

Universidad de Lima  
Escuela de Posgrado  
Maestría en Derecho Empresarial



# **LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ**

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en  
Derecho Empresarial

**Carmen Zegarra Arce**  
**Código 20051284**

Lima – Perú  
Marzo de 2016



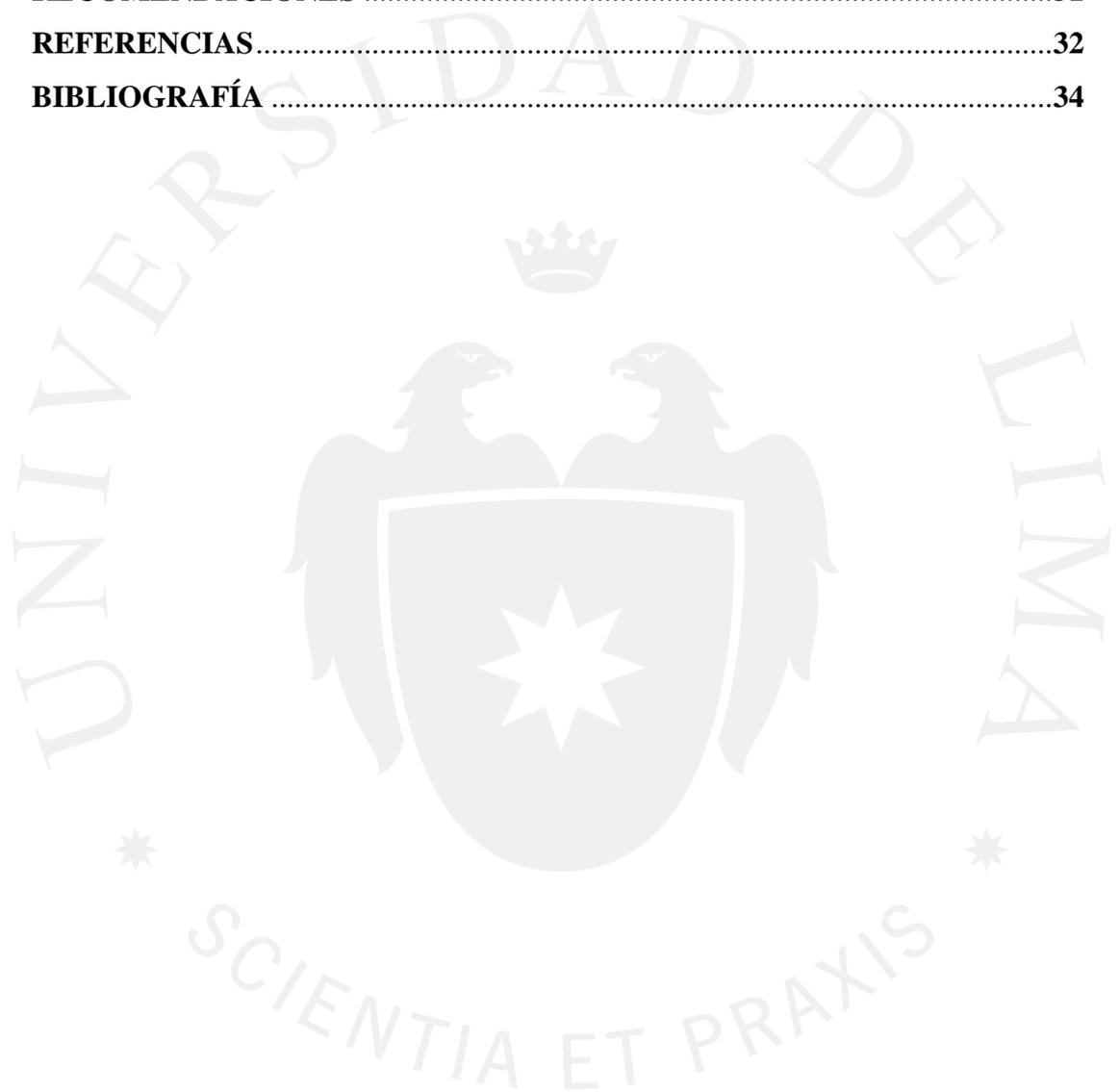


**LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN  
MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN EL  
PERÚ**

# TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES ENTORNO A LA EVOLUCION Y DESARROLLO DEL CONCEPTO JURÍDICO DE LIBRE COMPETENCIA</b> .....	3
1.1 La naturaleza y justificación de la competencia .....	3
<b>CAPÍTULO II: FORMAS DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA. EL MARCO GENERAL DE PROTECCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO</b> .....	5
2.1 De la protección a la libre competencia: Aspectos generales .....	6
2.2 Protección de la libre competencia limitada al derecho administrativo sancionador .....	6
2.3 Protección de la libre competencia limitada al derecho penal .....	7
2.4 Protección conjunta de la libre competencia .....	7
2.5 La protección administrativa de la libre competencia en el Perú: La Ley de Represión de Condustras Anticompetitivas .....	8
2.5.1 De los tipos de conductas anticompetitivas que recoge el Derecho Legislativo N° 1034 .....	10
2.5.1.1 Abuso de posición de dominio (APD) .....	10
2.5.1.2 Prácticas Colusorias Horizontales (PCH) .....	12
2.5.1.3 Prácticas Colusorias Verticales (PCV) .....	13
2.5.2 De las prohibiciones relativas y absolutas que distingue el Decreto Legislativo N° 1034 .....	16
2.5.2.1 Prohibiciones absolutas .....	16
2.5.2.2 Prohibiciones relativas .....	17
2.5.3 De las sanciones administrativas que contempla el Decreto Legislativo N° 1034 .....	18
2.6 La protección penal de la libre competencia en el Perú: El Código Penal .....	19
<b>CAPÍTULO III: ¿CUÁL DEBERÍA SER LA FORMA IDEAL DE PROTECCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ? EL DIAGNÓSTICO</b> .....	22

3.1 Argumentos a favor de implementar la sanción de Pena Privativa de la libertad para colusiones horizontales en materia de libre competencia.....	23
3.2 Argumentos en contra de implementar la sanción de Pena Privativa de la libertad para colusiones horizontales en materia de libre competencia.....	25
3.3 Comentarios finales.....	26
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>29</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>31</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>32</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>34</b>



## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 2. 1 Formas de conductas consideradas anticompetitivas en el país .....	9
Figura 2. 2 Conductas ilícitas verticales a la luz del Decreto Legislativo N° 1034.....	14
Figura 2. 3 Conductas anticompetitivas y Tipos de prohibición de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1034 .....	16
Figura 2. 4 Vista comparativa de los niveles de prohibición que distingue el Decreto Legislativo N° 1034 .....	17





Para Alberto

# INTRODUCCIÓN

El derecho penal y el derecho administrativo sancionador son dos brazos ejecutores de un mismo ente: el *Ius Puniendi* del Estado.

A lo largo de los años siempre se ha discutido sobre qué conductas son socialmente más reprochables y dañinas con miras a que el derecho penal intervenga y las sancione. No obstante, el derecho administrativo ha ido también cobrando particular importancia en esta labor de sancionar y desincentivar comportamientos que afectan a la sociedad.

