

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría en Derecho Empresarial



ANÁLISIS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL PERÚ, A PROPÓSITO DE LA LEY N° 31040

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

Mercé Tarcila Boluarte Castro
Código 20030125

Marcia Aura Rivas Rodriguez
Código 20052911

Asesor

Jesus Eloy Espinoza Lozada

Lima – Perú

Abril de 2023

**ANALYSIS OF THE CRIMINALIZATION OF
ANTI COMPETITIVE CONDUCTS IN PERU,
CONCERNING THE LAW 31040**

*A mis padres, Boritz Boluarte y María Elizabeth Castro, por su esfuerzo,
apoyo y confianza en mí.*

Mercé

A mamá María, mi fuerza diaria.

Marcia

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	X
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
OBJETIVOS.....	5
HIPÓTESIS.....	6
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES Y MARCO CONCEPTUAL	7
1.1 La Importancia de proteger la competencia.....	7
1.2 El Derecho de la competencia en el Perú	13
1.2.1 Régimen Constitucional.....	13
1.2.2 Decreto Legislativo N.º 701	16
1.2.3 Decreto Legislativo N° 1034 y modificatorias	20
1.2.4 Ley que criminaliza las prácticas anticompetitivas - Ley N° 31040.....	26
1.3 Las agencias de competencia en el Perú.....	28
1.4 El Programa de Clemencia	31
1.5 El Proceso de Colaboración eficaz	35
CAPÍTULO II: ¿CRIMINALIZAR O NO CRIMINALIZAR?.....	38
2.1 Delimitación en la aplicación del derecho administrativo sancionador y el Derecho Penal para la protección de bienes jurídicos tutelados.....	38
2.2 La Criminalización del Derecho de la Competencia en el Perú	44
2.3 Experiencia comparada.....	50
CAPÍTULO III: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.....	62
3.1 Argumentos a favor de la criminalización de las prácticas anticompetitivas	62
3.2 Argumentos en contra de la criminalización de las prácticas anticompetitivas ..	69
CAPÍTULO IV: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTA DE MEJORA AL RÉGIMEN DE CRIMINALIZACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL PERÚ.....	73
4.1 Evaluación del régimen de criminalización.....	73
4.2 Propuesta de mejora.....	86
4.2.1 Criminalizar solo cárteles.....	86

4.2.2	Remisión expresa al TUO de la LRCA.....	90
4.2.3	Aumento de tope mínimo y máximo de pena privativa de libertad	90
4.2.4	Reconocimiento en sede penal de los beneficios otorgados por el Programa de Clemencia.....	91
4.2.5	Suscripción de un convenio de cooperación entre el Ministerio Público y la agencia de competencia	94
4.2.6	Establecimiento de requisito de procedibilidad para la continuación de la acción penal consistente en la emisión del informe técnico por parte de la agencia de competencia.	95
4.2.7	Criterios de acción de las autoridades para no afectar el principio <i>non bis in idem</i>	98
	CONCLUSIONES	100
	REFERENCIAS.....	104
	ANEXOS.....	111

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.1 Cuadro comparativo entre el DL 701 y el TUO de la LRCA.....	25
Tabla 4.1 Principales Similitudes entre el Proceso de Colaboración Eficaz y el Programa de Clemencia	93

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1.1 Participación de mercado móvil (% líneas).....	11
Figura 1.2 Tarifa promedio por minuto de voz móvil (Variación acumulada desde 2012-IV hasta 2022-II).....	12
Figura 4.1 Impacto del Programa de Clemencia en el Perú en las empresas	83
Figura 4.2 Resultado de encuesta IPSOS a consulta ¿Qué tan probable es que una persona involucrada en prácticas anticompetitivas vuelva a estarlo?.....	89
Figura 4.3 Número de solicitudes de clemencia presentadas por año	92

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Encuesta al Dr. Pierino Stucchi López Raygada.....	112
Anexo 2: Encuesta al Dr. Joaquin Missiego del Solar.....	113
Anexo 3: Encuesta a funcionario de INDECOPI.....	114
Anexo 4: Encuesta al Dr. Dino Carlos Caro Coria	115
Anexo 5: Carta de respuesta a la solicitud de Acceso a la Información Pública (1)	116
Anexo 6: Multas impuestas a personas naturales por prácticas anticompetitivas	117
Anexo 7: Carta de respuesta a la solicitud de Acceso a la Información Pública (2)	120
Anexo 8: Carta de respuesta a la solicitud de Acceso a la Información Pública (3)	121
Anexo 9: Flujogramas que contienen los pasos a seguir ante el conocimiento de indicios por parte de la Agencia de Competencia y el Ministerio Público en un esquema de cooperación.....	122

RESUMEN

El presente trabajo de investigación ofrece una propuesta de mejora al delito tipificado en el vigente artículo 232 del Código Penal. Para dichos efectos, se parte de la base de que el legislador peruano, a través de la Ley N° 31040, ha incorporado a nuestro ordenamiento el delito de abuso del poder económico a través del cual se criminaliza todo tipo de conductas anticompetitivas, sin efectuar un correcto análisis de la necesidad de la persecución penal de cada tipo de práctica anticompetitiva, y sin tomar en cuenta los principios limitantes a la intervención penal que reconoce la Constitución Política del Perú de 1993 y la doctrina. De esta manera, dicha legislación, en lugar de reforzar el sistema de represión de conductas anticompetitivas, termina siendo un obstáculo para la aplicación de herramientas de identificación y consecuente sanción de las conductas anticompetitivas más dañinas para el mercado como son los cárteles. En ese sentido, con la finalidad de que la protección en sede penal de libre competencia resulte un efectivo refuerzo al vigente sistema de represión de prácticas anticompetitivas administrativas, y teniendo en cuenta la experiencia internacional y nacional, se ha previsto una alternativa de modificación legislativa, que disponga una persecución penal solo a las prácticas de cárteles, así como diversas propuestas de carácter extra penal que reforzarán la persecución de dichos ilícitos tanto en sede penal como en sede administrativa.

Palabras clave: libre competencia, conductas anticompetitivas, criminalización, cárteles.

ABSTRACT

This document offers a proposal of improvement to the current Peruvian Criminal Law, with regards to article 232. To achieve this, the document is based on the fact that the Peruvian Congress, through Law 31040, had determined that the abuse of economic power is considered a crime, and affects all anticompetitive conducts, but the Law does not make an adequate analysis of the necessity of the criminal prosecution of each anticompetitive conduct, and does not take into account the principles that limit the criminal intervention that are recognized by the Peruvian Constitution and doctrine. In that way, the Law 31040, instead of strengthening the current system of repression of anticompetitive conducts, becomes an obstacle for the application of tools that permit the identification and application of sanctions to the most harmful of the anticompetitive conducts, i.e., Cartels. Thus, with the objective to demonstrate that the protection of criminal sanctions represents an effective reinforcement to the current system of repression of anticompetitive conducts at administrative level, and considering the national and international experience, the present document proposes an alternative to modify Law 31040, that consists in the prosecution in criminal jurisdiction applying only to Cartels, as well as other proposals that would strengthen the prosecution of Cartels in administrative and criminal jurisdictions.

Keywords: competition law, anticompetitive conducts, criminalization, Cartel.

INTRODUCCIÓN

El régimen económico peruano se ejerce en una economía social de mercado, en cuyo sistema se considera como uno de los principios esenciales a la “*libre competencia*”, siendo reconocido así en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú del año 1993 (en adelante, Constitución Política), el cual prevé que es deber del Estado facilitar y vigilar la libre competencia, así como combatir toda práctica que la limite.

Al respecto, como concepto general de competencia tenemos que esta consiste en la pugna entre diversos agentes económicos que se disputan por vender o adquirir el mismo bien. Producto de la competencia, estos agentes se encuentran en permanente “estrés” por conservar y/o adquirir nuevos clientes.

Es así que, en una economía social de mercado, la libre iniciativa privada y la libre competencia constituyen el sistema para asegurar el bienestar general, siendo que, para subsanar fallas o incorrecciones en el mercado, el Estado debe intervenir emitiendo normativa en materia de defensa de la libre competencia.

Así, tenemos que legislativamente en el país se han desarrollado los alcances de la protección del principio de la libre competencia tanto en sede administrativa como en sede penal, siendo que la primera de ellas se brinda a través de la aplicación de la ley especial de la materia, que actualmente es el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N.º 030-2019-PCM (en adelante, TUO de la LRCA); y la segunda, se otorga mediante la protección penal de conductas anticompetitivas, hoy tipificada en el artículo 232 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N.º 635 (en adelante, Código Penal).

Al respecto, es oportuno mencionar que la protección penal de las prácticas anticompetitivas se inició en el año 1991 hasta el año 2008 en el que se dio su derogación. No obstante, en el año 2020 el Congreso de la República aprobó por insistencia la Ley N.º 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración (en adelante, Ley 31040), a través de la cual se reincorporó, bajo otros alcances, el artículo 232 al Código Penal, tipificando nuevamente las conductas anticompetitivas.

En ese sentido, el presente trabajo versará sobre el análisis de la medida adoptada por el legislador de reincorporar en nuestro marco legal la protección penal de la libre competencia, a partir de la emisión de la Ley 31040. Para dichos efectos se evaluará la conveniencia de la protección de alcance penal para la libre competencia como refuerzo a la protección en sede administrativa, así como la incidencia de la protección penal sobre las herramientas utilizadas para la persecución administrativa de prácticas anticompetitivas, y, finalmente se aportarán determinadas propuestas de mejora en el régimen vigente, que podrán reforzar a mayor medida la consecución del objetivo de la protección de la libre competencia en los mercados.

De este modo, el Capítulo I del presente trabajo abordará el marco conceptual general de la libre competencia y su importancia en la sociedad. Asimismo, se efectuará el desarrollo histórico de su protección legal en nuestro país, identificándose los alcances de dicha protección y se revisará sobre las autoridades que tienen la competencia de perseguir las conductas anticompetitivas en sede administrativa, sus facultades y su principal herramienta para la detección de las prácticas anticompetitivas más dañinas para la sociedad, como son las prácticas colusorias horizontales de prohibición absoluta (cárteles).

Por su parte, el Capítulo II tratará sobre las teorías más resaltantes que existen en la doctrina para delimitar la aplicación del derecho administrativo y el derecho penal para la protección de bienes jurídicos. Adicionalmente, se desarrollará una breve descripción del régimen de criminalización de prácticas anticompetitivas vigente, luego de la emisión de la Ley 31040 y se evaluará la aplicación de la criminalización de prácticas anticompetitivas en los países de Estados Unidos de América, Reino Unido, Colombia y Chile.

Posteriormente, el Capítulo III contendrá los principales argumentos que se identificaron en la doctrina nacional e internacional, tanto a favor como en contra de la política de criminalización de prácticas anticompetitivas.

En el Capítulo IV evaluaremos la tipificación actual contenida en el artículo 232 del Código Penal e identificaremos las críticas más resaltantes que se advierten de dicha disposición respecto de su incidencia en el sistema de protección nacional de la libre competencia. Finalmente, se propondrán determinadas ideas de mejora del régimen penal de protección de la libre competencia para la consecución de sus fines.

Como se puede apreciar, si bien el objeto del presente trabajo busca ser ambicioso, al brindar ideas para la propuesta de modificaciones al régimen vigente de protección penal de la libre competencia, dada la importancia del derecho de la competencia para la sociedad, esperamos también que este documento resulte de apoyo para aquellos estudiantes de derecho empresarial que busquen conocer los conceptos que definen a esta interesante especialidad, así como sus fines o ámbito de protección.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La persecución de prácticas que afectan la libre competencia, a partir del año 2008, con la emisión del Decreto Legislativo N.º 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, quedó limitada solo a la instancia administrativa, la cual venía realizándose a través de las facultades encomendadas a las agencias de competencia en el país, las cuales son el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

No obstante, en el año 2020 dentro del contexto de la crisis política y social ocasionada por el virus SARS – Cov-2 (Covid 2019), el Congreso de la República promulgó la Ley 31040, la cual reincorpora bajo otros alcances, el artículo 232 al Código Penal, cuyo contenido tipifica el delito de abuso del poder económico, criminalizando la realización de todo tipo de prácticas anticompetitivas, ello con la finalidad de reforzar el sistema nacional de represión de conductas que afectan la libre competencia.

