meibeat solo sugiere precios a los conductores (teoría del anclaje)

118. Antes de entrar a analizar el fondo de este extremo de la demanda de ASOMELCO. Es necesario determinar que: Meibeat solo sugiere un precio, de acuerdo al tarifario que posee. No obstante, el conductor como el usuario tienen la plena capacidad y libertad de re-negociar el precio final por el servicio.

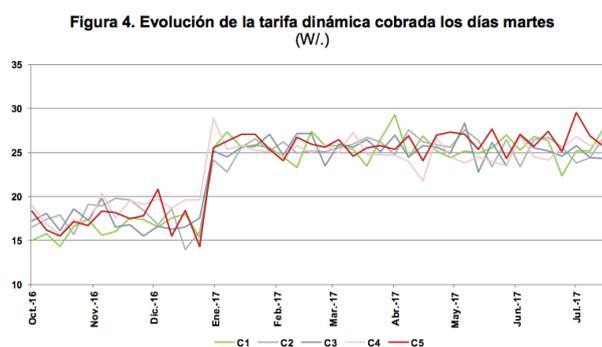
²⁰ Falla, Alejandro y Bullard, Alfredo. ¡Prohibido prohibir!: El fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el derecho de la competencia. En: http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2011/12/2002af_prohibidoprohibir.pdf

119. Efectivamente, la tarifa por el servicio de transporte en vehículos particulares es determinada por la aplicación según un tarifario, que se rige en función a tres variables: estimación del tiempo de viaje, distancia hacia el lugar de destino y tipo de servicio.
120. De esta forma, existe una serie de variables que se aplican para calcular el precio y varían el precio final. Así por ejemplo, el precio puede aumentar si la duración del viaje es superior a la estimada. Asimismo, cuando la demanda de viajes supera la oferta de autos disponibles, la aplicación incrementa la tarifa habitual a fin de incentivar a los conductores a atender a una determinada zona.
121. Como bien se sabe, la tarifa se determinará antes de que el usuario inicie su viaje –si consignó el destino de manera previa- o una vez finalizado el viaje –si consignó el destino de manera posterior-. En el primer caso, el conductor podrá agregar en la aplicación aquellas circunstancias que incrementen el tiempo o distancia inicialmente previsto. No obstante, los usuarios tienen la potestad de solicitar al conductor una tarifa menor, la que podrá ser aceptada o rechazada por este último.
122. Dicho hecho permite concluir que: no existe ningún argumento lógico ni económico que permita justificar el desarrollo de un acuerdo colusorio (a fin de subir los precios de las tarifas) si se le da la posibilidad al conductor y al usuario variar el precio calculado por la aplicación (incluso si la nueva tarifa puede ser menor a la calculada por la aplicación). Lo cual, como veremos más adelante, se tradujo en una variabilidad (no muy alta) de los precios cobrados por los conductores a los usuarios en la TH como en la TD.
123. En esa línea, cabe precisar que, en la determinación del precio final debemos tomar en cuenta una variable adicional: el efecto ancla o efecto anclaje. Dicha variable es entendida como una tendencia psicológica que nos hace tomar como referencia (quedarnos anclados) con la primera oferta (primer dato -que en este caso sería con el precio calculado-) que nos han dado. El efecto ancla afecta en muchos escenarios relacionados con la economía: al negociar una venta o una subasta, al hablar de condiciones salariales, a la hora de hacer la compra. Dicha variable, claramente, ha repercutido sobre la determinación del precio final en los conductores, lo cual se ha traducido que en determinados casos el precio se mantenga o no se varíe mucho, respecto al precio calculado por la aplicación.