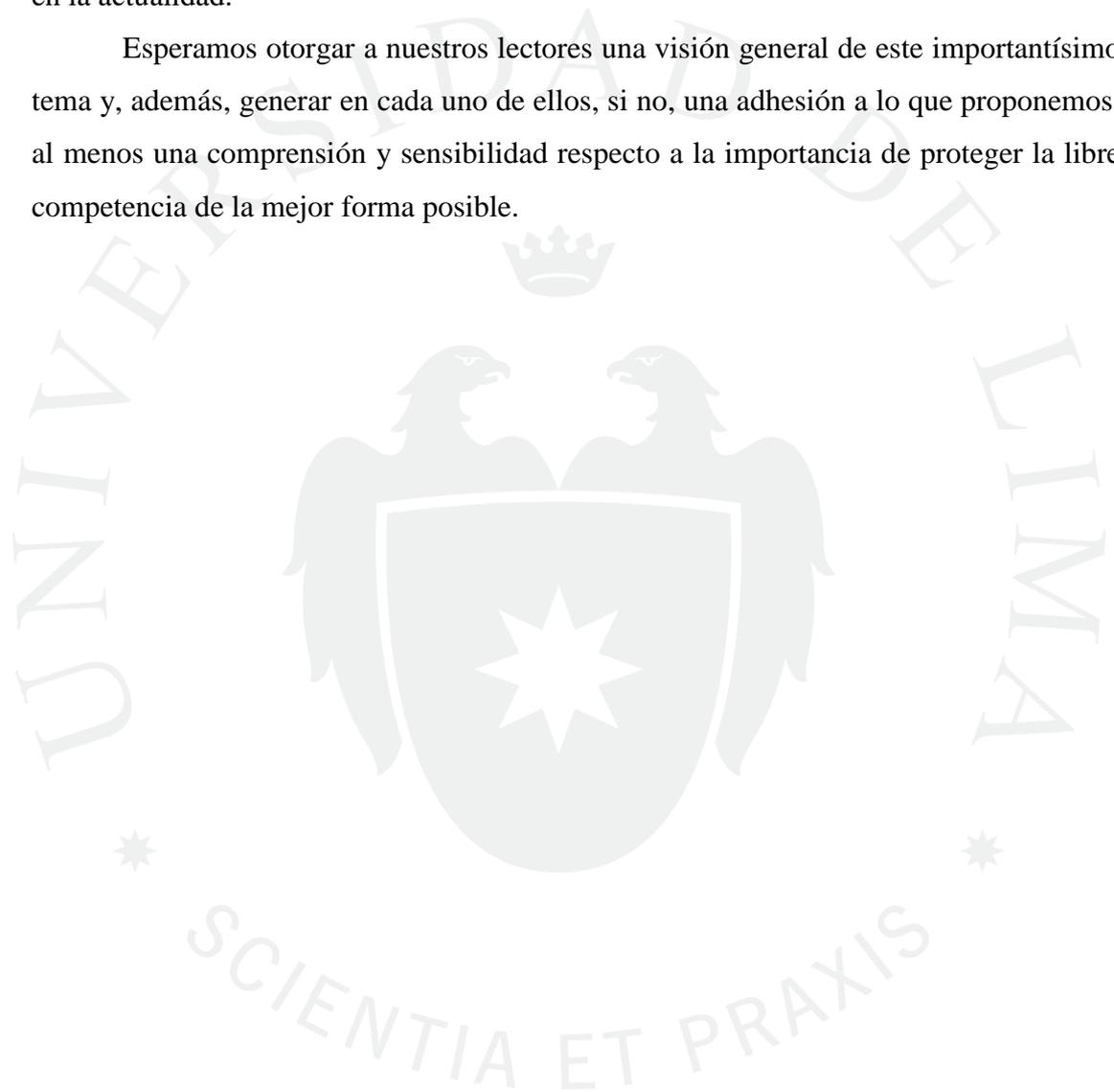
El marco previo que líneas arriba describimos es importante dado que el presente trabajo busca analizar cuál es el mecanismo de protección idóneo para una figura indiscutiblemente fuerte dentro de cualquier ordenamiento jurídico: la libre competencia. ¿Es la protección penal exclusiva la idónea para esta figura en un país como el nuestro? ¿Será la protección administrativa exclusiva la mejor? ¿Existe una tercera opción? Respuesta a estas preguntas son gran parte de lo que nuestro trabajo busca atender.

Si damos una mirada por capítulos, partimos por un Capítulo I en donde se presentará un marco general de lo que es la libre competencia en lo que se refiere a su naturaleza y justificación. Posteriormente, en el Capítulo II, presentaremos cuál es el marco jurídico que actualmente ampara a la libre competencia; qué herramientas legales regulan dicha figura y los alcances de la misma. Acto seguido, en un tercer capítulo, pretendemos hacer un análisis objetivo de cuál sería el mejor mecanismo (o mecanismos) de protección de dicha figura en un país como el nuestro. Para ello, nos apoyaremos en la doctrina local, doctrina extranjera y pronunciamientos jurisprudenciales vinculados.

Cabe precisar que, al iniciar este trabajo de investigación, teníamos ya una posición sentada respecto al tema que nos ocupa; sin embargo, esta investigación ha pretendido ser objetiva y se ha buscado dar a nuestros lectores un panorama amplio: Argumentos a favor y argumentos en contra de nuestra posición para enriquecer la lectura y, además, dejar en evidencia que los planteamientos que traemos tienen bases sólidas y, además, son plenamente ejecutables.

Finalmente, precisamos que nuestra propuesta no surge como una posición “anti-sistema” ni es una discusión “del pasado”: Legislaciones como Chile, sin ir muy lejos, se encuentran desde hace algunos meses en fuertes debates sobre si debería cambiar su legislación y países como Estados Unidos de América ya contemplan esta idea. Esto evidencia que el tema que proponemos, además de ser multidisciplinario y muy discutible, está en plena vigencia; es decir, constituye una preocupación tangible en la actualidad.

Esperamos otorgar a nuestros lectores una visión general de este importantísimo tema y, además, generar en cada uno de ellos, si no, una adhesión a lo que proponemos, al menos una comprensión y sensibilidad respecto a la importancia de proteger la libre competencia de la mejor forma posible.



# **CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES ENTORNO A LA EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL CONCEPTO JURÍDICO DE LIBRE COMPETENCIA**

Comenzaremos el presente trabajo haciendo nuestras las palabras de Samuelson y Nordhaus (1996) quienes señalaron que:

Es innegable que los mercados son poderosos motores de crecimiento. Pero no piense el lector que el Estado es un vestigio innecesario de tiempos pasados. El Estado desempeña un papel clave al crear un clima seguro en el que pueden florecer los mercados y al frenar los excesos de los mercados incontrolados. La prosperidad de las economías modernas depende de que se consiga el debido equilibrio y reparto de las responsabilidades entre los mercados y el Estado. (p. 22)

Es en este contexto en donde surge el concepto de competencia como una variable clave para la economía y el desarrollo. En las siguientes líneas analizaremos la naturaleza de la competencia, así como qué es lo que justifica su existencia y, por consiguiente, por qué el ordenamiento jurídico busca darle un óptimo y efectivo marco de protección.

## **1.1 La naturaleza y justificación de la competencia**

El concepto y la idea de lo que significa el concepto “competencia” ha ido cambiando a lo largo del tiempo; no es un concepto lineal e inmutable.

Si diéramos una mirada rápida al pasado, veríamos que hasta el siglo XVIII, las transacciones entre personas y empresas eran concebidas como un proceso de suma cero; dicho en otras palabras, la ganancia de una persona significaba automáticamente la pérdida de la otra; así pues, las transacciones eran vistas como una manifestación de explotación. Ante esta situación, era necesario que los gobiernos regularan, e incluso monopolizaran, la mayoría de las actividades económicas. Esto constituyó el corazón del sistema mercantilista. Sin embargo, a partir del siglo XVIII se reconoció que había un error en este sistema y en la visión de la suma cero de las transacciones.

En el contexto que arriba describimos, se advierte que las transacciones podían resultar mutuamente beneficiosas y que la regulación a través de la disciplina impuesta por la competencia era mucho mejor en términos de eficiencia.

Un pionero de innegable realce es Adam Smith quien acuñó la expresión ‘mano invisible’ con el fin de hacer referencia a que mientras los individuos y las empresas están interesados exclusivamente en la satisfacción de sus propios intereses, a través de la competencia siempre se verán llevados – como si existiera una ‘mano invisible’ – a promover el interés público.

Con el paso de los años, ha quedado, pues, evidenciado en la teoría y en la práctica de varios países que es la competencia la que ocasiona que los precios se reduzcan hasta casi el costo de producción, sin dejar de generar ganancias a sus productores. Con esto, tendremos consumidores beneficiados, competidores beneficiados, proveedores beneficiados y, en general un mercado eficiente.

Como bien señalan Figari Costa y Pineda Galarza (2009):

El factor principal que fundamenta la competencia es la dinámica que esta (sic) genera dentro del mercado, ya que de la competencia se desprende la libre interacción entre oferta y demanda, lo que, a su vez, redundará en mayor calidad y precio más bajo, los cuales finalmente se ven reflejados directamente en el bienestar de los consumidores y su libertad para elegir. (p. 95)

Becker (2002) acertada y muy claramente sostiene que:

La competencia es en realidad la sangre vital de cualquier sistema económico dinámico. Más aún, la competencia es el fundamento de la calidad de vida y está vinculada a los aspectos más trascendentes de la existencia humana desde el punto de vista educacional, civil, religioso, cultural y además económico. Esta es la herencia intelectual de los debates que han ocurrido en los últimos siglos con miras a explicar las consecuencias benéficas de la competencia, el mayor descubrimiento de este milenio”. (p. 61)

Continuando con lo que Becker señala, importante es precisar que:

La competencia también beneficia a las personas en áreas de tanta trascendencia como la educación, la religión, la caridad, la cultura, la información y la oferta monetaria. La competencia es, en este sentido, no sólo la esencia del sistema económico, sino también el fundamento de la calidad de vida de los individuos”. (Becker, 2002, p. 55)

De lo hasta acá señalado, queda más que claro por qué la competencia merece ser protegida. Su protección se justifica por los amplios beneficios que genera para todos los agentes económicos involucrados.