Así, como se advertirá de la lectura del presente trabajo, se tiene que la tipificación del referido delito presenta ciertas debilidades, pues contiene ciertas imprecisiones que generan una falta de seguridad jurídica para los destinatarios de dicha legislación. Adicionalmente, evidencia la omisión de ciertos principios de limitación al *ius puniendi* que todo legislador penal debe considerar como mínimo, y resta eficacia al Programa de Clemencia que constituye el más importante mecanismo que prevé la legislación de la materia para la detección de cárteles, cuyas prácticas son las más nocivas para el mercado; entre otras.

En ese sentido, somos de la opinión que el vigente artículo 232 del Código Penal al no otorgar claridad en el tipo penal, en lugar de reforzar la disuasión para la comisión de prácticas anticompetitivas, genera un riesgo de confusión en su aplicación y resta fuerza en la persecución de este tipo de prácticas en el ámbito administrativo.

OBJETIVOS

Con el presente trabajo de investigación buscamos, en principio, demostrar cuáles son las debilidades y dificultades que presenta el vigente artículo 232 del Código Penal, que tipifica el delito de abuso del poder económico, criminalizando todo tipo de prácticas anticompetitivas. Este escenario, a nuestro criterio, termina afectando la política nacional de libre competencia.

En consecuencia, luego del análisis de las mejores prácticas internacionales y siguiendo las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), propondremos ideas de mejora para la modificación del mencionado artículo, ello sin perjuicio de que pueda ser necesario realizar modificaciones a la legislación extrapenal como al TUO de la LRCA, con la finalidad de promover la eficacia de la persecución penal y administrativa contra dichas prácticas, que afectan a la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

HIPÓTESIS

Teniendo en cuenta que el vigente artículo 232 del Código Penal criminaliza todo tipo de prácticas anticompetitivas, sin establecer los supuestos de hecho para la configuración del delito, ni tampoco contemplar en su texto una remisión expresa a la ley especial de la materia, apreciamos que dicha disposición constituye un tipo penal abierto. Esta situación, a nuestra consideración, genera una inseguridad jurídica tanto al legislador como al destinatario final de la ley.

Por otro lado, al no establecerse en el marco legal vigente una obligación de que en sede penal se reconozcan los beneficios que otorga el Programa de Clemencia en el ámbito administrativo, estimamos que dicha omisión resta eficacia a los esfuerzos de detección de cárteles de las agencias de competencia, situación que finalmente termina beneficiando a las empresas cartelistas para que continúen operando.

En ese sentido, apreciándose que la criminalización de prácticas anticompetitivas tal cual ha sido incorporada en nuestro ordenamiento termina generando un impacto negativo en la persecución de conductas que afectan a la libre competencia, y siguiendo la tendencia internacional para la implementación de dicha medida, consideramos necesario formular una propuesta de modificación al vigente artículo 232 del Código Penal y presentar sugerencias de modificación a normas de carácter extra penal, con el objetivo de otorgar seguridad jurídica a los agentes del mercado, reforzar la disuasión para la comisión de prácticas anticompetitivas, especialmente las más dañinas para el mercado (cárteles), y continuar con el robustecimiento de las facultades de las agencias de competencia para la persecución de las conductas anticompetitivas en sede administrativa.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES Y MARCO CONCEPTUAL

1.1 La Importancia de proteger la competencia

La decisión de las empresas para participar en un mercado es adoptada con la finalidad de obtener una rentabilidad, lo cual equivale a la capacidad que tiene una organización para obtener ganancias por el desarrollo de sus actividades económicas. Al respecto, para tomar la decisión de formar parte del mercado en calidad de agente proveedor de bienes y servicios, las empresas realizan un análisis de mercado, el cual constituye un proceso sistemático y objetivo que permite captar información necesaria para diseñar las estrategias de negocio, tales como, el valor del mercado, segmentación de clientes, identificación de competidores, análisis de costos y precios, determinación de canales de venta o distribución, entre otros. (Kresalja & Ochoa, 2020).

La posibilidad de participar en algún mercado de bienes o servicios en donde se obtenga una rentabilidad, no solo puede encontrarla atractiva un agente económico sino varios que busquen perseguir el mismo objetivo, o se puede dar el caso que dicho mercado ya cuenta con agentes ofertantes ya instalados para la actividad económica identificada como rentable. Así, el principal objetivo de los agentes ofertantes o de los entrantes ofertantes en el mercado se concentrará en mantener o captar el mayor número de consumidores posible.

De este modo, la dinámica en el mercado previamente expuesta forma parte primordial del juego entre la oferta y la demanda. Así, la libre competencia se presenta como un sistema que ordena el mercado, en el cual las empresas ponen a disposición de los clientes bienes y/o servicios similares, siendo los mismos sustituibles entre sí, y en donde el elemento primordial para la toma de decisiones es el precio.

Es así que, en un mercado donde prima la libre competencia, los consumidores y usuarios pueden comparar y elegir entre varias opciones de producto o servicio, debiendo los proveedores rivalizar y esforzarse para que los clientes decidan por sus bienes o servicios, reduciendo sus precios, mejorando la calidad de sus productos, y ofertando nuevas variedades de bienes y servicios que se ajusten en mayor medida a los gustos y las necesidades de los consumidores y usuarios. Por otro lado, en una situación de escasa

competencia, las empresas con posición de dominio o aquellas que se cartelizan pueden perjudicar a sus consumidores, vía productos más caros, de menor calidad y menos ajustados a sus necesidades. (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, s.f.)

Según Bork: la doctrina reconoce que la libre competencia es el mejor mecanismo para promover la eficiencia en los mercados. Es así que, del análisis efectuado por los economistas respecto de la oferta y demanda en el mercado, se evidencia que la competencia reduce los precios y conlleva a una estructura de mercado eficiente (como se cita en Bullard Gonzales, 2006, p. 970).

En ese sentido, al existir una mayor presión competitiva entre los agentes proveedores de un mercado a fin de poder obtener la preferencia de los consumidores, reducen sus precios y otorgan mejor calidad a sus productos o servicios, logrando así captar mayores ganancias, por lo que podemos concluir que con la propia dinámica del mercado se obtiene una eficiencia para todos los agentes intervinientes en este.

En esa línea, el informe “*Competition Policy. Encouraging Thriving Markets for Development*” del Banco Mundial, desarrolla que, de la experiencia práctica, se ha evidenciado que las políticas a favor de la competencia tienen como efecto que los mercados funcionen de manera eficiente, mejorando el desempeño económico de un país, y aumentando las oportunidades comerciales y la productividad de las empresas para finalmente beneficiar a los consumidores a través de precios bajos para los bienes y servicios. (The World Bank, 2012).

El referido documento enfatiza que los estudios teóricos y empíricos demuestran que la competencia impulsa la innovación, la productividad y el crecimiento económico, de tal modo que si las empresas afrontan una presión competitiva tendrán incentivos para reducir sus costos, brindar innovación en sus productos o servicios, ser eficientes y más productivos que sus empresas rivales; concluyendo, finalmente que la competencia genera ahorros y mayor acceso a los mercados para los consumidores. (The World Bank, 2012).

Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, ha reconocido que la competencia otorga beneficios a la sociedad, dado que no solo brinda productos y servicios más baratos, de mejor calidad y variedad, sino que, indirectamente, también beneficia a los agentes proveedores y al sector público, al

beneficiar al crecimiento económico, laboral e incentivar la innovación. (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, s.f.).

Ahora bien, lo antes expuesto también ha sido reconocido en nuestro marco legal; tal es así que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.º 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), se afirma que: “no queda duda que la libre competencia es un factor fundamental en la eficiente asignación de recursos dentro de la sociedad y redundando en un mayor bienestar de los consumidores”. (Exposición de Motivos de la LRCA).

Sobre la base de lo expuesto, para evidenciar los efectos positivos de la competencia, consideramos pertinente desarrollar la evolución del mercado del servicio público móvil en el país, en el periodo comprendido entre los años 2012 al 2022. De este modo, tenemos que:

- Durante los años 2012 y 2013, según la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones – ERESTEL del Osiptel, los principales proveedores del servicio de telefonía móvil eran las empresas Telefónica Móviles S.A. (ahora, Telefónica del Perú S.A.A., perteneciente al Grupo Telefónica), seguido por América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, CLARO) y Nextel Perú S.A. (en adelante, Nextel) (Acosta et al., 2014). Cabe indicar que, a diferencia de las dos primeras empresas antes mencionadas que brindaban el servicio de telefonía móvil en el territorio nacional a través del mecanismo “*full – dúplex*” (por el cual se recibe y se envía información a la red al mismo tiempo), Nextel se dirigía al segmento corporativo y brindaba el servicio de voz troncalizado que, si bien permite comunicaciones de voz, estas eran únicamente “*half-duplex*” (es decir no era factible enviar y recibir información al mismo tiempo), y no permitía el uso de internet con velocidades altas; por ello no generaba competencia contra las otras empresas que concurrían en el mercado de telefonía móvil. (Loaiza Flower, 2016).
- De este modo, durante los años 2012 y 2013, tenemos que la mayor participación en el mercado era del Grupo Telefónica, situación que se explica de la estructura del mercado de telecomunicaciones de los años noventa, donde esta empresa tenía el monopolio exclusivo en diferentes servicios de telecomunicaciones. Por tal motivo, el Grupo Telefónica logró obtener una mayor cobertura y penetración en sus planes comerciales, siendo que cuando

CLARO ingresa al mercado, Telefónica ya tenía gran parte del mercado geográfico cubierto. (Acosta et al., 2014).

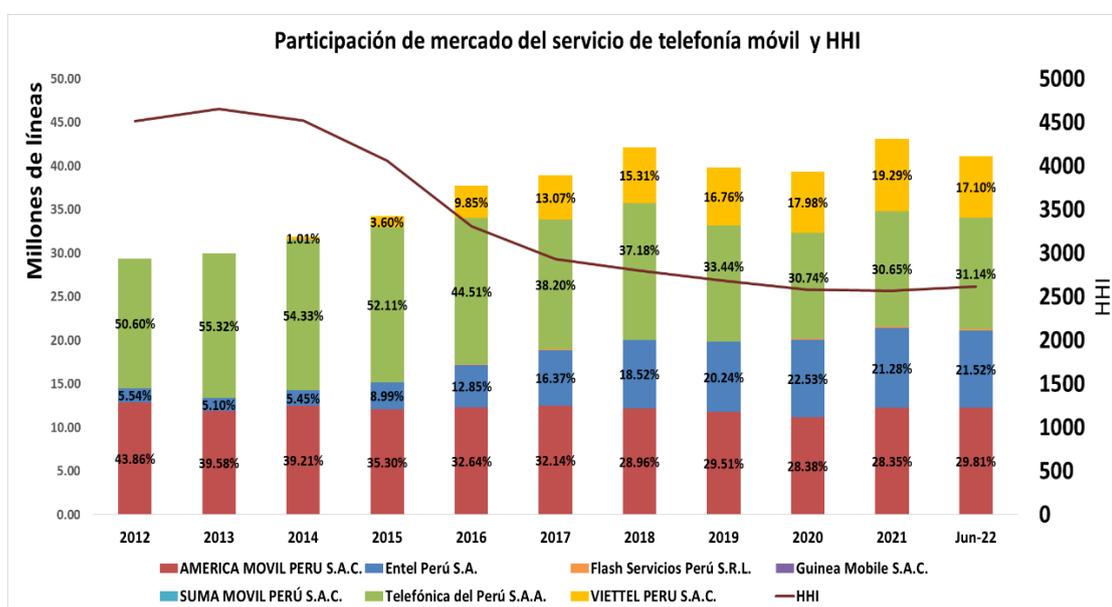
- Posteriormente, en el año 2013 se aprecia el interés del Grupo Entel Chile de ingresar en el mercado del servicio móvil peruano, siendo que en abril del referido año se anunció la compra de los activos de la empresa Nextel; transacción que se concretó el 20 de agosto de 2013. Así, si bien el Grupo Entel ya poseía los activos de Nextel, dicho agente mantuvo el nombre comercial de “Nextel” hasta el 10 de octubre de 2014, fecha en la que lanzaron el nombre comercial “Entel”, siendo que desde setiembre de 2013 se empezó a notar el cambio de estrategia comercial de dicho agente, pues se inició la oferta masiva enfocada al segmento residencial y se empezó a comercializar planes con tecnología 3G.
- Asimismo, en el año 2014, la empresa Viettel Perú S.A.C. (en adelante, Viettel) inició formalmente sus actividades comerciales en el mercado del servicio móvil peruano, apuntando su oferta al segmento residencial de bajos recursos, ofreciendo planes “Postpago” desde una tarifa mensual de S/ 29.90 y tarifas prepago de voz desde S/ 0.14 el minuto. (Loaiza Flower, 2016).
- Aunado a lo anterior, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL coadyuvó a dinamizar las condiciones de competencia en el mercado, creando diversos mecanismos que reducían los costos de transacción para que los abonados puedan decidir por la contratación de nuevos planes tarifarios ofrecidos por diferentes empresas operadoras que más se acomoden a sus necesidades, lo cual generaba una fuerte presión competitiva que implicaba que las empresas operadoras brinden servicios con mejores condiciones dentro de sus planes tarifarios. Se tiene como dichos mecanismos a la implementación de medidas para la aplicación de la portabilidad numérica¹ (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [OSIPTEL], s.f.-b), la imposición de la obligación de las empresas operadoras de telecomunicaciones de comercializar equipos terminales desbloqueados, la reducción del cargo de interconexión móvil, entre otros.