Debido a ello, y tal como se ha precisado en el anterior párrafo, la variabilidad de los precios cobrados no son muy altas en la TH como en la TH.

iii. Sobre el acuerdo colusorio para subir la TD

124. ASOMELCO ha alegado los conductores habrían desarrollado un acuerdo colusorio horizontal con la finalidad de elevar los precios en la TD.
125. Sin embargo, debemos precisar que, los precios cobrados por los taxistas son distintos en dicha tarifa. En efecto, no existe un paralelismo de precios en la TD. Este hecho ha sido comprobado por el Peritaje Económico (en adelante, el “Peritaje”), lo cual nos permite concluir que no existió una manipulación para que los precios en este caso sean iguales.



En el caso de que aceptemos la teoría de colusión de ASOMELCO. Debemos preguntarnos, si se acordaron los precios, ¿por qué un determinado conductor podría cobrar más que otro tipo de conductor? En su escrito, lamentablemente, no responden a dicha interrogante.

Este hecho comprueba que no se habría acordado los precios, sino que existió una variedad en los precios, debido a la libertad y capacidad de los consumidores de negociar con el consumidor final sobre el precio del servicio.

126. A efectos de desvirtuar la hipótesis de colusión de ASOMELCO, como **Anexo 1-A** presentamos un Informe Económico (en adelante, el “Informe”) que analiza la data económica proporcionada por parte de ASOMELCO. Nos remitimos a las conclusiones determinadas en dicho Informe.
127. Por último, y a partir de que nos encontramos ante una prohibición relativa, ASOMELCO no ha probado los efectos o perjuicios negativos que habría generado las conductas alegadas como ilícitas por parte de ASOMELCO.
128. En ningún extremo de su demanda se ha expuesto los perjuicios que se habría generado a partir de la supuesta conducta anticompetitiva que habrían desarrollado los conductores.

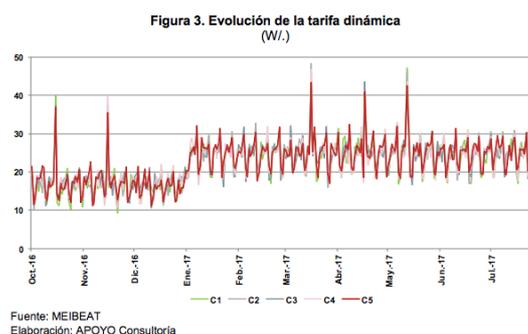
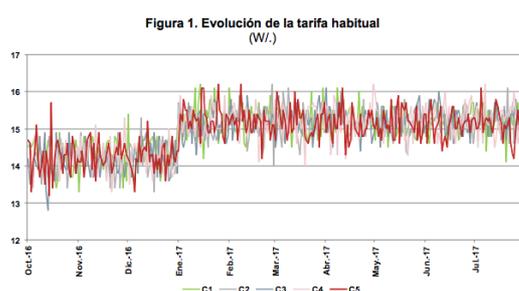
Sin perjuicio de ello, y al haber acreditado que no se ha desarrollado ninguna conducta ilícita por parte de los conductores, a continuación, expondremos los beneficios y eficiencias que ha generado el modelo de negocio de Meibeat en el mercado de Meiland:

- Seguridad y calidad del servicio ofrecido a los consumidores.
- Efectividad y facilidad para poder usar el servicio de Meibeat.
- Facilidades de pago (efectivo y medios de pagos electrónicos) para usar el servicio de Meibeat.
- Beneficios e incentivos para los conductores.
- Sistema de quejas y reclamos para los consumidores.
- Diversificación del servicio de Meibeat (MEIBEAT POOL, MEIBEAT VAN y MEIBEAT PLATINUM).

iv. Explicación sobre los quiebres estructurales en la TH y la TD

129. A pesar de que ASOMELCO no alegó nada respecto de los quiebres estructurales ocurridos en la TH y TD en diciembre de 2016 y enero de 2017, consideramos pertinente pronunciarnos al respecto y explicar realmente lo que sucedió, a fin de que quede descartado cualquier hipótesis de colusión por parte de los conductores.

130. En nuestro Informe, como en el Peritaje, se ha determinado que existió quiebres estructurales en la TH como en la TD.