En las siguientes líneas analizaremos cuáles son, o deberían ser las formas de protección para la misma.

## **CAPÍTULO II: FORMAS DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA. EL MARCO GENERAL DE PROTECCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO**

La Constitución Política del Perú (1993) señala en su Artículo 61 que:

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.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Como se aprecia de esta disposición, constituye un deber del Estado intervenir cuando se presenten prácticas que afecten el libre desarrollo de la libre competencia. Esta intervención “limitada”, por así decirlo, obedece a un principio rector, el principio de subsidiariedad económica del Estado. Así pues, en línea con lo señalado por Tovar Mena (2009) al respecto:

Conforme al principio de subsidiariedad económica del Estado, (...), se impone un límite a la actividad estatal, pues se dispone que el Estado no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado. (p. 165)

Sobre la libre competencia y sus alcances, el Tribunal Constitucional, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, también se ha pronunciado estableciendo que el concepto de libre competencia que ésta recoge supone dos aspectos esenciales, a saber:

- a) La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos;
- b) La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado

Desde la primera perspectiva, queda claro que quien tiene la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones autodeterminativas (*sic*), esto es, sin que nadie (ni el Estado ni el resto de agentes económicos) pueda impedir o restringir dicha participación.

Desde la segunda perspectiva, es evidente que, tras haberse accedido al mercado, se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda. (Sentencia N.º 3315-2004-AA/TC)

## **2.1 De la protección a la libre competencia: Aspectos generales**

De la lectura del mencionado Artículo 61 – y, en general de toda la Constitución – se evidencia que dicho cuerpo normativo nos señala ‘¿qué hacer?’, mas no nos señala el ‘¿cómo hacerlo?’; vale decir, no establece de qué manera debe llevarse a cabo este ‘combate’ contra toda práctica que limite la libre competencia y contra el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. En ese sentido, partimos de la premisa que, siempre que estemos dentro del marco de la legalidad, cualquier forma de protección de la libre competencia cumpliría con este mandato; sin embargo, lo verdaderamente importante, más allá de meramente cumplir, está el contar con el o los mecanismos más apropiados, y que estos sean eficientes y eficaces a la vez en atención al tipo de sociedad en el que nos encontremos.

Para descubrir cuáles son esos mecanismos, se hace imprescindible analizar los distintos modelos de protección que la doctrina recoge y que experiencias de otros países rescatan.

Sobre el particular, “en el derecho comparado pueden apreciarse diversos modelos para hacer frente a los llamados atentados contra la libre competencia según si se recurre únicamente a sanciones administrativas, penales o a ambas formas de respuesta jurídica” (García Caverro, 2015, p. 42).

Siguiendo esta línea, podemos encontrar tres modelos de protección jurídica de la libre competencia, a saber:

## **2.2 Protección de la libre competencia limitada al derecho administrativo sancionador**

Una protección como ésta implica que, ante atentados contra la libre competencia, los cuales configurarían infracciones, el ordenamiento jurídico dispondrá exclusivamente sanciones administrativas para los que resulten responsables de las mismas.

Aquí no hay intervención de jueces para determinar la responsabilidad de agentes económicos de conductas anticompetitivas ni tampoco hay intervención del Ministerio Público. Ahora bien, para que pueda mantenerse un sistema de protección limitado al Derecho administrativo sancionador, se hace necesario un alto grado de eficiencia por parte de la autoridad administrativa competente, de manera tal que se haga innecesaria la intervención penal o, cuando menos, su ausencia sea socialmente tolerable. (García Caveró, 2015, p. 43)

### **2.3 Protección de la libre competencia limitada al derecho penal**

Una protección como ésta implica que, ante atentados contra la libre competencia, los cuales configurarían delitos, el ordenamiento jurídico dispondrá sanciones penales a los que resulten responsables de los mismos.

Aquí entonces, será el juez penal quien determinará la existencia o no de delito, así como la pena a imponer. Asimismo, habrá intervención del Ministerio Público en calidad de responsable del ejercicio de la acción penal. No hay intervención de organismos reguladores ni agentes de competencia.

Somos de la opinión que para que un sistema con estas características funcione, se debe tener en cuenta cuál es la finalidad de la pena adoptada por el ordenamiento jurídico en cuestión y, a su vez, que su cumplimiento sea eficaz o, al menos, socialmente aceptable.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene tener presente que:

En la actualidad, el desarrollo extendido de las legislaciones administrativas protectoras de la libre competencia y la creación de organismos encargados de velar por el cumplimiento de esas normativas, han reducido la posibilidad de una protección exclusivamente penal de la libre competencia. La tendencia general está orientada hacia una protección tanto penal como administrativa de la libre competencia. (García Caveró, 2015, p. 44)

### **2.4 Protección conjunta de la libre competencia**

Una protección como ésta implica que, ante atentados contra la libre competencia, los cuales configuran infracciones o delitos dependiendo del caso, el ordenamiento jurídico dispondrá sanciones administrativas y/o penales a los que resulten responsables de los mismos.

Acá hay dos formas de protección para la libre competencia, una administrativa y otra penal, lo cual es un rasgo que puede considerarse común en los ordenamientos jurídicos modernos. Ahora, puede pensarse que el principal problema de este modelo radicaría en la potencial superposición o colisión entre ambos ámbitos de protección, lo cual nos podría llevar a excesos en la función punitiva del Estado o, yendo al otro extremo, a casos de impunidad (García Cavero, 2015, p. 44); ante ello, consideramos que hay ahí una gran tarea por parte del legislador quien deberá evitar caer en alguno de los dos extremos mencionados procurando que todas las normas que componen el ordenamiento jurídico del país sean consecuentes y apunten a un mismo frente sin colisionar una contra la otra.

Adelantamos a nuestro lector que el modelo de protección de la libre competencia adoptado por el ordenamiento jurídico peruano es el de protección conjunta: Una protección administrativa dada por el Decreto Legislativo N° 1034 y una protección penal dada por el Código penal (1991). En las líneas siguientes analizaremos estos dos tipos de protección.

## **2.5 La protección administrativa de la libre competencia en el Perú: La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Como señalamos al iniciar el presente capítulo, en nuestro país se encuentran prohibidas y son pasibles de sanción aquellas conductas que configuren conductas anticompetitivas; ello con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores<sup>1</sup>.

El Decreto Legislativo N° 1034 – Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (2008) – constituye la norma especial que regula todo lo concerniente a la protección administrativa de la libre competencia en el Perú.

Como señala Stucchi López Raygada (2010):

La lógica de la LRCA<sup>2</sup>, como nueva ley que controla las conductas contrarias a la libre competencia, se encuentra en sintonía con el Capítulo Trece del APC con EEUU sobre Política de Competencia (...). Esta sintonía afianza la conciencia acerca de que el libre

---

<sup>1</sup> Esta última afirmación constituye la finalidad del Decreto Legislativo N° 1034. En concreto, puede ser encontrada en su Artículo 2.