¹ Portabilidad numérica es el derecho que tiene un abonado de servicio de telefonía móvil o fija de mantener su número telefónico al cambiarse de empresa operadora.

- De este modo, de las condiciones que se presentaron en el mercado de telefonía móvil desde el primer trimestre del año 2014 hasta el primer trimestre del año 2022, se evidencia que existe un crecimiento del nivel competitivo entre los agentes proveedores del servicio móvil, como consecuencia del cambio de cuotas del mercado y el ingreso de nuevos operadores, conforme se puede observar del siguiente gráfico:

Figura 1.1

Participación de mercado móvil (% líneas)



Norma de Requerimientos de Información Periódica.

Información remitida por las empresas operadoras, la misma que podría ser actualizada en caso se reciba nueva información y/o ante una eventual rectificación, ya sea a pedido de parte o por solicitud del OSIPTEL.

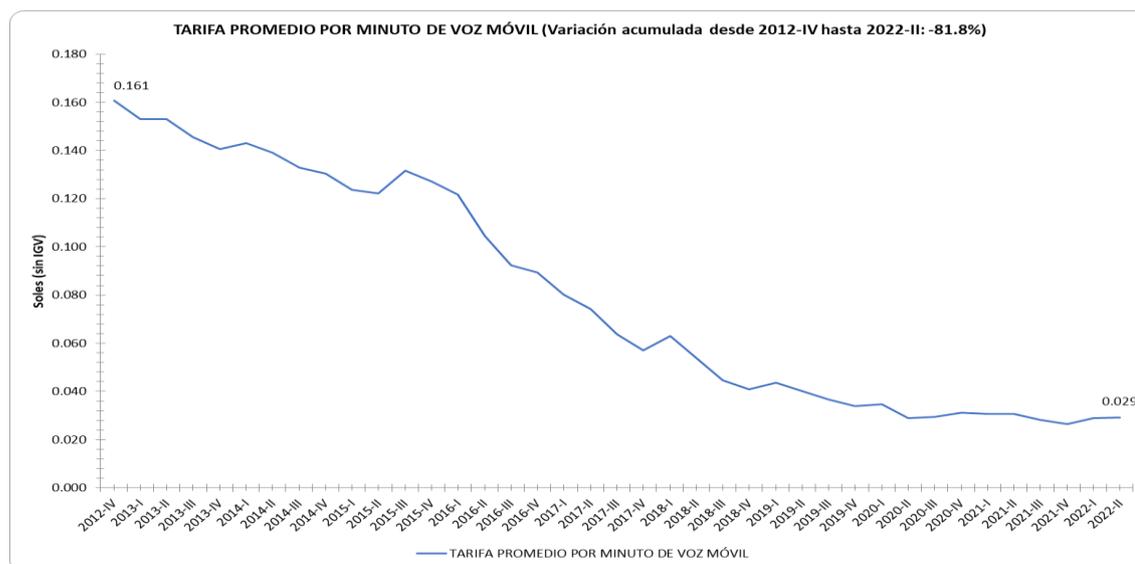
Nota. PUNKU. El portal a la información de las telecomunicaciones (OSIPTEL).

- En el primer trimestre del año 2012 la participación en el mercado se componía por las empresas Telefónica, Claro y Entel (Ex Nextel) con porcentajes de participación de 50.60%, 43.86% y 5.54 %, respectivamente; a diferencia del segundo trimestre del año 2022, en donde la participación del mercado estaba compuesta entre las empresas Telefónica, Claro, Entel y Viettel con porcentajes de participación de 31.14%, 29.81%, 21.52% y 17.10%, respectivamente.
- Es así que, como consecuencia del dinamismo en el mercado del servicio de telefonía móvil desde el año 2012 al segundo trimestre del año 2022, se puede

apreciar que la tarifa por minuto de llamada móvil descendió desde S/ 0.161 soles sin IGV, a aproximadamente S/ 0.0029 soles sin IGV, lo cual representa una variación acumulada de -81.8%.

Figura 1.2

Tarifa promedio por minuto de voz móvil (Variación acumulada desde 2012-IV hasta 2022-II)



Información reportada en el marco de la NRIP.

a) La tarifa promedio por minuto de voz (mercado) se estima como el ratio entre la suma de ingresos por el tráfico de voz y la suma del tráfico originado de minutos de voz (local + LDI).

b) La estimación considera a todas las empresas operadoras.

Nota. PUNKU. El portal a la información de las telecomunicaciones (OSIPTEL).

De lo expuesto, se evidencia que el incremento de la intensidad competitiva en el mercado del servicio móvil, producto de la mayor concurrencia de agentes competitivos en el sector y también de las políticas pro competitivas formuladas por el ente regulador, permitió que las tarifas por minuto del servicio móvil de voz se reduzcan sustancialmente, en beneficio de los usuarios.

En términos generales, podemos concluir que la competencia aporta beneficios en el mercado, en cuanto a la calidad de los productos o servicios, innovación y precio, entre otros.

1.2 El Derecho de la competencia en el Perú

1.2.1 Régimen Constitucional

De la revisión de la normativa constitucional aplicable para la protección de la libre competencia, tenemos como primeras normas las Constituciones Políticas del Perú de los años 1920 y 1933, las cuales reconocían en sus artículos 50 y 16, respectivamente, la prohibición de los monopolios; sin embargo, durante la vigencia de dichas legislaciones en donde existía un modelo intervencionista del Estado en las actividades económicas, se permitían los monopolios estatales, o el Estado podría autorizar monopolios por exclusivo interés nacional. (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1920, 1933).

Posteriormente, con la Constitución Política del Perú de 1979, se inauguró la Constitución Económica Peruana; ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115, el cual establecía que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, sin señalar expresamente en ninguno de sus artículos a la libre competencia. Por el contrario, en su artículo 113, aún reconocía que el Estado podía ejercer actividad empresarial para promover la economía, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo del país.

Sin perjuicio de ello, consideramos que el artículo 133 de dicho cuerpo normativo, al prohibir los monopolios, los oligopolios, los acaparamientos, y las prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil, y señalar las sanciones correspondientes, contempló de algún modo aspectos de Competencia. (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1920, 1933).

Cabe indicar que, en el periodo en el cual la Constitución Política de 1979 se encontraba vigente, los monopolios continuaron existiendo, y en su mayoría fue el Estado quien los creó y los hizo mantenerse, esto debido a la imposición de limitaciones a la libre competencia, como eran las barreras a la importación o las licencias de exclusividad, así como por la existencia de empresas públicas, entre otros.

Posteriormente, la Constitución Política del Perú del año 1993 (en adelante, Constitución Política), también recogió el régimen económico de su antecesora; sin embargo, estableció claramente los principios, libertades y reglas de juego del sistema económico orientado a un Estado constitucional y democrático de derecho. Así, se puede apreciar que el artículo 58 de la Constitución ha previsto como uno de los principios

generales de nuestro sistema económico a la libertad de la iniciativa privada, la cual se ejerce en una economía social de mercado.

En lo que concierne al principio de libre iniciativa privada, es oportuno señalar que, conforme con el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución Política, este consiste en el derecho fundamental de toda persona a participar, de forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. Siendo que, en virtud de dicho derecho, la persona tiene derecho a realizar actividades económicas, con autonomía plena, y con un fin lucrativo. (Tribunal Constitucional, 2003, Sentencia 0008-2003-AI/TC).

De otro lado, en el marco de la economía social de mercado, es importante referirnos al principio de subsidiariedad del Estado, reconocido en el artículo 60 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado solo podrá realizar actividad empresarial siempre que no haya inversión privada en dicha actividad y solo podrá ser autorizado por ley expresa, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993).

En esa orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha desarrollado que, una economía social de mercado se caracteriza, principalmente, por resguardar el bienestar social a través de dar oportunidad de trabajo y reparto de ingreso, así como por respetar las garantías de un mercado libre, como el derecho a la propiedad, la iniciativa privada y la libre competencia; y, finalmente, por establecer un Estado que tenga un rol subsidiario en las actividades económicas. (Tribunal Constitucional, 2003, Sentencia 0008-2003-AI/TC).

Ahora bien, tomando en cuenta los principios y libertades que se reconocen al régimen económico constitucional y que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad es el fin supremo del Estado, según el artículo 1 de la Constitución Política, el Dr. Landa Arroyo concluye que, en el Perú, nos encontramos frente a un sistema económico al servicio de la persona humana, por lo que la economía no es el fin en sí mismo de nuestro régimen, sino es un instrumento al servicio del individuo y de su dignidad. (Landa Arroyo, 2007).

De este modo, nuestra Constitución Política protege a la iniciativa privada y otros derechos que otorgan libertades para la actividad económica, siempre que se encuentren limitados al interés general. Es así que la misma Constitución le brinda al Estado un rol vigilante, garantista y corrector en la economía, disponiendo en sus artículos 58 y 59, que

el Estado tiene el deber de orientar el desarrollo del país y promover el empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos e infraestructura; e incentiva la generación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria.

Otro mecanismo, por el cual la Constitución Política brinda al Estado la facultad de garantizar a los individuos los principios y libertades económicas fundamentales antes descritos en el marco de un interés general, es a través de su deber vigilante de la competencia libre y leal en el mercado.

Así, en los artículos 61 y 65 de la Constitución Política, se observa una mayor preocupación en regular la libre competencia, al otorgarle rango constitucional y confirmar al Estado como ente encargado de facilitar y vigilar la libre competencia, así como de combatir toda práctica que la limite, defendiendo así el interés de los consumidores y usuarios, tal como se aprecia en las siguientes disposiciones:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia [cursivas añadidas]. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”. (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 61)

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios [cursivas añadidas]. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población. (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 65)

En ese sentido, podemos afirmar que desde el año 1993 la libre competencia empieza a cobrar mayor valor en nuestro ordenamiento, al ser reconocida explícitamente en la Constitución Política, al garantizar el Estado su protección, y limitándose cualquier práctica en contrario; teniendo como fin principal proteger los derechos que tienen los consumidores y usuarios.

En este contexto, y como se explicó en el acápite 1.1 del presente trabajo, la importancia de la competencia se sustenta en la utilidad que genera para brindar un escenario propicio a la actividad económica, permitiendo regular la forma de actuación de los distintos competidores. Es así que, en un país con economía social del mercado, el

Estado buscará garantizar que la competencia se desarrolle, lo que permitirá una mayor libertad en los consumidores.

En esa misma línea, Kresalja Roselló sostiene que, para entender la protección constitucional de la competencia, es necesario tener en cuenta que los derechos derivados de una libre competencia reconocidos por ley, si bien otorgan una libertad para acceder al mercado con la finalidad de competir a fin de satisfacer un interés legítimo, se encuentran limitados por las mismas normas, que buscan fomentar la competitividad y la eficiencia en el mercado, con la finalidad de impedir que exista una concentración de riqueza, para lograr una igualdad entre los ciudadanos. (Kresalja Roselló, 2007, pp. 24-25).

De lo expuesto, se puede desprender que la libertad de competencia tiene como límite el cumplimiento de una función de interés social, lo cual no desvirtúa al principio de libre iniciativa privada ni los derechos económicos que supone, sino que busca que en el mercado se respete la igualdad entre los competidores y se proteja a los consumidores y usuarios, promoviendo una eficiencia económica para el bienestar común.