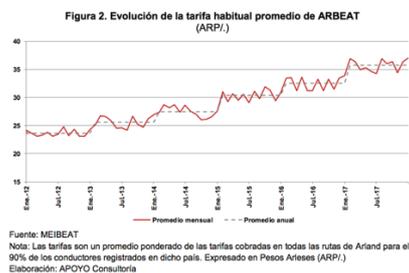


131. En efecto, a partir de los dos (2) gráficos anteriores se puede observar claramente que existieron dos (2) quiebres en la evolución de los precios. Sin embargo, dichos hechos tienen una justificación. Nos explicamos.

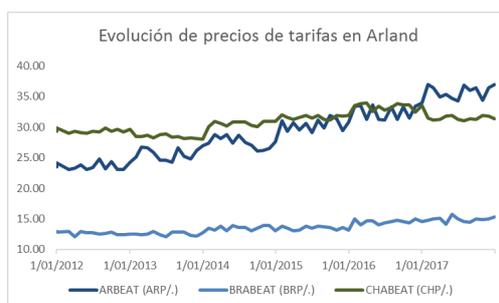
132. Este incremento tiene un en las guías comerciales internacionales a las que se debe ceñir MEIBEAT. De acuerdo a dichos lineamientos, la casa matriz de Meibeat recomienda introducir revisiones tarifarias con periodicidad anual que recojan las expectativas de demanda nacional, se incorporen ajustes por inflación y se sinceren los costos de administración de la operación local.
133. Como cualquier otra empresa, y de acuerdo a nuestras guías, evaluamos y analizamos las tarifas que cobran a los consumidores. En ese sentido, ningún negocio ha sido creado para poder soportar pérdidas o subsidiar a los consumidores, ante cualquier evento ajeno que pueda afectar el cálculo de las tarifas.
134. Teniendo ello en cuenta, Meibeat de forma unilateral decidió evaluar el tarifario que tenían, y consideró que no era sostenible para que nuestra empresa siga funcionando en el mercado de Meiland. En atención a ello, decidió elevar los precios de las tarifas, a fin de que se puedan traducir en mayores utilidades y nuestra empresa pueda seguir operando en el mercado.
135. Cabe precisar que, es cierto que semestralmente mantenemos reuniones con los conductores que se encuentran suscritos en nuestra aplicación, con el objetivo de poder recibir quejas o sugerencias sobre nuestra empresa y el servicio que se brinda a los consumidores. En diciembre de 2016, nos reunimos con los conductores quienes manifestaron quejas respecto a las tarifas que podrían cobrar a los consumidores, lo cual se traduciría en pérdidas o ganancias mínimas, en comparación de los gastos que incurrían para poder proveer un servicio de calidad, de acuerdo a los estándares que Meibeat les exige para mantenerse en la aplicación.
136. A partir de ello, y las pérdidas que estaba sufriendo nuestra empresa, de forma interna nuestros asesores evaluaron la posibilidad de poder recalcular los tarifarios, a fin de que estos podrían calcular una tarifa que realmente represente el tipo y la calidad de servicio que los conductores proveen a los consumidores.
137. En esa misma línea, debemos mencionar que nuestra política para revisar los tarifarios anualmente se desarrolla en todos los países en los cuales tenemos presencia. A modo de ejemplo, presentamos información de tres (3) sucursales internacionales -Arland, Braland y Chaland²¹- en donde se han introducido revisiones periódicas para poder recalcular los tarifarios. En el caso de ARBEAT podemos mostrar que las tarifas han subido de forma

²¹ La casa matriz de MEIBEAT opera en tres países (Arland, Braland y Chaland), desde hace más de cinco años: En cada uno de estos opera bajo los nombres comerciales ARBEAT, BRABEAT Y CHABEAT, respectivamente

paulatina, como también han disminuido, de acuerdo a las circunstancias que habría surgido en el referido país.