<sup>2</sup> ‘LRCA’ hace referencia a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. A lo largo de su artículo de opinión, el autor usa esta forma abreviada para referirse a dicho dispositivo legal.

comercio y el estímulo de las inversiones tienen por efecto intensificar el proceso competitivo en los mercados de los Estados que celebran un acuerdo comercial. A mayor flujo comercial, se produce mayor competencia por eficiencia, lo que, a su vez, aumenta el excedente de los consumidores, quienes pueden elegir entre bienes o servicios que pugnan por ofrecerles las mejores combinaciones de precio y calidad. (p. 310)

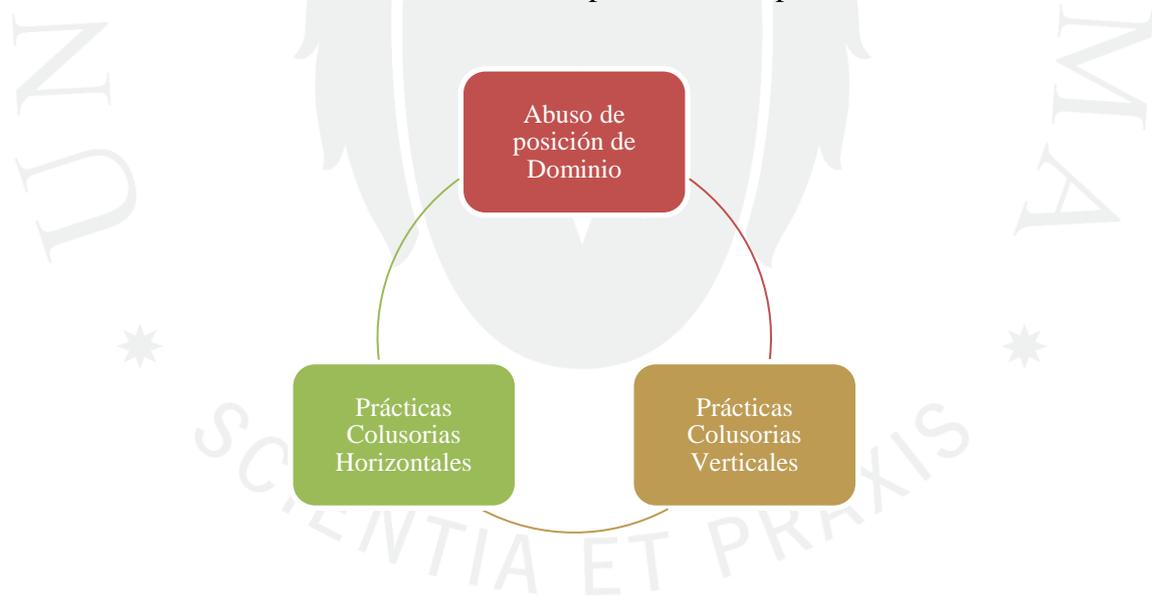
Es importante precisar que:

La Ley asume como premisa básica que, si se logra la eficiencia económica en los mercados, la sociedad en su conjunto se verá beneficiada. Ello es consistente con el mandato constitucional de vigilar y facilitar la libre competencia, pues es ella la que produce los resultados deseados de bienestar social. (Tovar Mena, 2009, p. 169)

Entrando ya a lo que es el contenido de la norma, ésta establece cuáles son las formas de conducta que han de ser consideradas anticompetitivas en el país; estas son 3 y las señalamos a continuación:

Figura 2. 1

Formas de conductas consideradas anticompetitivas en el país



Para estas tres formas de conducta, se contemplan sanciones administrativas las cuales tienen dos ejes para su determinación, el primero de ellos son los topes de multa indicados en Unidades Impositivas Tributarias (UITs) de acuerdo a la gravedad de la conducta que se evidencia; y el segundo son los reguladores individuales de multa indicados como topes sobre las ventas o ingresos brutos del infractor, los que tienen como objetivo evitar que una multa resulte desproporcionada o de una magnitud tal que

sea capaz de eliminar a los agentes económicos del mercado. (Stucchi López Raygada, 2010, p. 327)

Es importante precisar que, adicionalmente a la sanción que se imponga a los infractores, se podrán dictar medidas correctivas que, tal como expresamente indica el Artículo 46 del Decreto Legislativo N° 1034.

Finalmente, se contemplan también multas coercitivas en caso de incumplimiento de medidas cautelares y multas coercitivas en caso de incumplimiento de medidas correctivas. Cabe precisar que la norma expresamente señala que las multas coercitivas no tienen naturaleza de sanción por infracción de conducta anticompetitiva.

## **2.5.1 De los tipos de conductas anticompetitivas que recoge el Decreto Legislativo N° 1034**

### **2.5.1.1 Abuso de posición de dominio (APD)**

Ante de determinar lo que es el abuso de posición de dominio o posición dominante de un agente económico es importante tener claro qué significa tener esa posición; cuándo se puede decir que alguien la tiene y, adicionalmente, tener claro que siempre esa posición se vincula a un determinado mercado relevante o de referencia. Así las cosas:

Un agente económico ostenta una posición de dominio en un mercado relevante cuando, en los hechos, no sufre una competencia efectiva por parte de otros agentes económicos. Por dicha razón, quien ostenta una posición dominante puede alejarse del equilibrio que sugiere el mercado, pues podría subir el precio de su producto o disminuir la calidad sin ser ‘contestado’ inmediatamente (...). Quien ostenta una posición de dominio en determinado mercado, de alguna manera, no ve afectada ni condicionada su conducta por la interacción con otros agentes económicos en el proceso competitivo. La existencia de un agente económico que ostenta una posición de dominio implica un cierto alejamiento, en mayor o menor grado, del modelo teórico de competencia perfecta en el que ningún agente económico puede actuar con prescindencia de la actuación de los otros en el mercado. (Stucchi López Raygada, 2010, p. 138-319)

En palabras de Figari Costa y Pineda Galarza (2009), la posición de dominio “implica una ‘situación especial’ en el mercado que otorga cierta fuerza económica a

las acciones (prácticas) de quien la ostenta y que le permite afectar el libre juego de la oferta y la demanda” (p. 96-97).

Teniendo claro esto, conviene referirnos al Artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1034, el cual expresamente señala que:

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

Como se puede apreciar, lo que se sanciona no es tener posición de dominio en el mercado y ejercerla sin afectar a competidores reales o potenciales – eso sería, a nuestro criterio, injusto dado que esa posición dominante lo más seguro es que es el resultado de los esfuerzos del agente por ofrecer un producto y/o un servicio de calidad que cubra las necesidades de los consumidores – sino que se sanciona el abusar de dicha posición

Adicionalmente, la misma Ley hace referencia a que el Abuso de posición de dominio (APD) en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;

- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Finalmente, precisamos que la Ley determina que las conductas que se configuran como APD constituyen prohibiciones relativas, concepto que más adelante desarrollaremos.

#### **2.5.1.2 Prácticas colusorias horizontales (PCH)**

El Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1034 señala que “se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia”.

Asimismo, hace mención a qué conductas se configurarían como PCH, a saber:

- a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

- h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Sobre el particular, Stucchi López Raygada (2010) sostiene que:

La prohibición de conductas de este tipo determina que la relación entre los concurrentes en el mercado debe mantener una tensión competitiva, en cuanto éstos deben luchar por la preferencia de los demandantes (...).

Los agentes económicos no solamente tienen el derecho a competir, sino que, esencialmente, tienen el deber de hacerlo y de no restringir o eliminar la competencia entre sí. (p. 322)

Las prácticas colusorias horizontales pueden constituir prohibiciones absolutas o prohibiciones relativas, dependiendo del tipo de conducta que se lleve a cabo. Así pues, como se indica en el numeral 11.2 del Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1034 recientemente modificado por el Decreto Legislativo N° 1205 (2015):

Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto: a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

Las PCH distintas a las que previamente se mencionan, por descarte, constituyen prohibiciones relativas.

### **2.5.1.3 Prácticas colusorias verticales (PCV)**

Stucchi López Raygada (2010) señala que:

La figura de la colusión vertical definida expresamente por la LRCA es una novedad en nuestro sistema de defensa de la libre competencia<sup>3</sup>. Esta ley exige, como es razonable, que al menos uno de los agentes económicos que desarrollan la colusión vertical ostente una posición de dominio. Caso contrario, dicha conducta no tendría, de modo verosímil, efecto negativo alguno sobre la competencia o el bienestar de los consumidores, al tener estos últimos otras alternativas para escoger en el mercado. (p. 324)

Remitiéndonos a la norma pertinente, veremos que el Artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1034 señala que:

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

Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda. A continuación, presentaremos cuáles son dichas conducta.

Figura 2. 2

Conductas ilícitas verticales a la luz del Decreto Legislativo N° 1034

<b>Art. 10 – numeral 10.2 (Artículo que regula el APD)</b>	<b>Art. 11 – numeral 11.1 (Artículo que regula las PCH)</b>
a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;	a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;	b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
c) Subordinar la celebración de contratos a	c) El reparto concertado de clientes,

<sup>3</sup> La define como novedad en comparación con su antecesora, el Decreto Legislativo N° 701.

la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;	proveedores o zonas geográficas;
d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;	d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;	e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;	f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,	g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.	h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
	i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
	j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
	k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Finalmente, es importante precisar que las Prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas en todos sus supuestos, al igual que acontece con el APD.