1.2.2 Decreto Legislativo N.º 701

El Decreto Legislativo N.º 701 (en adelante, DL 701), *“Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”* de fecha 5 de noviembre de 1991, se considera como el punto de partida de la implementación y aplicación en el Perú de las normas que buscan combatir y sancionar las conductas contrarias a la libre competencia ejecutadas por los agentes económicos en los mercados.

En ese sentido, dicha norma tiene como finalidad proteger la libre competencia, promoviendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva en busca del mayor beneficio de los usuarios y competidores; eliminando así conductas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

Cabe precisar que, si bien la mencionada normativa se creó en 1991, no fue hasta la fundación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), el 24 de noviembre de 1992, mediante Decreto Ley N.º 25868, que empezó a tener vigencia; ello, debido a que la vigencia del DL 701 fue condicionada al establecimiento de la Comisión Nacional de la Libre Competencia, organismo con autonomía administrativa y técnica, a cargo de la

supervisión del cumplimiento del referido Decreto, para lo cual se le atribuyó la facultad de elaborar su reglamento y el de su órgano instructor. No obstante, dicha entidad no se creó y no fue hasta la fundación del INDECOPI que se modificó DL 701 para que su composición y el ejercicio de sus funciones forme parte de la estructura orgánica del citado organismo, sufriendo variaciones en dos oportunidades mediante Decreto Legislativo N.º 788 y Decreto Legislativo N.º 807. Luego de dichas variaciones, el DL 701 no sufrió modificaciones por un periodo mayor a 10 años. De este modo, para efectos del presente trabajo, nos referiremos al DL 701 en su última versión.

Resulta importante mencionar que, si bien el citado DL 701 busca proteger la libre competencia, dicha protección se manifiesta en las prohibiciones pasibles de sanción, al establecer que: “están prohibidos y serán sancionados ... los actos o conductas, que restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 701, Artículo 3).

De este modo, en los artículos 5 y 6 del DL 701, se identifican dos tipos de conductas anticompetitivas, las cuales son: (i) las prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado; y, (ii) las prácticas restrictivas de la libre competencia: los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 701, Artículos 5-6).

En ese sentido, es importante mencionar las particularidades que desarrollaba el DL 701 respecto de las dos categorías de comportamientos prohibidos:

- **Actos de Abuso de Posición de Dominio**

Se consideraba que un agente ostentaba posición de dominio cuando éste contaba con la facultad de actuar independientemente de los sujetos partícipes en el mercado (proveedores, competidores o clientes), por diversas razones tales como, el porcentaje de participación en el mercado, las características de la oferta y demanda, el avance tecnológico, entre otros. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 701, Artículo 4).

En ese sentido, según el artículo 5 del DL 701, se configuraba una práctica de abuso de posición de dominio cuando concurrían los siguientes

supuestos: (i) una o más empresas actuaban de modo independiente sin considerar a sus competidores y otros agentes del mercado debido a su participación significativa, y (ii) dichas empresas dominantes actuaban de manera indebida, obteniendo un beneficio y causando perjuicio a otros agentes del mercado que no hubiera sido posible causar de no contar con la posición de dominio el mercado. Sin embargo, el mencionado decreto no reconocía expresamente una definición de mercado relevante para la evaluación de la posición de dominio de un agente.

Cabe indicar que, en el DL 701, para la configuración del acto de abuso de posición de dominio, no se exigía expresamente un efecto exclusorio de un competidor, por lo que en la jurisprudencia se evidenciaron varios pronunciamientos en dicho sentido. Cabe indicar que, mientras el efecto exclusorio se refiere a la afectación que producen dichas conductas sobre la entrada o permanencia de los competidores en el mercado, el efecto explotativo se refiere a los efectos que causan estas conductas frente a los consumidores y usuarios. (Ruiz Díaz, 2011).

Ahora bien, las modalidades de abuso de poder de dominio que se encontraban descritas de manera expresa en dicho texto legal eran las siguientes:

- La negativa injustificada de atención de demandas de compra, o de venta o provisión de bienes o servicios.
- La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que sitúen a unos competidores en situación de desventaja a comparación de otros. Un ejemplo de este tipo de conducta es la discriminación de precios; sin embargo, en esta modalidad, se permite la discriminación siempre y cuando se basen en factores tales como la aplicación de descuentos y bonificaciones que tratan de prácticas comerciales aceptadas, como por ejemplo cuando se otorguen por algunas circunstancias compensatorias por pagos anticipados, o dependiendo de montos o volúmenes u otras.
- La subordinación de la suscripción de contratos a la contratación de prestaciones suplementarias que no tenga relación con el objeto de tales contratos. En ese supuesto, cuando de contratos de atadura se trate, estos

podrían ser justificados únicamente si el consumidor se beneficia directamente de la atadura.

- Otros casos de efecto equivalente. (Quintana Sánchez, 2013, pp. 55-56).

Como se puede apreciar, el DL 701 desarrollaba de manera general las condiciones que debían evaluarse para determinar la existencia de la conducta objeto de análisis; sin embargo, cada uno de los pasos a seguir para llegar a identificar su configuración, se encontraban descritos en la jurisprudencia emitida por las instancias competentes de las agencias de competencia.

- **Prácticas Restrictivas de la Competencia**

El DL 701 reconocía a estas prácticas como los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas, entre empresas que puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 701, Artículo 6).

Las modalidades de este tipo de conducta tipificadas de manera expresan como prácticas restrictivas de la competencia eran:

- La fijación concertada de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- El reparto de mercado.
- El reparto de cuotas de producción.
- Licitaciones colusorias.
- La concertación de la calidad de los productos.
- La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que sitúen a unos competidores en situación desventajosa a comparación de otros.
- La subordinación de nuevos contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

- La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- Otros de efecto equivalente. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 701, Artículo 6).

Como se puede advertir de lo expuesto, las condiciones que regulaba el DL 701 para determinar la configuración de las prácticas colusorias eran también muy generales y no establecían expresamente diferencias entre los criterios de análisis para el tipo de prohibición que se debía aplicar a las diferentes modalidades de la infracción; por ello, fue la jurisprudencia emitida por las instancias de las agencias de competencia la que desarrolló dichos alcances.

De lo expuesto, se aprecia que los alcances del marco legal contenido en el DL 701 eran muy amplios y no definían diversas materias o conceptos para su aplicación en la jurisprudencia, lo que daba a la agencia de competencia un alto grado de discrecionalidad para interpretar y aplicar la ley.

Finalmente, cabe mencionar que en correspondencia con lo señalado en la versión primigenia del artículo 232 del Código Penal, que criminalizaba las conductas anticompetitivas, el DL 701 en su artículo 19 establecía expresamente que, cuando la Comisión de Defensa de la Libre Competencia estimara que alguna conducta ha infringido el artículo 232 del Código Penal, debía poner ello en conocimiento del Ministerio Público, para que inicie la acción penal.

1.2.3 Decreto Legislativo N° 1034 y modificatorias

Como se describió previamente, luego de la aplicación del DL 701 que rigió más de diez (10) años, se emitió una nueva ley en dicha materia, denominada Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por el Decreto Legislativo N.º 1034 (en adelante, LRCA), que buscaba superar las deficiencias y vacíos de la primera ley de la materia, y definió con un mayor grado de precisión determinados conceptos y alcances que ya se venían aplicando a nivel jurisprudencial, en la aplicación de las reglas para la identificación y la consecuente represión de las conductas anticompetitivas. (Quintana Sánchez, 2013).

A continuación, en el presente apartado señalaremos las principales modificaciones que se incluyeron en la LRCA:

- El artículo 1 definió de manera más clara el objetivo de la ley, precisando que la misma se centra en proscribir y castigar conductas en contra de la debida competencia, buscando promover la eficiencia económica en beneficio del consumidor.
- La ley determinó mejores alcances sobre los criterios que se deben evaluar para considerar que una empresa ostenta posición de dominio. Así, se incluyó el concepto de mercado relevante, para evaluar la posición de dominio de los agentes. Adicionalmente, el artículo 7, precisó que para entender que una empresa ostenta una posición de dominio no bastaba actuar de manera independiente de los partícipes del mercado, sino que la empresa tendría la capacidad de restringir, afectar o distorsionar la competencia en los mercados.
- Los artículos 8 y 9 describen el estándar probatorio necesario para la verificación de las conductas con tratamiento de prohibición absoluta y de prohibición relativa.
- El artículo 10.1 precisó expresamente que las prácticas de abuso de posición de dominio implican perjuicio al proceso competitivo ocasionando una restricción en la competencia, es decir que los agentes que pueden verse afectados son los competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por lo que se establece textualmente que, para configurar dicha conducta, esta debe tener efecto “exclusorio”.
- Por su lado, el artículo 10.4 reconoce expresamente que la figura de abuso de posición de dominio está sujeta a la prohibición relativa o la regla de la razón.
- El artículo 11.1 define lo que se debe entender por prácticas colusorias horizontales, describiendo una serie de conductas que son replicadas del artículo 6 del DL 701, incluyéndose las siguientes modalidades: (i) obstaculizar la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación de manera concertada; y (ii) concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva.

- El artículo 11.2 establece una relación de prácticas colusorias horizontales a las cuales se le aplicará la regla de la prohibición absoluta por constituir conductas inherentemente anticompetitivas, denominadas como cárteles. Estas conductas únicamente son las siguientes: (i) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas; (iii) el reparto de proveedores, clientes o mercados; y, (iv) licitaciones colusorias. Se debe recalcar que, a diferencia de las mencionadas prácticas, a las otras se les aplica la regla de prohibición relativa.
- El artículo 12 define a las prácticas colusorias verticales como aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas efectuadas por agentes económicos que operan en niveles diferentes de la cadena de producción o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
- El artículo 26 perfecciona la figura de la exoneración de la responsabilidad, conocida como el Programa de Clemencia, el cual permite al primer agente que ofrezca cooperación de la investigación sobre una práctica colusoria, obtener una completa inmunidad de las sanciones que recibiría, precisando que los siguientes solicitantes del programa de clemencia se verán beneficiados únicamente con la reducción de la multa.
- En cuanto al tema objeto de investigación, cabe resaltar que la LRCA derogó expresamente el artículo 232 y el numeral 3 del artículo 241 del Código Penal, disposiciones que tipificaban como delito el abuso de poder económico en el mercado y las concertaciones de precios en los concursos o licitaciones públicas, respectivamente. (Presidencia de la República del Perú, 2008, Decreto Legislativo 1034).

Con fecha 23 de setiembre del año 2015 se publicó en el Diario El Peruano el Decreto Legislativo N.º 1205 (en adelante DL 1205) que modificó la LRCA, agregando, entre otras, las siguientes modificaciones:

- Se establecen reglas más claras para el beneficio de clemencia, permitiendo la reducción o exoneración de la sanción a cambio de la colaboración de los agentes infractores. Con estos cambios, se busca promover un mayor acogimiento de los partícipes de cárteles a dicha figura.

- Como parte de las modificaciones del Programa de Clemencia, se agregan mecanismos por los cuales los solicitantes reciben un marcador que registra fecha y hora en que la solicitud se realiza, separando o reservando su puesto, mientras que el solicitante cumpla con entregar la información necesaria para que su solicitud proceda, que no es otra cosa que la entrega de información y documentación que acredite la ejecución del cártel y sus participantes.
- Principalmente, se limita la discrecionalidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a su decisión de aprobar la exoneración o reducción de la sanción del solicitante, precisando que la referida Comisión deberá otorgar dichos beneficios siempre que el solicitante se acoja a lo dispuesto en el mencionado artículo 26, salvo que el órgano instructor verifique el incumplimiento de la obligación de colaboración del solicitante.
- Se aclaran las reglas en caso de concurrencia de solicitantes del Programa de Clemencia, precisándose que, aquellos que brinden información que sea relevante se verán beneficiados con la disminución de la multa, siempre y cuando la información proporcionada sea diferente y tenga un valor agregado significativo a la información con la que ya cuenta la autoridad de competencia. Asimismo, se establecieron rangos de reducción de la multa y se dispuso que el agente que forzó la ejecución del cártel solo podrá acceder a la disminución de la sanción mas no a la exoneración total de la misma. (Presidencia de la República del Perú, 2015, Decreto Legislativo 1205).

Posteriormente, con fecha 7 de setiembre de 2018, se publicó en el Diario El Peruano el Decreto Legislativo N.º 1396 (en adelante el DL 1396), a través del cual, entre otros aspectos, se estableció en su Única Disposición Complementaria Transitoria, que en un plazo de seis (6) meses desde su entrada en vigencia se aprobará el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (Presidencia de la República del Perú, 2018, Decreto Legislativo 1396).