En esa línea, a continuación, podemos observar un gráfico que contiene la evolución de los tarifarios que se han dado en las sucursales de ARBEAT, BRABEAT Y CHABEAT. De tal forma, queda evidenciado que de forma continua se van variando las tarifas cobradas por parte de la aplicación.



Estos resultados se dan debido a que el aplicativo considera variables macroeconómicas al momento de hacer el cálculo de las tarifas. Variables como crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB), tasas de inflación y tasas de política monetaria afectan el desarrollo de las tarifas para que estas puedan adecuarse de mejor manera al contexto del país y se mantengan competitivas a la vista de los consumidores y que sigan siendo atractivas para los proveedores. Es decir, este cambio de precios busca que ambas partes del mercado de dos lados obtengan beneficios del aplicativo (propio de un modelo de negocio de dos lados: plataforma).

138. En ese sentido, podemos concluir que, si bien es cierto que hubo quiebres estructurales en los precios de la TD como TH, dichos quiebres tienen una explicación simple: sincerar las tarifas. En efecto, es normal que las empresas hagan análisis de forma periódica para determinar si realmente lo que están gastando (incluyendo las ganancias) se traducen en lo que se está cobrando por el servicio que se provee al usuario.

139. Esta evaluación tiene mucha mayor importancia, debido a que el modelo de negocio que tiene Meibeat, le exige continuamente que ambas demandad (conductores y usuarios) estén conformes con las tarifas que se cobran y pagan. Pongamos un ejemplo para graficar un escenario en donde se privilegie a una de las demandas: en caso de Meibeat decida elevar los precios, sin ninguna justificación, esta situación se traducirá en que los usuarios se vean afectados y decidan dejar de usar el servicio de Meibeat. Lo cual generará que tanto Meibeat como los conductores tengan menos usuarios y ganancias.

En atención a ello, y al haber acreditado que las conductas alegadas por ASOMELCO no son ilícitas, solicitamos al Tribunal que **desestime la pretensión de indemnación** por daños y perjuicios en favor de ASOMELCO.

POR TANTO:

Solicitamos al Tribunal declarar, por los motivos antes expuestos, improcedente la demanda o, en su defecto, infundada.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos los siguientes anexos:

1. Copia del Informe Económico. **(Anexo 1-A)**

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, solicitamos declarar **improcedente por falsedad** el siguiente medio probatorio ofrecido por ASOMELCO en su demanda:

1. Una imagen, ofrecida como medio probatorio para poder sustentar su posición los acuerdos (vertical y horizontal) presuntamente desarrollados por parte de Meibeat, una asociación de conductores y los conductores. Los fundamentos de nuestro pedido son los siguientes:
2. Como es de pleno conocimiento del TA, las partes estamos protegidos por el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho complejo que abarca un cúmulo de otros tantos como el derecho a probar. En virtud de éste, todo sujeto que participa en un proceso (judicial o arbitral, por ejemplo) como parte tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar el convencimiento del Juez sobre los **hechos** que son objeto de prueba²².
3. Sin embargo, no todos los hechos que las partes de un proceso relatan como parte de sus alegatos, están amparados por este derecho. Existen ciertos principios que delimitan el

²² BUSTAMANTE, Reynaldo. *El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*. Lima: Ara Editores, 2001, pp. 99.

contenido y ejercicio de la actividad probatoria y sirven como un filtro que evita que sean admitidos a trámite los medios probatorios que pretendan probar hechos que deben quedar fuera del conocimiento del Tribunal.

4. Sin perjuicio de que la citada prueba no acredita en modo alguno lo alegado por ASOMELCO, se apreciará que dicha prueba es FALSA. Para ello nos remitimos a los argumentos expuestos en los párrafos 26-32 del presente escrito.
5. Por lo anterior, solicitamos al TA declarar, en su oportunidad debida, improcedente el medio probatorio aportado por ASOMELCO por ser falso.

Meiland, 9 de julio de 2018