Figura 2. 3

Conductas anticompetitivas y Tipos de prohibición de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1034



### 2.5.2 De las prohibiciones relativas y absolutas que distingue el Decreto Legislativo N° 1034

En el acápite anterior, vimos cuáles son las conductas que a la luz del Decreto Legislativo N° 1034 están prohibidas. Como parte de su desarrollo, vimos también que dichas conductas pueden constituir prohibiciones absolutas o prohibiciones relativas, según sea el caso. Son precisamente estos dos niveles de prohibición que distingue la norma los que corresponde ahora analizar brevemente:

#### 2.5.2.1 Prohibiciones absolutas

Las prohibiciones absolutas son aquellas en las que, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la sola existencia de la conducta. Estas prohibiciones:

Se encuentran reservadas para las conductas que se considera que siempre acarrearán efectos nocivos contra el proceso competitivo y, en consecuencia, (son) adversas al bienestar de los consumidores. La LRCA aplica estas prohibiciones sobre las conductas consideradas como inherentemente contrarias a la competencia o hard core cartels y que son las colusiones horizontales más graves y evidentes en sus efectos anticompetitivos, por ser colusiones entre competidores directos, que tienen por efecto no cumplir con su deber de competir entre sí. (Stucchi López Raygada, 2010, p. 315)

Como se puede evidenciar, las prohibiciones absolutas denotan qué conductas son y deben ser consideradas como las más reprochables en y por nuestra sociedad; las más graves contra la libre competencia y el libre juego de la oferta y la demanda, elementos claves en una economía social de mercado.

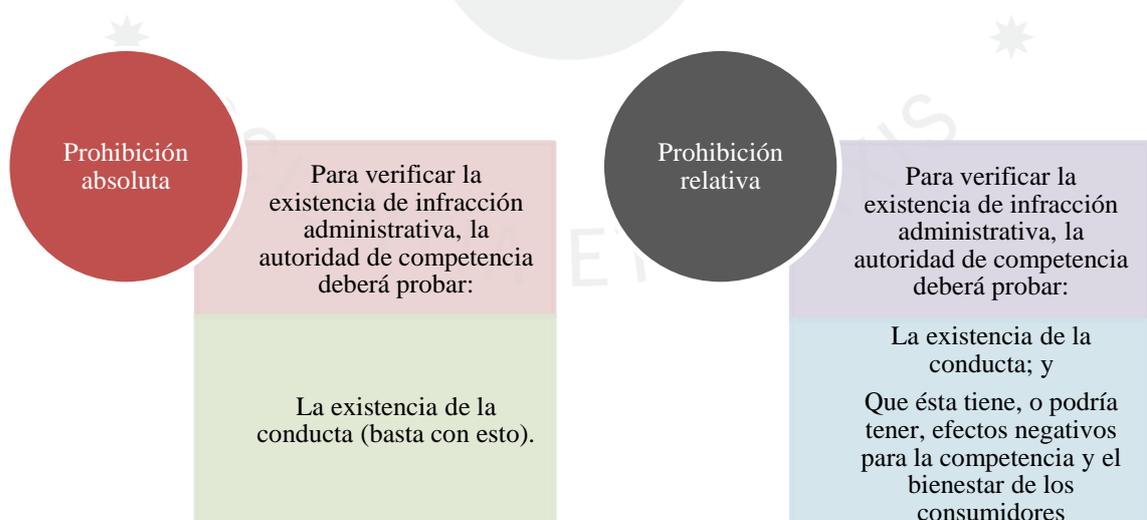
### 2.5.2.2. Prohibiciones relativas

Las prohibiciones relativas son aquellas en las que, para verificar la existencia de infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y, adicionalmente, que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Este nivel de prohibición, como vimos líneas arriba, se aplica sobre las PCH que no se encuentran bajo prohibición absoluta, las conductas que configuran APD y las PCV; además se configuran como recae una regla flexible y menos cerrada que coloca en manos del agente económico el análisis acerca de si su propia conducta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores y, en consecuencia, si merecerá o no el reproche y la sanción por parte del Estado. (Stucchi López Raygada, 2010, p. 316)

Figura 2. 4

Vista comparativa de los niveles de prohibición que distingue el Decreto Legislativo N° 1034



### **2.5.3. De las sanciones administrativas que contempla el Decreto Legislativo N° 1034**

El tipo de sanción que reciben las conductas anticompetitivas previamente analizadas, según el inciso 43.1 del Artículo 43 del Decreto Legislativo N° 1034 (2008)<sup>4</sup>, consisten en multas sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Dependiendo si la infracción cometida califica como leve, grave o muy grave, dichas multas podrán variar.

El artículo siguiente de dicha norma señala expresamente cuáles son, entre otros, los criterios que permitirán a la autoridad de competencia determinar la gravedad de la infracción y, así, poder graduar la multa; a saber:

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

Como se indicó previamente, las sanciones administrativas tienen dos ejes para su determinación, uno de ellos está dado por los topes de multa que acabamos de explicar; y el otro lo constituyen los reguladores individuales de multa indicados como topes sobre las ventas o ingresos brutos del infractor.

En adición a la sanción, se podrán dictar medidas correctivas<sup>5</sup> cuando se tenga alguna de las siguientes finalidades: i) Restablecer el proceso competitivo; o ii) Revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora.

---

<sup>4</sup> Este artículo ha sido modificado también tras la entrada del Decreto Legislativo 1205 (2015) pero sólo en su inciso 43.6

<sup>5</sup> Las medidas correctivas se encuentran en el Artículo 46 del Decreto Legislativo N° 1034, el cual también ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1205. Lo que en el presente trabajo se menciona se basa en la modificación del 2015.

Si la finalidad es la primera, las medidas correctivas a imponer podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.

Finalmente, la Ley contempla también multas coercitivas i) En caso de incumplimiento de medidas cautelares; y ii) En caso de incumplimiento de medidas correctivas. Cabe recordar que la norma expresamente señala que las multas coercitivas no tienen naturaleza de sanción por infracción de conducta anticompetitiva.

## **2.6. La protección penal de la libre competencia en el Perú: El Código Penal**

Además de una protección administrativa, la libre competencia ostenta protección penal, la cual se ve reflejada en el Artículo 241 del Código Penal peruano (1991), el cual sanciona el fraude en remates, licitaciones y concursos públicos. Expresamente, dicho artículo señala que:

Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa quienes practiquen las siguientes acciones:

1. Solicitan o aceptan dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios.
2. Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio.

Si se tratare de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años.

Es importante mencionar en este punto que la realidad jurídica que impera en el país en lo que se refiere a la forma de proteger la Libre Competencia no fue siempre así:

La versión originaria del Código Penal de 1991 desplegó una protección penal en los tres ámbitos esenciales de la competencia: La libertad, la lealtad y la propiedad industrial. Esta protección se hizo de manera sistemáticamente desordenada, pues las diversas conductas contrarias a la ordenación básica de la competencia no se encontraban agrupadas en un único título del Código Penal o en una ley penal especial de defensa de la competencia, sino que estaban esparcidas, más bien, en diversos títulos y capítulos del Código Penal. Pese a esta falta de sistematización, la protección penal de la competencia era amplia. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1034 del 25 de junio de 2008 derogó prácticamente todos los delitos contra la libre competencia y también el delito de competencia desleal, recortando sustancialmente el esfuerzo penal al funcionamiento adecuado de la competencia. En la actualidad, los delitos contra la competencia se limitan al delito de manipulación en licitaciones y a los delitos contra la propiedad industrial. (García Cavero, 2015, p. 40)

Éste es el punto clave de la presente investigación. Aquí es donde queremos enfocar un análisis crítico y que ofrezca conclusiones y recomendaciones que puedan ser de utilidad a la doctrina y, por qué no, a nuestros legisladores: ¿Es eficiente o, al menos socialmente aceptable, el tipo de protección que actualmente se le da en el Perú a la libre competencia?; ¿la despenalización de determinadas conductas para ser calificadas en la actualidad como infracciones administrativas fue un acierto? Esto en el siguiente capítulo encontrará un amplio desarrollo; por ahora, en lo que concierne a este acápite, es importante rescatar que existe también una protección penal para la libre competencia; no se ha abandonado al 100% este mecanismo de protección y ello lo demuestra el Artículo 241 del Código Penal (1991). Cabe precisar que no existe colisión entre la protección administrativa y la penal en nuestro ordenamiento jurídico porque éstas se enfocan en conductas distintas, evitándose así que se genere doble persecución por el mismo hecho y, lo que es aún más grave, la doble sanción por la misma situación<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Debemos recordar que uno de los límites al Ius Puniendi (o facultad sancionadora del Estado) está delimitado por el Principio de Ne bis in idem, el cual establece la prohibición de persecución sancionatoria múltiple y la prohibición de sanción múltiple cuando existe identidad de sujeto, hecho y fundamento.