Finalmente, con fecha 19 de febrero de 2019, se publicó en el Diario El Peruano el Decreto Supremo N.º 030-2019-PCM, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, TUO de la LRCA), a través del cual se compiló de manera ordenada y armónica toda la normativa que configura el marco legal de la libre competencia en el Perú, de manera tal que se facilite su aplicación.

Con fecha 11 de mayo de 2020, se publicó el Decreto Legislativo N.º 1510, Decreto Legislativo que modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia N.º 1310-2019 – Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, a través del cual se dispuso incluir en el artículo 18 del DL 1034, la facultad de la Secretaría de no iniciar ni instruir procedimientos sancionadores cuando advierta que la conducta de prohibición relativa no sea capaz de perjudicar de manera significativa a la competencia.

En este caso, el órgano instructor está facultado para imponer de oficio o a solicitud de parte (el investigado) mecanismos que busquen reestablecer o promover la libre competencia y asegurar el cumplimiento de las normas de libre competencia. Asimismo, prevé que, para ejercer de dicha potestad, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia aprobará unos lineamientos a propuesta del órgano instructor (la Secretaría Técnica).

A manera de síntesis, a continuación, se desarrollan las principales diferencias que se advierten entre la legislación primigenia y la legislación vigente de protección de la libre competencia, esto es el DL 701 y el TUO de la LRCA:

Tabla 1.1*Cuadro comparativo entre el DL 701 y el TUO de la LRCA*

DL 701	TUO de la LRCA
No resultaba claro si las prácticas explotativas (conductas referidas a precios abusivos que terminan afectando a los consumidores o usuarios) podían ser objeto de sanción bajo dicho marco legal.	Se da la exclusión de las prácticas explotativas dentro del marco legal. Asimismo, se especifica que son las prácticas exclusorias, las que son objeto de sanción bajo la normativa de libre competencia.
De acuerdo con lo previsto en el artículo 3, para la configuración de los actos de abuso de posición de dominio no se exigía un beneficio de la empresa sino tan solo un perjuicio al interés económico general. Asimismo, tampoco se exigía una relación de competencia entre el agente económico que realizaba la práctica y el agente económico afectado.	Según el artículo 10, se configura una práctica de abuso de posición de dominio siempre que se dé un perjuicio a competidores reales o potenciales, así como que la empresa que se niega a contratar obtenga un beneficio. Se exige una relación de competencia en las prácticas de abuso de posición de dominio.
No se aprecian conceptos claros para la aplicación del marco legal en cuanto a la definición del mercado relevante y la posición de dominio.	El artículo 6 incluye una definición del concepto de mercado relevante. Asimismo, el artículo 7 desarrolla de manera más precisa el concepto de posición de dominio.
El artículo 6 tipificaba prácticas colusorias sin hacer distinción entre prácticas colusorias horizontales y verticales. Asimismo, no establece expresamente una prohibición de acuerdos verticales.	Los artículos 11 y 12 listan las conductas que constituyen prácticas colusorias diferenciando entre las que son horizontales y verticales, reconociendo reglas o requisitos para la configuración de cada tipo de prácticas.
No se reconocen expresamente las conductas prohibidas per se o de prohibición absoluta, es decir las conductas que generaban efectos evidentemente anticompetitivos.	El artículo 11.2 reconoce expresamente la diferencia entre las conductas prohibidas per se o de prohibición absoluta y las conductas prohibidas por la regla de la razón o de prohibición relativa.
El artículo 20 evidenciaba imprecisiones respecto de la aplicación la exoneración o reducción de sanción.	El artículo 26 desarrolla con mayor minuciosidad las reglas aplicables a la exoneración o reducción de sanción.
El artículo 19 establecía expresamente que cuando la Comisión de Defensa de la Libre Competencia estimara que alguna conducta ha infringido el artículo 232 del Código Penal debía poner en conocimiento del Ministerio Público.	De acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del TUO de la LRCA se deroga el artículo 232 del Código Penal por lo que se despenalizan las conductas anticompetitivas en la legislación peruana.

Como se puede desprender de lo expuesto, el TUO de la LRCA consolida los conceptos y criterios que debían aplicar las agencias de competencia para la detección de conductas anticompetitivas y la determinación de sanciones por la comisión de dichas conductas, en armonía con los objetivos de nuestro régimen económico constitucional.

1.2.4 Ley que criminaliza las prácticas anticompetitivas - Ley N° 31040

En el año 1991 se introdujo en el Código Penal el delito de abuso de poder económico, bajo los siguientes términos:

Artículo 232.- Abuso de poder económico

El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 2 y 4. (Presidencia de la República del Perú, 1991).

De la referida disposición se desprende que el delito de abuso de poder económico constituía un tipo penal en blanco al no definir cuando el sujeto se encontraba en una situación de abuso de posición de dominio o participaba en prácticas y acuerdos restrictivos, lo que daba la necesidad que para su aplicación debía remitirse a lo establecido en el DL 701.

Por su parte, el DL 701, modificado por el Decreto Legislativo N.º 807 – Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, estableció que la Comisión de Libre Competencia (actualmente, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia), luego de pronunciarse sobre la comisión de una conducta contraria a la ley de competencia, debía verificar si esta habría sido ejecutada con dolo y si acarrearía un grave perjuicio al interés económico general, siendo que de ser así procedería a formular una denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. Esta disposición, posteriormente, fue modificada por el DL 957, el cual dispuso que, cuando la Comisión estimara una vulneración al artículo 232 del Código Penal, pondría en conocimiento del Ministerio Público tal hecho, quien

iniciaría la acción penal. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 701, Artículo 19).

De este modo, se entendía que durante la vigencia del DL 701 y del artículo 232 del Código Penal, luego de que el INDECOPI comunicara al Ministerio Público la existencia de un hecho susceptible de ser un ilícito penal, se seguía un proceso penal bajo las disposiciones del Código Procesal Penal. (Floríndez Aramburú et al., 2020).

De lo anterior, se puede desprender la importancia de la participación de la agencia de competencia en el ámbito penal en contra de la comisión de conductas anticompetitivas, considerando el tecnicismo que ostentaba dicha autoridad para la identificación de este tipo de conductas.

La referida disposición del Código Penal fue derogada en el año 2008 por la LRCA. Ello, toda vez que dicha acción penal podía constituir un obstáculo para el ejercicio de las funciones de las instancias resolutorias en materia de libre competencia, en tanto que, según lo explica la Exposición de Motivos del DL 1034, el hecho de que haya existido la opción de llevar al ámbito penal la discusión sobre conductas anticompetitivas, habilitaba a que se genere impunidad a partir de un mal uso por parte de los agentes investigados, quienes tenían la posibilidad de paralizar el procedimiento sancionador al coludirse con terceros para que los denuncien en la vía penal.

En efecto, la mencionada Exposición de Motivos explica que, con el inicio de un proceso penal por similares supuestos a los evaluados en sede administrativa devendría en la suspensión del procedimiento administrativo, siendo que, con esta conducta, lo que buscaban los denunciados en la vía administrativa sería obtener una condena benévola en la vía penal, buscando que la ejecución de la pena sea suspendida, y así impedir la sanción en sede administrativa, la cual generalmente consta de una multa elevada.

Cabe indicar que, según la Exposición de Motivos de la LRCA, hasta el año 2008 no se tramitó proceso alguno en la vía penal por dicho delito. (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, s.f.-a).

Posteriormente, dentro del contexto de la pandemia de la COVID –19, y en vista de que por el aislamiento social obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo como medida de prevención de contagios masivos, se generó escasez de los productos de primera necesidad y de las medicinas indispensables para el tratamiento del COVID – 19, lo cual devino en la subida de los precios de dichos productos, la opinión pública

exigió sanciones más severas para los proveedores que, aprovechando de estas circunstancias, alzaban sus precios. (Floríndez Aramburú et al., 2020).

Bajo la coyuntura expuesta, el Congreso de la República, con fecha 29 de agosto de 2020, aprobó por insistencia la Ley 31040, la cual, entre otros, incorporó nuevamente el delito de abuso del poder económico recogido en el artículo 232 del Código Penal, de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 232: Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 2 y 4. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 635).

Como se puede apreciar, esta ley tiene como finalidad criminalizar nuevamente la comisión de prácticas anticompetitivas, tales como el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias restrictivas de la competencia.

No obstante, a diferencia de la primera norma que criminalizaba las conductas anticompetitivas, en el vigente artículo 232 del Código Penal no se hace ninguna vinculación del tipo penal con las definiciones de la legislación de la materia; ni tampoco existe disposición alguna en la legislación especial que exija a la agencia de competencia poner en conocimiento de la Autoridad Penal cuando estime la comisión del referido delito. Lo anterior ocasiona que la nueva legislación no cuente con una adecuada claridad en su tipicidad, perjudicando la protección de la libre competencia en sede administrativa.

1.3 Las agencias de competencia en el Perú

En el país existen dos agencias de competencia, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, cuyas funciones y facultades procederemos a desarrollar a continuación:

- **INDECOPI**

El INDECOPI fue creado en el año 1992 mediante el Decreto Ley N.º 25868. Posteriormente, en el año 1998 se publicó el Decreto Legislativo N.º 1033 – Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (en adelante, DL 1033), el cual derogó el Decreto Ley N.º 25868, y en su artículo 1 dispuso que el INDECOPI constituye un Organismo Público Especializado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM), con personería jurídica, y derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa.

El literal b) del artículo 2 del DL 1033, reconoce que el INDECOPI tiene entre sus funciones, el deber de resguardar la libre competencia, contando con la facultad de sancionar conductas anticompetitivas, previniendo los perjuicios que éstas pueden generar, y promoviendo que en los mercados exista una competencia efectiva. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 1033, Artículo 2).

En ese orden de ideas, dicha entidad fue creada para promover el adecuado desarrollo de la economía social de mercado y busca asegurar los derechos que se ejercen en el marco de nuestro sistema económico (López Raygada, 2021). De este modo, es importante mencionar que el marco legal vigente reconoce la competencia a los órganos del INDECOPI (la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Sala Competente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de Propiedad Intelectual) para conocer los casos en los que se puedan evidenciar conductas contrarias a la libre competencia en la mayoría de mercados a nivel nacional, a excepción del mercado de telecomunicaciones, cuyo sector está a cargo del OSIPTEL.

Así, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de Propiedad Intelectual del INDECOPI corrigen y sancionan conductas anticompetitivas.

Finalmente, cabe mencionar que el 7 de enero de 2021 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N.º 31112, “*Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial*”, a través de la cual se

instituye en nuestro país un régimen de control de estructura o de control previo de operaciones que busquen la concentración empresarial, con el objetivo de promover la competencia y eficiencia económica de los mercados para el bienestar del consumidor; siendo que, la aplicación de dicha legislación se encuentra a cargo del INDECOPI para todos los mercados, incluyendo el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Cabe indicar que, en aplicación del referido marco legal, los órganos resolutivos del INDECOPI tienen como función controlar de manera previa las fusiones y adquisiciones empresariales, encontrándose facultados a autorizar o no las concentraciones empresariales, o en algunos casos, brindar ciertas autorizaciones que incluyan determinadas condiciones u obligaciones.

- **OSIPTEL**

Es un organismo público especializado, regulador y descentralizado adscrito a la PCM, que cuenta con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera. Este órgano regulador fue creado el 11 de julio de 1991, a través del Decreto Legislativo N.º 702, iniciando sus actividades con la instalación de su primer Consejo Directivo con fecha 26 de enero de 1994.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 77 y 78 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 013-93-TCC (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones), el OSIPTEL tiene la función de mantener y promover una competencia efectiva y justa, así como resolver controversias que versen, entre otras materias, sobre leal competencia en el mercado de telecomunicaciones.

Por su parte, el artículo 36º de la Ley N.º 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL (en adelante, Ley 27336), prevé que este organismo es competente para conocer las controversias que puedan afectar o afecten el mercado de servicios público de telecomunicaciones, entre ellas aspectos relacionados a la libre y leal competencia, teniendo la potestad de sancionar a los infractores, incluso cuando solo una de las partes tenga la

condición de empresa operadora. (Congreso de la República del Perú, 2000, Ley 27336).

Del mismo modo, el artículo 17 del TULO de la LRCA², reconoce que el OSIPTEL es competente para la aplicación de la referida ley para el sector de las telecomunicaciones de conformidad con lo dispuesto en la Ley 27336. Asimismo, dicha disposición legal establece que las facultades de las instancias competentes del OSIPTEL como agencia de competencia y los procedimientos que rigen su actuación, serán establecidos en su marco normativo.

Al respecto, el Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N.º 248-2021-CD/OSIPTEL, de fecha 23 de diciembre de 2021, regula las facultades de la Secretaría Técnica y de los Órganos Resolutivos en materia de libre competencia para investigar y, en caso corresponda, sancionar a las empresas que comentan prácticas contrarias a la libre competencia siempre que el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones sea afectado.

1.4 El Programa de Clemencia

Si bien el INDECOPI cuenta con un sistema en base a la represión de conductas anticompetitivas, como son la imposición de sanciones y medidas correctivas para agentes infractores, como reiterados autores y la práctica nos demuestran, dichos esfuerzos no resultan suficientes para eliminar los cárteles cada vez más sofisticados, pues dada su naturaleza, son difíciles de detectar, y en caso de detectarlos, son muy difíciles de probar.

En ese contexto, tanto el INDECOPI en el ámbito nacional, como varias agencias de competencia internacionales, consideran que es importante reforzar la Política de Competencia con otras herramientas enfocadas principalmente a detectar los cárteles y aportar pruebas para la acreditación de este tipo de conductas en el marco de un

² **TULO de la LRCA**

“Artículo 17.- Del OSIPTEL. -

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo”.

procedimiento sancionador; reconociendo así la importancia de la aplicación del Programa de Clemencia.

En ese sentido, el artículo 26 de la LRCA recogió el régimen aplicable a las solicitudes de exoneración o reducción de sanción que pueden presentar los sujetos a cambio del aporte de pruebas que coadyuven a la detección y acreditación de la existencia de una conducta colusoria, y a identificar a los respectivos responsables.

Posteriormente, en el año 2017, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI aprobó mediante Resolución 059-2017/CLC-INDECOPI, la Guía del Programa de Clemencia (en adelante, Guía), en donde se considera al Programa de Clemencia como un mecanismo que busca maximizar los incentivos para que los individuos logren acogerse al programa de delación compensada, con el fin de reforzar la persecución de las actividades de cártel.

Cabe indicar que la citada Guía se aplica de manera exclusiva a las solicitudes por el ilícito de cártel, de modo que no puede extenderse a conductas de otro tipo. Esto, al tratarse de una figura de difícil de detección y probanza; así como también, universalmente reconocida como de las conductas más gravosas respecto de las otras prácticas anticompetitivas³.

Ahora bien, el TUO de la LRCA ha previsto tres (3) tipos de solicitudes de clemencia:

- a) **Clemencia Tipo A** (beneficio de exoneración total [100%] de la multa): el beneficio se otorga al primer solicitante en los casos en los que la Secretaría Técnica aún no cuenta con indicios de una actividad de cártel, lo cual implica que no se haya iniciado una investigación por conductas anticompetitivas.

Asimismo, el beneficiario deberá presentar toda la información disponible y relevante relacionada al cártel, y podrá obtener el beneficio de la no imposición de medidas correctivas de restitución, siempre y cuando renuncie a la confidencialidad de su identidad en calidad de Colaborador, cuya renuncia se hará efectiva con la resolución de inicio del procedimiento sancionador.

³ Guía del Programa de Clemencia - Exposición de Motivos, Indecopi, agosto 2017, Pág. 3

El beneficiario deberá cumplir con su deber de cooperación durante la investigación y deberá dejar de participar en el cártel.

Este tipo de Clemencia otorga al beneficiario la seguridad que ninguna otra autoridad administrativa le inicie un nuevo procedimiento por infringir la normativa de libre competencia respecto de las conductas por las cuales se le otorga el beneficio. Ello, sin embargo, no excluiría la posibilidad de una acción penal bajo los alcances de la Ley 31040, que criminaliza las conductas anticompetitivas, como se verá más adelante.

Finalmente, otro requisito importante para que se acceda a la clemencia es que el solicitante no debe haber ejercido coerción hacia los otros competidores para la participación en el cártel.

- b) Clemencia Tipo B** (exoneración entre el 50% y 100% de la multa): el beneficio se brinda al primer solicitante, en los casos en los que la Secretaría Técnica ya cuenta con indicios acerca del cártel, siempre y cuando la solicitud se presente antes de que dicho órgano inicie el procedimiento administrativo sancionador.

El beneficiario deberá cumplir con su deber de cooperación durante la investigación y deberá dejar de participar en el cártel.

Para este tipo de Clemencia, debe tenerse en cuenta que el cálculo del beneficio que le corresponde es en función a la utilidad de la información proporcionada y a su eficacia para el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

- c) Clemencia Tipo C** (reducción de hasta el 50% de la multa): el beneficio se brinda a los solicitantes que aporten información adicional a la presentada por un previo solicitante y que brinde un valor agregado significativo a las actividades de investigación, o en los casos en los que exista un procedimiento administrativo sancionador en trámite.

El beneficiario deberá poner a disposición de la autoridad toda la información con la que cuente adicional a la presentada por previos solicitantes o a la que se encuentre en el expediente, pero que brinde un valor

significativo a las etapas de investigación, instrucción y decisión a los órganos competentes en materia de libre competencia.

El beneficiario deberá cumplir con su deber de cooperación durante la investigación y deberá dejar de participar en el cártel.

De igual manera que en el tipo anterior, el cálculo del beneficio que se otorgará al solicitante será determinado en función a la utilidad de la información proporcionada, siendo los rangos de reducción los siguientes: (i) Primer beneficiario de una reducción: 30 a 50% (ii) Segundo beneficiario de una reducción: 20 a 30% (iii) Tercero y siguientes beneficiarios de una reducción: hasta 20%.

Cabe indicar que, el plazo dispuesto para solicitar la reducción de la sanción es de treinta (30) días hábiles desde la notificación de la imputación de cargos.

Como se advierte, el Programa de Clemencia busca que los sujetos involucrados en una actividad de cártel, voluntariamente, evidencien su ejecución ante la agencia de competencia, lo que se logra a través de la generación de beneficios suficientemente atractivos para el primer beneficiario. Así también, posibilita aumentar la probabilidad de detección de cárteles y conseguir evidencia determinante antes de que la autoridad lo detecte. Ahora bien, debemos tener presente que, mientras mayor sea el beneficio otorgado al primer solicitante del citado Programa a diferencia de los siguientes solicitantes, se fomentará una mayor rivalidad para ser el mayor beneficiario, lo cual conlleva a generar una desestabilización en las actividades de cártel. (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI], 2017).

De lo expuesto, si bien el Programa de Clemencia otorga beneficios en la exoneración o reducción de sanciones; no limita que el sujeto que comete el ilícito pueda ser demandado en la vía civil por los daños ocasionados, en virtud de lo previsto en el artículo 26.6 del TUO de la LRCA.

En relación con la protección del beneficiario, la Guía otorga confidencialidad sobre la identidad de la persona que efectúa la colaboración, y de la información aportada en la investigación. Asimismo, previene que la citada información se utilice de modo tal

que no coloque al colaborador en una situación peor que la de no haber colaborado. (INDECOPI, 2017).

Finalmente, es preciso mencionar que, mediante Resolución N.º 143-2020-CD/OSIPTTEL de fecha 14 de octubre de 2020, se aprobó la Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones. Dicho documento contiene las reglas, los plazos, las condiciones y las restricciones para la aplicación del mencionado programa en el sector de telecomunicaciones, conforme con lo establecido en el TUO de la LRCA. Cabe precisar que la referida Guía mantiene las mismas reglas aplicables al Programa de Clemencia del INDECOPI.

1.5 El Proceso de Colaboración eficaz

Según la doctrina, se sostiene que Jeremías Bentham fue quien instauró la figura de la Colaboración Eficaz mediante su obra “La Teoría de las Penas y de las Recompensas” (1826). Esta teoría reconocía dicha figura, sosteniendo que era una mejor situación que se de impunidad a uno de los cómplices que a todos los intervinientes. Sin embargo, en determinados países ya existían antecedentes de figuras semejantes a la Colaboración Eficaz, entre ellos, Italia que incluyó en su marco legal la figura procesal denominada “*el pentiti*”, la cual hace referencia al arrepentido, quien renunciaba a la asociación criminal para colaborar con la investigación jurisdiccional; y, Estados Unidos, que, con el propósito de combatir organizaciones criminales de alta complejidad, instauró la figura de *arrepentimiento del delator*.

En nuestro país, en cambio, esta figura se reguló en el año 2000, mediante Ley N.º 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, debido a la necesidad de investigar organizaciones criminales en el ámbito político, militar y económico. (Rojas López, 2012).

A esta nueva especialidad del derecho penal que recoge dicha figura se le conoce como Derecho Penal Premial o del Arrepentimiento, a través de la cual se busca incentivar, premiar o prometer algún beneficio a la persona que se encuentra involucrada con la supuesta comisión del delito, con la finalidad que colabore con la justicia. De acuerdo con la regulación premial, el Estado tiene la facultad para definir el beneficio para el procesado, la proporción según su colaboración y establecer un procedimiento especial para dicho fin. (Rojas López, 2012).

Es así que nace el concepto de colaborador eficaz como el mecanismo o herramienta que permite brindar instrumentos idóneos y eficaces para descubrir a las organizaciones delictivas, permitiendo la captura de sus miembros y principales líderes.

Al respecto, la colaboración eficaz es un proceso diferente al proceso ordinario, el cual forma parte de los mecanismos premiales que son reconocidos por la legislación penal para enfrentar delitos de crimen organizado. Este mecanismo tiene la finalidad que la persona imputada obtenga beneficios a cambio de brindar información oportuna, necesaria y eficaz a las autoridades, con el objetivo de que estas cuenten con los elementos necesarios que permitan revelar el funcionamiento de la organización criminal, sus principales integrantes, detener y procesar a los implicados e imponer sanciones a los responsables. (Rojas López, 2012, pp. 52-53).

Actualmente, la colaboración eficaz se encuentra regulada en la Sección VI del Libro V del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo 957; en cuyo artículo 472 se reconoce que nos encontramos ante un proceso autónomo, el cual contiene información relevante y necesaria para las investigaciones. Es así que se le otorga al Fiscal la facultad de promover o recibir solicitudes de colaboración eficaz y, en caso corresponda, proceder a la suscripción del Acuerdo de Beneficios y Colaboración.

Cabe precisar que la misma normativa dispone que los acuerdos pueden ser suscritos con persona natural o jurídica que se encuentre o no sometida a un proceso penal, en correspondencia a la contribución que brinden para la eficacia de la justicia penal.

En cuanto a la información a obtener, el artículo 475 refiere que la misma debe tener como objetivo que se evite la permanencia o consumación del delito, o se disminuya la magnitud o consecuencias de su ejecución; se identifique a los partícipes del delito investigado y su funcionamiento, buscando la desarticulación de la organización delictiva.

Respecto al beneficio a otorgarse al colaborador, el mencionado artículo reconoce que quien colabora podrá conseguir la exención de la pena, disminución de la pena, suspensión de la ejecución de la pena, o remisión de la pena para quien la está cumpliendo, dependiendo de la importancia de la información proporcionada.

Se debe precisar que, no todos los delitos pueden acogerse al procedimiento de colaboración eficaz, sino solo los establecidos en la norma, tales como: (i) la asociación

ilícita, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos, contra la humanidad, trata de personas y sicariato; (ii) todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia, (iii) colusión, peculado, corrupción de funcionarios, delitos tributarios, delitos aduaneros contra la fe pública y contra el orden migratorio, siempre que el delito sea cometido en concierto por pluralidad de personas; entre otros delitos que se señalen explícitamente en la norma. (Presidencia de la República del Perú, 2004, Artículo 474).

No obstante, de tratarse de concurso de delitos y uno de ellos no corresponda a los señalados precedentemente, ello no será impedimento para la celebración del acuerdo.

De lo expuesto, se advierte gran similitud entre las figuras de colaboración eficaz y el Programa de Clemencia, al tratarse de herramientas que permiten eliminar situaciones contrarias al derecho, utilizando la participación de un delator que proporciona información relevante, privilegiada y oportuna de difícil acceso para las autoridades; todo ello con la contraprestación de recibir un beneficio que puede incluso consistir en una exoneración en su sanción, otorgarle medidas de protección, así como el resguardo de la información otorgada. Es así que la figura del delator cobra gran importancia en los procedimientos sancionadores.