### **CAPÍTULO III: ¿CUÁL DEBERÍA SER LA FORMA IDEAL DE PROTECCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ? EL DIAGNÓSTICO**

Luego de analizar las diferentes formas de protección de la libre competencia y de conocer la que actualmente ha adoptado el Perú, se hace imprescindible y necesario determinar cuál sería, en atención a la experiencia local, la experiencia comparada y lo que en doctrina se señala, la forma ideal de protección a la libre competencia que deberíamos tener.

Como era de esperarse, las opiniones y los fundamentos teórico-prácticos sobre el particular están divididos; así pues, un sector de la doctrina defiende que la mejor forma para sancionar las conductas anticompetitivas es a través de pena de cárcel para los responsables; sin embargo, para otros lo más adecuado es seguir considerando a dichas conductas como meras infracciones administrativas.

A nuestro criterio, la existencia de una protección conjunta (tanto administrativa como penal) es la forma ideal de protección para un país como el nuestro; sin embargo, sí consideramos que la fijación concertada de precios, de condiciones comerciales y servicios debe ser considerada como delito y, en virtud a esa valoración, ser pasible de recibir una sanción penal. La colusión es una conducta gravísima; daña fuertemente a la figura de la libre competencia y distorsiona el funcionamiento del mercado que originalmente debe regirse por el libre juego de la oferta y la demanda.

Sobre el particular, dice Pellegrini (2015):

La colusión es la conducta más reprochable y perniciosa para la libre competencia y, a la vez, es la de más difícil detección (...). Si bien existe consenso en la necesidad de sancionar duramente los carteles<sup>7</sup>, resulta necesario preguntarse si la criminalización es el camino adecuado para combatir este tipo de conductas. (p. 4)

A continuación, y con el fin de ofrecer un panorama objetivo a nuestros lectores, presentamos los principales argumentos tanto a favor como en contra de la penalización de atentados contra la libre competencia en la modalidad de colusión:

---

<sup>7</sup> Entendiendo como cártel a un grupo de competidores que llegan a un acuerdo con el fin de restringir la competencia entre ellos mismos afectando de esta forma a los consumidores, a la libre competencia y al libre juego de la oferta y la demanda como el que determinará finalmente el precio de los bienes y/o servicios que se ofertan en el mercado.

### **3.1 Argumentos a favor de implementar la sanción de Pena privativa de la libertad para colusiones horizontales en materia de libre competencia**

¿Lograría una sanción penal disuadir a las empresas de llevar a cabo acciones que atenten contra la Libre competencia? En nuestro país un Proyecto de Ley vuelve a poner sobre la mesa esta pregunta; en Chile también este tema está en pleno debate y en países como Estados Unidos de América ya se vive esa realidad.

A propósito del gran debate en Chile, hacemos nuestras las palabras del profesor Agostini (2015) quien sostiene que:

La cárcel es un gran disuasivo para la colusión (...). Incorporar cárcel efectiva como pena para delitos de colusión, excepto para el primer miembro del cartel que se acoge a delación compensada, fortalecería la defensa de la libre competencia y un buen funcionamiento de los mercados. (p. 3)

Para Agostini, es innegable que el peso de las pruebas para las causas penales es más alto que el hay hoy día en materia de libre competencia. Ante ello, en los casos que tienes ‘prueba dura’ y que es indesmentible que hubo colusión, no debería haber impedimento para sancionar con pena de cárcel a los que se coluden.

Esto último es muy relevante en la medida que el derecho administrativo se guía mucho por indicios; en cambio, el derecho penal requiere certeza plena para que pueda derribarse la presunción de inocencia que ampara a toda persona y, de esta forma, determinar su responsabilidad; es decir, no son meros indicios sino pruebas concretas y determinantes las que harán que se dicte una sanción en materia penal.

Por otro lado, el también profesor chileno González (2015) manifiesta lo siguiente:

No considero que la prisión sea la solución universal para todos los delitos; sin embargo, (...) considero correcto incluir la sanción penal para la cartelización. En primer lugar, dentro de las faltas a la libre competencia, la cartelización es la más grave. Ella priva a los consumidores de contar con mercados competitivos que le permitan pagar precios justos por los bienes y servicios que adquieren. Este mal no ha logrado ser completamente erradicado de las economías de mercado (...).

La sanción penal tiene un alto poder disuasivo. Las sanciones monetarias pueden ser diluidas entre los accionistas de las empresas o ser aseguradas por terceros. Por el contrario, la prisión es un costo privado no traspasable por el afectado. (p. 10).

Esto último cobra especial importancia ya que, en muchos casos, las multas impuestas por la autoridad cuando se determina la existencia de una infracción (administrativa)

contra la libre competencia, son pagadas por las empresas (personas jurídicas), pero sus directivos (personas naturales) quienes fueron los que cometieron el ilícito, no pagaron su culpa. Se crea pues una forma especial de “impunidad” que no desincentiva en lo absoluto nuevas ‘infracciones’.

Ante un escenario como el descrito, el peruano Calderón (2015) sostiene que “la sanción penal sí tendría un efecto disuasivo mayor que la sanción administrativa, pues recae sobre las personas que realizan las conductas y no sobre las empresas, como sucede con las infracciones administrativas”. (como se citó en Gálvez, 2015, párr. 10)

Siguiendo con la opinión de exponentes nacionales, Caro Coria (2015), por su parte, destaca la importancia de sancionar con pena privativa de la libertad solamente los casos más graves que restringen la libre competencia, mas no conductas como, por ejemplo, el abuso de posición de dominio dado que las sanciones penales son mucho más perjudiciales que las administrativas. (como se citó en Gálvez, 2015, párr. 10)

Interesante es también la opinión de García Caveró (s.f.) quien, a propósito de la despenalización que trajo consigo la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1034 (2008), señaló que “una multa administrativa no sólo tiene una virtualidad intimidatoria muy limitada, sino que le da a la infracción un carácter neutral que lo libra de reproche social que merece este tipo de conductas”. (como se citó en Peña Cabrera Freyre, 2013, p. 257)

Continúa el análisis arriba indicado mencionando el autor que:

Muy al margen de que se pueda dudar acerca de los efectos ‘preventivos-generales de la pena’ no puede decirse lo mismo de la persecución penal efectiva de estos delitos, cuando al final del Proceso penal, el juzgador impone como pena, la privación de libertad y fija, como reparación civil una suma cuantiosa de dinero. Dichas consecuencias, inciden en la persona del condenado y en la psique del resto de ciudadanos. Empero, si el delincuente económico sabe que su conducta infractora será sancionada con una multa pecuniaria de S/. 50,000 nuevos soles, y que su proceder ilícito le reporta S/. 150,000 nuevos soles, es lógico que no tendrá ningún reparo en reincidir en dicha actividad ilegal; desencadenando una sustancial disminución hacia la tutela del bien jurídico protegido, Esto es lo que se denomina como el cálculo del ‘coste-beneficio’ que se adscribe perfectamente en el ámbito de la Criminalidad Económica. (como se citó en Peña Cabrera Freyre, 2013, pp. 257-258)

Finalmente, por su parte, para Peña Cabrera Freyre (2013):

El territorio patrio se ha constituido a la fecha en tierra fecunda de comisión de conductas que atentan contra las normas de una economía social de mercado, en mérito a la imposibilidad de nuestros Tribunales de imponer una sanción punitiva a todos aquellos que incurren en este tipo

de comportamientos, a lo más, la sanción administrativa develará una expresión de carácter ‘simbólico’. (p. 261)

### **3.2 Argumentos en contra de implementar la sanción de Pena privativa de la libertad para colusiones horizontales en materia de libre competencia**

Por otro lado, existe un sector de la doctrina tanto nacional como extranjera que considera que no se debería imponer sanciones penales a atentados contra la libre competencia como los carteles.