Finalmente, a través de dichos mecanismos, el Estado obtiene beneficios, disminuyendo sus costos administrativos de investigación, costos de conocimiento técnico de la conducta, el acceso a información relevante de manera rápida, así como el acceso a la información que no podría ser obtenida sino fuese a través de un delator.

CAPÍTULO II: ¿CRIMINALIZAR O NO CRIMINALIZAR?

2.1 Delimitación en la aplicación del derecho administrativo sancionador y el Derecho Penal para la protección de bienes jurídicos tutelados

Con el objetivo de desarrollar las teorías que buscan trazar una separación entre la aplicación del derecho administrativo sancionador y el derecho penal para la protección de bienes jurídicos, es pertinente abordar alcances generales del concepto del *ius puniendi* del Estado. Así, la doctrina define al *ius puniendi* como la potestad reconocida al Estado por la Constitución, la legislación, la comunidad y los individuos que la integran, para organizar la manera en que se debe actuar para una buena convivencia en sociedad, así como para establecer sanciones producto de la transgresión de las normas destinadas a la protección de bienes jurídicos considerados objeto de tutela. (Mejía Patiño, 2013).

La facultad punitiva del Estado social y democrático se origina en la potestad que se le otorga para identificar como incorrectas ciertas conductas y establecer las sanciones a las mismas. Es así que se reconoce como *ius puniendi* a la facultad que tiene el Estado para actuar ante conflictos que pueden alterar la convivencia social o la paz social, y que el Estado considera regularlos a fin de establecer una sanción (García León, 2016).

Ahora bien, es menester resaltar que la mencionada intervención estatal a través del *ius puniendi* no es absoluta, sino que tiene limitaciones con rango constitucional. Ello, toda vez que la Constitución Política de 1993, en sus artículos 43, 44 y 45, ha previsto que nuestro país es una República democrática y social, y que tiene el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, por lo que el poder del Estado que emana del pueblo debe ejercerse con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen, para que su intervención sea legítima, con la finalidad de evitar algún tipo de arbitrariedad en su actuación.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional señala que el *ius puniendi* funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal constitucional, así como dentro de los estándares internacionales de protección de los derechos fundamentales y con acatamiento a los fines de la pena. De este modo, el ordenamiento constitucional peruano y las obligaciones de alcance internacional constituirán el punto de partida para

determinar la finalidad que el régimen penal tiene por alcanzar. (Tribunal Constitucional, 2007, sentencia 00033-2007-PI/TC, Fundamento C).

En el mismo sentido, Muñoz/García refiere que el derecho penal, debe adaptarse y ponerse acorde al modelo de Estado social y democrático de Derecho, debiendo respetarse los valores que este defiende. Adicionalmente, sostiene que la legitimidad del poder sancionador del Estado deviene de lo previsto en la norma constitucional y los Tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyos derechos también son reconocidos en la Constitución Política, sometiéndose al respeto de estos al ejercicio del derecho penal (Muñoz Conde & García Aran, 2010, p. 70).

En ese orden de ideas, la doctrina ha desarrollado determinados principios que constituyen límites a la facultad otorgada al Estado para reprimir conductas. Es así que García León (2016) reconoce entre dichos principios a los siguientes:

- **Principio de necesidad:** Refiere que la intervención del Estado debe efectuarse en situaciones de necesaria utilidad.
- **Principio de carácter fragmentario del derecho penal:** Señala que de todas las conductas que podrían ser consideradas ilícitas, el derecho penal selecciona solo alguna de ellas para su intervención, las cuales son las más intolerables, que involucran mayor peligrosidad y gravedad lesiva para la sociedad.
- **Principio del derecho penal como *última ratio*:** Sostiene que el derecho penal debe ser utilizado como última medida para solucionar conflictos de la sociedad, puesto que existen otras ramas del derecho que podrían abordar eficazmente dichos conflictos. Es decir, implica una actuación subsidiaria del derecho penal. Según Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, mediante el principio de subsidiariedad, el Estado debe aplicar medidas menos lesivas, antes de acudir al derecho penal, y solo cuando aquellos otros medios han mostrado ser ineficaces.
- **Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos:** Sostiene que el derecho penal interviene ante conflictos de especial gravedad, es decir ante conductas intolerables o que ponen en peligro determinados bienes fundamentales para el desarrollo de los individuos en la sociedad.

- **Principio de legalidad:** Sostiene que el juez no puede considerar como delito una conducta no tipificada por ley. También abarca el principio de irretroactividad perjudicial al reo, el cual refiere que la legislación penal no se debe aplicar a hechos que ocurrieron con anterioridad a su vigencia; y, el principio de taxatividad, referido a que debe haber precisión, determinación y certeza en la legislación penal.
- **Principio de culpabilidad:** Establece que la pena o sanción impuesta al autor del hecho delictivo depende de la existencia de dolo o culpa, de este modo se prohíbe sancionar al sujeto que no tenga las condiciones psíquicas que le permitan conocer la prohibición infringida.
- **Principio de proporcionalidad:** Implica una relación de correspondencia entre la prohibición y la sanción de manera proporcional.

Ahora bien, tanto la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han reconocido que el *ius puniendi* del Estado no solo se manifiesta en la potestad de imponer sanciones penales, sino también en la facultad de dictar sanciones administrativas (Tribunal Constitucional, 2009, Sentencia 01873-2009-PA/TC). En ese contexto, podemos concluir que el sistema sancionador del Estado está compuesto por el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

Teniendo en cuenta lo expuesto, para entender la delimitación que debe existir entre estas dos manifestaciones del *ius puniendi* (tanto de la aplicación del derecho penal y del derecho administrativo sancionador) frente a los bienes jurídicos protegidos tutelados por el Estado, es oportuno entender la relación que se le reconoce tanto a los delitos y a las sanciones administrativas, considerando las diferentes teorías que se han desarrollado según cada contexto histórico, político y social de Europa, considerando su relevante influencia en el derecho nacional.

La primera teoría que advertimos en la doctrina es la denominada “**Teoría Cualitativa**”, por la cual se reconoce que existen diferencias sustanciales entre los ilícitos penales y administrativos. Esta teoría fue desarrollada en Alemania inicialmente por James Goldschmidt, quien sostuvo que el derecho penal se encontraba destinado a proteger las esferas humanas de voluntad y el derecho administrativo promueve el bien público estatal, por lo que se formula una separación entre justicia y la Administración Pública.

Sobre el particular, Cerezo Mir (1975) señala que para James Goldschmidt, los delitos del derecho penal criminal son delitos “naturales”, “per se”, “de derecho natural” o “previamente dados”, mientras que los delitos administrativos serían “delitos artificiales” o “delitos creados por la actividad del Estado”, siendo así que el derecho penal se dirigía a la protección de las personas como individuos y el derecho administrativo a la persona como miembro de la comunidad.

En Italia, también desarrollaron esta tesis, pues según Bricola y Padovanni, el derecho penal debe limitarse a valores constitucionales primarios, y debe responder al principio de “ofensividad constitucional”, por lo que los ilícitos administrativos no tienen contenido efectivo de tutela. Esta doctrina también explica que los bienes jurídicos individuales deben ser objeto de derecho penal y los bienes jurídicos colectivos deben ser objeto del derecho administrativo. (Cerezo Mir, 1975).

Sin embargo, frente a la “Teoría Cualitativa” se formularon diversas críticas basadas en el análisis histórico y comparado, donde se apreciaba que, en varias oportunidades, una acción criminal es tratada posteriormente como una infracción administrativa, lo cual siempre dependerá del legislador, por lo que eran inútiles los esfuerzos por diferenciar qué ilícitos corresponden al derecho penal o al administrativo sancionador.

Como resultado de las críticas que surgieron a la teoría cualitativa, se desarrolló la “**Teoría Cuantitativa**”, que es la teoría actualmente mayoritaria asumida en España, de la cual según Torio López (1991) se tiene como exponentes a Maurach y Zipff, quienes explicaron que la demarcación entre ilícito penal y administrativo es trazado por la decisiva valoración del legislador, es decir, reconocen que si bien con base constitucional pueden distinguirse los delitos centrales del derecho penal y las infracciones administrativas; sostienen que en casos límite se debe atender a la gravedad del contenido del injusto, diferenciándose el ataque al bien jurídico protegido.

Así, esta teoría propuso que entre ambos tipos de ilícitos no existen diferencias sustanciales u ontológicas, reconociéndose que existe una similar naturaleza entre ambos ilícitos. En ese sentido, los defensores de esta teoría señalaban que ambos ilícitos contenían una antijuricidad material, que atacaban bienes jurídicos.

Asimismo, esta teoría señala también que la diferencia entre uno y otro ámbito de protección de los bienes jurídicos radica en la cantidad de sanción que los infractores

pueden recibir, es decir, que la sanción que sea impuesta ante ilícitos administrativos no puede ser más grave que la impuesta por el derecho penal.

Dado los alcances de la “Teoría Cuantitativa”, Cordero Quinzana (2012) reconoce lo insatisfactorio que resulta esta tesis, puesto que, según el autor, se exigen matizaciones para comprender la existencia de dos manifestaciones del poder punitivo del Estado, encontrando además una problemática para la función y los límites que tiene el legislador en la configuración de los ilícitos, y para definir las garantías que deben aplicarse en ambos fueros.

A las teorías antes abordadas, la doctrina le suma otras diferentes tesis, a las cuales las denomina como mixtas, las cuales se caracterizan en la conjunción entre las teorías antes desarrolladas. Entre ellas se identifica a la “**Teoría Valorativa**”. (Salat Paisal, 2019).

Al respecto, Torio López, encuentra en dicha teoría una salida a las críticas que se presentan frente a las teorías cualitativas o cuantitativas. Así, para este autor, la distinción entre ambos tipos de ilícitos dependerá de una valoración o apreciación estimativa que establecerá que injusto es merecedora de una pena o de una sanción administrativa.

Así, el método valorativo no solo implica trasladar al legislador la obligación de definir el injusto penal o administrativo, sino supone un proceso analítico con sujeción a las leyes de la lógica (que implica una evaluación rigurosa de la materia, dirección de ataque, su frecuencia, consecuencias sociales de su represión, las expectativas éticas sociales, entre otros), sobre lo que finalmente estimará el jurista.

Según este autor, para decidir si el comportamiento se atribuye al derecho penal o administrativo, se deberá entender el significado del bien jurídico, considerando el contexto histórico cultural, por lo que dicha definición es dinámica en el tiempo, siendo relevante el significado ético social de la infracción.

Ahora bien, en la experiencia nacional, se advierte que hay conductas que siempre han permanecido bajo protección penal, cuyos bienes jurídicos tutelados son derechos fundamentales del individuo, tales como el derecho a la vida, libertad sexual, patrimonio, entre otros; sin embargo, a través de los años se han venido incorporando nuevos ilícitos sujetos a represión penal, tales como los delitos socioeconómicos.

Sobre estos últimos delitos es que nacen cuestionamientos sobre si cumplen las condiciones necesarias para que sean protegidos en sede penal, por lo que emerge la necesidad de buscar trazar una delimitación para considerar a estos como injustos penales o injustos administrativos. Ante esta problemática, Zúñiga Rodríguez (2011) propone que han de establecerse criterios valorativos y normativos que deben servir al legislador para decidir sobre qué protección brindar a un bien jurídico. Así, propone aplicar los principios de subsidiariedad y fragmentariedad delimitadores del *ius puniendi*, que es aplicar el principio de *última ratio* o extrema ratio para la intervención penal y utilizar el Derecho sancionador cuando por lo menos sea igual de eficaz el conseguir el mismo comportamiento deseado.

Este principio de subsidiariedad, según la autora antes referida, determinará la oportunidad en la que se aplica el derecho penal, dejando esta protección para los bienes jurídicos más esenciales, frente a sus ataques más importantes (principio de fragmentariedad) y privilegiando mecanismos de materia civil o administrativa que resulten más eficaces y menos lesivos para su intervención.

Por lo previamente expuesto, estimamos que si bien no es propósito del presente trabajo identificar qué tipo de criterio deberá considerar el legislador para definir el tipo de protección que debe desplegar para los bienes jurídicos tutelados, sí consideramos que los alcances que brinda la doctrina antes esbozada ayudan a reconocer los criterios que debería respetar como mínimo el legislador para optar por determinado tipo de protección para bienes jurídicos de orden socioeconómico, como es el derecho a la libre competencia.