Un primer ejemplo claro está representado por Patrón (2008) quien, cuando el Decreto Legislativo N° 1034 entró en vigencia en el Perú, señaló en un artículo de opinión que:

Desde una perspectiva utilitarista, la decisión de dejar la labor de deterrence en manos de las sanciones pecuniarias (i.e., multas) que pueden imponer las autoridades de competencia y en las indemnizaciones civiles por daños y perjuicios que complementariamente puede dictar el Poder Judicial, despenalizando los delitos contra el orden económico vinculados a la legislación de libre competencia, parece un acierto. Ello, claro está, siempre y cuando, el cálculo de las sanciones administrativas a imponerse resulte proporcional al incumplimiento calificado como infracción, el sistema de responsabilidad civil opere razonablemente y las autoridades judiciales estimen correctamente las indemnizaciones a ordenarse. Estos últimos dos supuestos son, claramente, lo más problemáticos en un entorno legal como el peruano. (p. 128)

Años después, Gagliuffi (2015) señala que existen dos riesgos principales de imponerse sanción de cárcel para las conductas que restrinjan la libre competencia: “Que jueces y fiscales no especializados estén a cargo de resolver los casos y que los involucrados en las conductas infractoras se vean desincentivados a delatarlas por miedo a la sanción penal” (como se citó en Gálvez, 2015, párr. 7).

En relación al primer riesgo, se piensa que nos jueces no están en facultad de llevar a cabo un proceso y sancionar a los potenciales responsables de los atentados contra la libre competencia de la misma forma que lo haría, por ejemplo, una comisión como las que actualmente tenemos en el INDECOPI o existen en otros países.

No negaremos que ése es un factor bastante importante a tener en cuenta y, ciertamente es un factor importante; sin embargo, no es insuperable.

En relación al segundo riesgo, no consideramos habría una negativa categórica para delatar conductas anticompetitivas; muy por el contrario, creemos que este factor haría que, por el natural temor a ir a la cárcel, se confiese el acto delictivo con miras a

obtener una exención de responsabilidad. Sea de una u otra forma, acá jugará mucho a favor o en contra de la colaboración por parte del infractor una serie de factores que no serán los mismos en todos los casos. Es un tema discutible.

Continuando con el análisis de los argumentos en contra, como bien manifiesta Alan Castillo (2015), para muchos el derecho penal es concebido como “una especie de varita mágica o interruptor de emergencia que solucionará todos nuestros problemas cotidianos, que van desde delitos de hurto hasta asesinatos u homicidios.” (p. 112)

Sobre este último punto, señala el mismo autor que:

Es cierto que la función punitiva del Estado se organiza para dichos fines, pero también es cierto que existen principios que limitan esta labor – mínima intervención o última ratio – dejando de lado aquellas conductas humanas carentes de relevancia penal a fin de que sean sometidos al control o disciplina de otros mecanismos estatales menos lesivos o de menor injerencia. (p. 112)

Finalmente, sobre el principio de mínima intervención o última ratio, el derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general – vale decir, sólo para proteger bienes jurídicos fundamentales como lo son la vida, la salud, el patrimonio, la administración de justicia, etc. – y, en nuestra opinión, es estrictamente necesario proteger la libre competencia. ¿Cuál es el bien jurídico fundamental que ahí se estaría protegiendo? El orden económico.

### **3.3 Comentarios finales**

Inicialmente, el Artículo 241 del Código Penal tenía un tercer numeral que hacía referencia a concertación de precio – *[Conciertan] entre sí con el objeto de alterar el precio* –; sin embargo, éste fue derogado tras la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1034, en virtud del cual se derogaron casi la totalidad de delitos contra la Libre Competencia, como ya hemos desarrollado a lo largo de la presente investigación.

Luego de haber analizado distintas opiniones, no sólo de juristas y expertos peruanos, sino también de otros países, confirmamos nuestra posición, la cual habíamos expresado al inicio del presente capítulo y es que deberíamos, como país, volver al sistema de penalización para los actos de colusión que atentan contra la libre competencia.

Estos delitos, que ahora y desde el 2008 llamamos infracciones administrativas, son bastante graves como para no recibir una sanción penal. Sin temor a equivocarnos, consideramos que estos actos de colusión configuran una suerte de estafa masiva: defraudados los consumidores, defraudado el mercado como institución que se rige por el libre juego de la oferta y la demanda, defraudado el Estado y sólo uno o dos ganadores: los coludidos.

En el Perú, según el Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora.

a) La primera de estas, la función preventiva, representa “un tipo de coerción que se anticipe a la consumación de la lesión. Una coacción de tal naturaleza que sólo puede ser de índole psicológica”. (Navarro Castillo, 2002, p. 211)

La función de prevención de las penas busca:

2.5.3 Persuadir a todos los miembros de un determinado ordenamiento jurídico de no cometer delitos por medio de la intimidación, la amenaza o el miedo a sufrir la pena. Esta función, pues, busca neutralizar posibles tendencias criminales que surgirían dentro del marco social (Función de prevención general negativa).

2.5.4 Prevenir la comisión de delitos tratando de reforzar, mediante la aplicación de la pena, la confianza colectiva en la norma, en todo el sistema normativo (Función de prevención general positiva).

b) Y la segunda, la función protectora y resocializadora, busca que quien cometió un ilícito penal se reinserte en la sociedad, luego de cumplir su pena, con la idea de no volver a delinquir en el futuro; es decir, se reinserte en la sociedad como un elemento positivo en la misma.

Adicionalmente, también existe la retribución – esto, por naturaleza, asiste a todo sistema penal – pero de manera expresa el Título Preliminar recoge como finalidades de la pena las 2 que arriba indicamos.

Al desarrollar aquí las finalidades de la pena hemos querido evidenciar que lo que se busca con la penalización de los atentados contra la libre competencia (a nuestro criterio, sólo aplicable para los atentados más graves, a saber, las colusiones) sí se puede lograr: sancionar a los responsables de atentados contra la libre competencia y desincentivo para futuros atentados. Nuestro sistema penal, al menos en teoría, está en la capacidad de responder a esa necesidad. Ahora bien, concluir que con la penalización habremos acabado con los carteles y los deseos de colusión en el mercado, claramente no sería posible; sin embargo, sí creemos que, en estadísticas, de acá a unos pocos años veríamos interesantes resultados (positivos, claro está).

Finalmente, queremos cerrar este capítulo mencionando que hace pocos meses, en estricto en septiembre del año pasado, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1205 – Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; sin embargo, en él no se hace ninguna mención al tema central de la presente investigación, motivo por el cual sólo hemos hecho mención al mismo cuando correspondía analizar situaciones vinculadas con regulación del derecho de la competencia que han sufrido cambios tras su entrada en vigencia. Esperemos que, en una siguiente modificación legislativa, novedades vinculadas al tema de la presente investigación nos sorprendan gratamente.



## CONCLUSIONES

A continuación, presentamos las conclusiones del presente trabajo de investigación:

- El concepto de “competencia” ha ido variando a lo largo del tiempo, no siendo un concepto lineal ni inmutable. De ella se desprende la libre interacción entre oferta y demanda. Dicha interacción genera beneficio para todos los agentes económicos que participamos, de una u otra forma, en el mercado.
- En el ordenamiento jurídico peruano, la libre competencia se encuentra expresamente protegida. Así pues, El Estado tiene el deber de facilitar y vigilar la libre competencia; además de combatir toda práctica que la limite, y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
- En lo que concierne a dicha protección de la libre competencia, la Constitución nos dice ‘¿qué hacer?’, mas no nos señala el ‘¿cómo hacerlo?’; vale decir, no establece de qué manera debe llevarse a cabo este ‘combate’ contra toda práctica que limite la libre competencia y contra el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
- En el derecho comparado pueden apreciarse diversos modelos para hacer frente a los llamados atentados contra la libre competencia según si se recurre únicamente a sanciones administrativas (Protección limitada al Derecho administrativo sancionador), sanciones penales (Protección limitada al Derecho penal), o a ambas formas de respuesta jurídica (Protección conjunta).
- El modelo de protección de la libre competencia adoptado por el ordenamiento jurídico peruano es el de protección conjunta: Una protección administrativa dada por el Decreto Legislativo N° 1034 y una protección penal dada por el Código penal (1991).
- Sin perjuicio del hecho que ya existe un tipo de protección establecido en el Perú, somos de la opinión que se hace imprescindible y necesario determinar cuál sería, en atención a la experiencia local (han transcurrido un poco menos de 10 años desde que entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1034), la experiencia comparada y lo que en doctrina se señala, la forma ideal de protección a la libre competencia que deberíamos tener.
- Sobre el particular, las opiniones y los fundamentos teórico-prácticos están divididos; así pues, un sector de la doctrina (tanto nacional como extranjera)

defiende que la mejor forma para sancionar las conductas anticompetitivas es a través de pena de cárcel para los responsables; sin embargo, para otros lo más adecuado es seguir considerando a dichas conductas como meras infracciones administrativas.

- A nuestro criterio, la existencia de una protección conjunta (tanto administrativa como penal) es la forma ideal de protección para un país como el nuestro; sin embargo, sí consideramos que la fijación concertada de precios, de condiciones comerciales y servicios debe ser considerada (nuevamente) como delito y, en virtud a esa valoración, ser posible de recibir una sanción penal.
- Los actos de colusión son conductas gravísimas; dañan fuertemente a la figura de la libre competencia y distorsionan el funcionamiento del mercado que originalmente debe regirse por el libre juego de la oferta y la demanda. Estos delitos, que ahora y desde el 2008 llamamos infracciones administrativas, son bastante graves como para no recibir una sanción penal. Sin temor a equivocarnos, consideramos que estos actos de colusión configuran una suerte de estafa masiva: Defraudados los consumidores, defraudado el mercado como institución que se rige por el libre juego de la oferta y la demanda, defraudado el Estado y sólo uno o dos ganadores: los coludidos.
- La pena en el Perú tiene función preventiva, protectora y resocializadora (esto en virtud a lo que expresamente señala nuestro Código penal). Adicionalmente, también está la retribución, la que por naturaleza asiste a todo sistema penal. Esta finalidad de la pena va en línea con la necesidad que hemos manifestado de penalizar los actos de colusión en materia de libre competencia.
- Tenemos claro que con la mera penalización no habremos acabado con los carteles y los deseos de colusión en el mercado; sin embargo, sí creemos que, en estadísticas, de acá a unos pocos años veríamos interesantes resultados (positivos, claro está).
- A finales del año pasado, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1205 – Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; sin embargo, en él no se hace ninguna mención al tema central de la presente investigación, motivo por el cual sólo hemos hecho mención al mismo cuando correspondía analizar situaciones vinculadas con regulación del derecho de la competencia que han sufrido cambios tras su entrada en vigencia. Esperemos que, en una siguiente modificación legislativa, novedades vinculadas al tema de la presente investigación nos sorprendan gratamente

## RECOMENDACIONES

A continuación, detallaremos las recomendaciones:

- Deberíamos, como país, volver al sistema de penalización para los actos de colusión que atentan contra la libre competencia como el que teníamos hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1034 en el tercer numeral del Artículo 241 del Código Penal (1991) – [Conciertan] entre sí con el objeto de alterar el precio –
- Debe tomarse con precaución este “deseo de penalización” dado que, como hemos visto a lo largo de la presente investigación, hay argumentos en contra de la sanción de pena privativa de la libertad en materia de libre competencia que tienen sustentos interesantes y claramente válidos que, de saber capitalizar, podremos adoptar un sistema de forma racional, que sea eficiente y efectivo a la vez.

## REFERENCIAS

- Agostini, C. (2015). ¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones. *Puntos de referencia*, (409), 2-3. Recuperado de [:http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_6023\\_3751/pder409\\_RBergoeing-LSierra.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_6023_3751/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf)
- Alan Castillo, D. A. (2015). ¿Derecho penal o venganza encubierta? Reflexiones sobre la crisis inherente al Derecho Penal y consolidación como Derecho penal del enemigo. *Actualidad penal*, 18, p. 110-135.
- Becker, G. (2002). La naturaleza de la Competencia. *Themis Revista de Derecho*, (44), 55-61.
- Código Penal. (08 de abril de 1991). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- Constitución Política del Perú. (30 de diciembre de 1993). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- Decreto Legislativo N° 1034. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (24 de junio de 2008). Recuperado del sitio de internet del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583>
- Figari Costa, H. y Pineda Galarza, J. (2009). Más vale maña que fuerza: El abuso de las normas de libre competencia. *Revista de Economía y Derecho*, 6(24), 93-116.
- Gálvez, V. (30 de marzo de 2015). Infracciones a la libre competencia: ¿se deben castigar con cárcel? *Semana Económica*. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/157586-infracciones-a-la-libre-competencia-se-deben-castigar-con-carcel/>
- García Cavero, P. (2015). *Derecho penal económico: parte especial*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- González, A. (2015). ¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones. *Puntos de referencia*, (409), 9-10. Recuperado de [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_6023\\_3751/pder409\\_RBergoeing-LSierra.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_6023_3751/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf)

- Khemani, R. S. (1993). Objetivos de la Política de Competencia. *Planeación y Desarrollo*, XXIV(2), 17-48.
- Patrón, A. (2008). Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. *Ius Et Veritas*, (36), 122-144.
- Pellegrini, J. (2015). ¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones. *Puntos de referencia*, (409), 4-5. Recuperado de [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_6023\\_3751/pder409\\_RBergoeing-LSierra.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_6023_3751/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf)
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2013). *Derecho Penal Parte Especial* (2°ed.). Lima: IDEMSA
- Posner, R. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Samuelson, P. y Nordhaus, W. (1996). *Economía*. Madrid: McGraw Hill Inc.
- Sentencia N.º 3315-2004-AA/TC (Lima). Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>
- Stucchi, López Raygada, P. (2010). El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la Libre Competencia: Apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). *Themis*, (56), 309-329.
- Tovar Mena, T. (2009). ¿Con licencia para concertar? A propósito del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. *Ius Et Veritas*, (39), 162-177.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bramont-Arias Torres, L. M. (2000). *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Lima: Editorial Santa Rosa.
- Bullard Gonzales, A. (1994). La legislación antimonopólica y el mito del muro de Berlín. *Themis Revista de Derecho*, (30), 243-260.
- Coloma, G. (2000). Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia, CEMA Working Papers: Serie Documentos de Trabajo, p. 1-38. Recuperado de <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf>
- Decreto Legislativo N° 701. Disponen la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la Libre Competencia. (7 de noviembre de 1991). Recuperado del sitio de internet del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL: [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Sector\\_telecomunicaciones/Legislacion\\_Telecom/DL-701.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Sector_telecomunicaciones/Legislacion_Telecom/DL-701.pdf)
- Decreto Legislativo N° 1205. Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (22 de setiembre de 2015). Recuperado del sitio de internet del Diario Oficial El Peruano: <http://www.elperuano.com.pe/NormasElperuano/2015/09/23/1290959-5.html>
- Ferrajoli, L. (1998). Derecho y razón. *Teoría del garantismo penal* (3°ed.). Valladolid: Editorial Trotta.
- Gagliuffi, I. (2 de enero de 2016). El nuevo tablero del Indecopi en libre competencia. Diario El Comercio. Recuperado de: <http://elcomercio.pe/economia/opinion/nuevo-tablero-indecopi-libre-competencia-opinion-noticia-1868110>
- García del Río, F. (2006). *Derecho Penal Parte Especial II* (2°ed.). Lima: Ediciones Legales.
- Hurtado Pozo, J. (2016). *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales* (1°ed.). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Kresalja Roselló, B. (2007). Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre competencia económica. *Pensamiento Constitucional*, XII(12), 17-117
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Navarro Carrillo, J. A. (2002). *Estudio de los Principios Generales del Título Preliminar del Código Penal*. Lima: Gráfica Suárez.

- Polinsky, A. M. y Shavell S. M. (1984). The optimal use of fines and imprisonment. *Journal of Public Economics*, 24(1984), 89-99. Recuperado de [http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/24\\_J\\_Public\\_Econ\\_89.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/24_J_Public_Econ_89.pdf)
- Posner, R. A. (1980). Optimal sentences for white collar crime. *American Criminal Law Review*, 17, 409-418. Recuperado de [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2842&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2842&context=journal_articles)
- Resolución N° 0068-2009/SC1-INDECOPI (Lima). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Recuperado del Banco de Expedientes del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- Sentencia N° 7320-2005-PA/TC (Lima). Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07320-2005-AA.html>
- Villavicencio Terreros, F. (1990). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.
- Villegas Paiva, E. A. (2015). La función de la pena en un Estado constitucional de Derecho. Una aproximación. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (75), p. 66-108