De este modo, el legislador, para decidir someter un bien jurídico bajo la protección penal, debe como mínimo, tal como reconoce la doctrina antes explicada, efectuar el ejercicio de evaluar el contexto histórico cultural de la sociedad, así como la expectativa ético social de la comunidad frente al bien jurídico que se busca proteger, entender de manera clara el significado de dicho bien y las consecuencias que devendrán en la sociedad como resultado de dicha protección; y, deberá enmarcar dicho ejercicio a los principios que limitan al *ius puniendi* del Estado.

2.2 La Criminalización del Derecho de la Competencia en el Perú

Como se desarrolló anteriormente, el legislador no cuenta con total discrecionalidad para determinar los actos que pueden ser punibles o los montos máximos o mínimos de la pena, debido a la fuerza de la Constitución Política y las leyes nacionales que reconocen como garantía el principio de legalidad, el principio de *última ratio*, el principio de fragmentariedad, y el principio de proporcionalidad, entre otros.

Asimismo, si bien no existe una disposición expresa que regule el tipo de protección que se debe desplegar para los bienes jurídicos de orden socioeconómico, como es el derecho a la libre competencia, en el presente acápite haremos referencia a la protección que, actualmente, con la entrada en vigencia de la Ley 31040, el legislador ha considerado otorgarle en el marco de la Emergencia Nacional por la COVID 19.

Ahora bien, revisando los alcances del vigente artículo 232 del Código Penal, y efectuando un breve análisis sobre los antecedentes que llevaron a la emisión de la referida norma, los mismos que son recogidos del Expediente Virtual Parlamentario (en adelante, EVP), se sabe que, en los últimos años, el Perú ha atravesado por una inestabilidad política, y ha tenido que afrontar una crisis de salud pública generada por la pandemia del virus SARS-CoV-2 (COVID 19) que desencadenó una gran crisis económica.

Para efectos didácticos, es posible diferenciar dos (2) etapas en la gestación de la Ley 31040, según se puede advertir de los documentos del EVP de la referida ley:

(i) Año 2017-2019

Se presentaron dos (2) dictámenes, uno emitido por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos (en adelante, CODECO) de fecha 5 de abril de 2017; y, el segundo emitido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, CJDH) del 6 de abril de 2017, los mismos que recaen en los proyectos de Ley N.º 731/2016-CR y N.º 1105/2016-DP; sin embargo, en dichos dictámenes no figura la incorporación del artículo 232 del Código Penal sobre el delito de abuso del poder económico.

No obstante, en el Texto Sustitutorio de la “Ley que sanciona el acaparamiento, la especulación y la adulteración en las zonas declaradas en Estado de Emergencia por Desastres, de conformidad con el numeral 1 del

artículo 137 de la Constitución Política” propuesto por la CODECO, en su dictamen de fecha 6 de abril de 2017, que revisa los proyectos de Ley N.º 731/2016-CR, N.º 1105/2016-DP, 1133/2016-CR, 1139/2016-CR, 1165/2016-CR y 1173/2016-CR, se planteó el abuso del poder económico como agravante en el delito de acaparamiento.

Con fecha 12 de abril de 2017, fue remitida para su promulgación la autógrafa de la “Ley que sanciona el acaparamiento, la especulación y la adulteración en las zonas declaradas en Estado de Emergencia por Desastres” al Despacho de la Presidencia de la República, la misma que fue observada por el presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski Godard, en base al Informe 033-2017-IST-CLC-INDECOPI, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, órgano que entre otros cuestionamientos sostuvo que el proyecto de ley carecía de contenido porque no era posible sancionar un caso de acaparamiento como abuso de posición de dominio por la falta del efecto exclusorio que exige la normativa nacional de libre competencia, y porque no abordaba la aplicación del programa de clemencia en sede penal, lo cual le podría restar eficacia. Así, las observaciones referidas fueron remitidas al Parlamento, y posteriormente, derivadas a las CODECO y CJDH, respectivamente.

Al respecto, la CODECO y la CJDH emitieron Dictámenes de Insistencia con fecha 22 y 27 de junio de 2017, respectivamente. Sin embargo, los mencionados Dictámenes no fueron agendados para ser debatidos en sesión plenaria.

En dicho contexto, el 30 de setiembre de 2019 se disolvió el Congreso de la República, y el Pleno y las Comisiones ingresaron en el interregno parlamentario hasta su reanudación.

(ii) Año 2020

Se reanudaron las funciones del Congreso de la República, y se presentaron varios proyectos de ley relacionados a los delitos contra el orden económico contenidos en el Código Penal, motivados por los efectos de la pandemia de la COVID 19. Esto, debido a la escasez y al alza de precios de productos de

primera necesidad y de productos que se volvieron indispensables para afrontar dicha situación, tales como los medicamentos. En ese contexto, la opinión pública exigió se sancione de manera severa a las personas que se aprovecharon de esta coyuntura y alzaron los precios.

A fin de centrarnos en la norma objeto de análisis del presente trabajo, en esta ocasión nos referiremos al Proyecto de Ley N.º 5362/2020-CR presentado el 27 de mayo de 2020, por el congresista José Luis Luna Morales, del Grupo Parlamentario Podemos Perú, que tiene mayor relevancia para efectos del presente trabajo.

El mencionado Proyecto encontraba su fundamento en el aumento de precios en alimentos de necesidad básica y en diversos medicamentos producto de la crisis originada en nuestro país por la COVID 19, con el fin de velar por el consumidor ante la comercialización indebida de bienes y servicios, sancionando el abuso del poder económico en el mercado.

Es así que la CODECO, presidida por el congresista José Luis Luna Morales, presentó el nuevo texto aprobado que, a diferencia del texto que fue materia de los dictámenes de insistencia de la CODECO y la CJDH emitidos en el año 2017, planteaba reincorporar al Código Penal el artículo 232, el cual fue recogido en la Ley 31040, materia del presente trabajo de investigación.

Ahora bien, mediante Oficio N.º 103-2020-PR del 2 de julio de 2020, el presidente de la República, Martín Vizcarra Cornejo, observó la autógrafa de la Ley, razón por la cual se remitieron las observaciones a la CODECO. Sin embargo, el congreso aprobó por unanimidad el Dictamen de Insistencia de la Autógrafa de Ley, siendo remitido a la Presidencia del Congreso de la República.

El 28 de agosto de 2020, el presidente del Congreso de la República promulgó la autógrafa, siendo publicada la Ley 31040, en el diario oficial “El Peruano” el día 29 de agosto del mismo año.

Así, la Ley 31040 tiene por objeto criminalizar, la realización de conductas contrarias a la libre competencia, las mismas que, antes de su vigencia, eran sancionadas exclusivamente por las agencias de competencia; disponiéndose así como conductas que

configuran el delito de abuso del poder económico las siguientes: (i) el que abusa de su posición dominante en el mercado, o (ii) el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia.

Al respecto, coincidimos con García Cavero, al considerar que el mencionado tipo penal está estructurado como un tipo penal mixto, al contemplar dos modalidades de realización, por las cuales la comisión de cualquiera de las dos conductas puede configurar por sí misma el delito de abuso del poder económico (García Cavero, 2021), las mismas que pasaremos a desarrollar:

- **Abuso de posición de dominio**

De la lectura de la Ley 31040 podemos verificar que no contempla este delito como uno que pueda ser cometido por una persona jurídica, por lo que el sujeto activo del delito recae necesariamente, a diferencia del derecho administrativo sancionador, en una persona natural.

En ese sentido, resulta necesario que para determinar al responsable de la conducta se debe individualizar dentro de la organización los miembros que resulten penalmente imputables por el acto cometido.

Al respecto, García Cavero (2021) señala que el referido tipo penal exige que el sujeto activo sea el que tenga calidad de representante de una persona jurídica, sosteniendo que la imposición de una sanción penal al representante de la persona jurídica podrá justificarse si se recurre al artículo 27 del Código Penal que regula el instituto jurídico penal del actuar en lugar del otro, lo que significa que solo podrán responder penalmente los representantes orgánicos de la persona jurídica.

Del mismo modo, Abanto Vásquez (2020) señala que nos encontramos ante un tipo penal que presupone la existencia de una cualidad en el sujeto activo, que es la posición dominante; y además de esa cualidad en la persona jurídica, se requiere de una conducta efectiva, que recae en el abuso de su posición de dominio. Es decir, lo que se sanciona es el abuso de la posición y no la sola posición.

Ahora bien, para que se considere configurado el delito, el sujeto deberá efectuar la conducta típica, la misma que se configura cuando una persona, que ostenta una posición dominante en el mercado, utiliza esa posición para impedir, restringir o distorsionar la libre competencia.

Al respecto, García Caveró (2021) considera que la restricción indebida de la competencia se realiza cuando la actuación se dirige a efectuar un daño distinto al daño concurrencial, esto es, al que se deriva de una competencia leal y libre, a través de los precios, calidad, condiciones, entre otros. En ese sentido, manifiesta no podrá afirmarse la realización de la modalidad de abuso si la empresa dominante se limita a utilizar su eficiencia productiva para competir.

En dicho contexto, la modalidad de abuso de posición de dominio requiere necesariamente que se haya producido un perjuicio para la libre competencia, y no se configuraría el presente delito con la sola utilización de la eficiencia productiva al competir en el mercado.

Ahora bien, en cuanto al tipo subjetivo del mencionado artículo, debe aplicarse la norma general del dolo, regulado en el artículo 12 del Código Penal, al no existir en la regulación especial la posibilidad de que el delito sea realizado por una acción culposa. En ese sentido, el dolo en el delito de abuso de poder de dominio se determina a partir del conocimiento del autor de que ha abusado de su posición de dominio en el mercado, lo que nos hace concluir que un error de tipo puede presentarse y no ser sancionado, toda vez que el abuso del poder económico solo se castiga bajo su forma dolosa. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 635, Artículo 12).

- **Prácticas colusorias**

Como señala García Caveró (2021), en la modalidad de prácticas colusorias, quien toma parte de la práctica o acuerdo colusorio es la persona jurídica y no su representante. No obstante, para la configuración de este tipo penal no es necesario acudir al mencionado artículo 27 del Código Penal, sino que es suficiente una interpretación de hecho analizando los elementos del tipo, para justificar la imputación penal al representante. De este modo, podría responsabilizarse como sujeto activo, sin mayor problema a las personas

naturales que actuaron en lugar de la persona jurídica para la ejecución de la práctica colusoria.

De acuerdo con la interpretación del autor, este delito permite ampliar el círculo de autores a todos los que poseen dominio social del hecho sin infringir el principio de legalidad. En tal sentido, sostiene que en la presente modalidad podrá responsabilizarse penalmente a todas las personas que han participado en el hecho mediante la infracción de competencias penalmente relevantes, lo cual no puede efectuarse en la modalidad de abuso de posición de dominio. (García Cavero, 2021).

La modalidad de prácticas colusorias consiste en participar en prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad productiva, mercantil o de servicios, no requiriendo la existencia de una posición de dominio. Con ello, la conducta típica en este supuesto se dará con la participación en la práctica o acuerdo dirigido a restringir o eliminar la competencia en el mercado. (Bullard Gonzáles, 2006).

En la modalidad de prácticas colusorias, el tipo subjetivo guarda similitud con la de abuso de posición de dominio, es decir, se requiere de la existencia de dolo. Es así que, se puede decir, que el dolo en la participación de acuerdos restrictivos de libre competencia se manifiesta en la participación de acuerdos que tienen la capacidad concreta de afectar a los consumidores a través de la exclusión de los competidores. (García Cavero, 2021).

De lo expuesto, se puede colegir que tanto la modalidad de abuso de posición de dominio como la modalidad de prácticas colusorias debe determinarse con remisión a lo regulado en ley especial en materia de libre competencia, el TUO de la LRCA. Si bien no existe remisión expresa a dicho texto normativo, a nuestro criterio, resulta evidente la necesidad de que las autoridades que apliquen dicha ley realicen dicha remisión para una adecuada interpretación del tipo legal.

No obstante, al no existir una remisión expresa al TUO de la LRCA en el vigente artículo 232 del Código Penal, consideramos que ello podría generar el riesgo de que los jueces puedan interpretar las prácticas colusorias y de abuso de posición de dominio más allá de las interpretaciones del TUO de la LRCA, como por ejemplo sancionar por

prácticas de efectos explotativos u otros supuestos que no se sancionarían bajo la aplicación de la ley de la materia.

2.3 Experiencia comparada

(i) Estados Unidos de América

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2020b), la sección 1 de la “Sherman Antitrust Act” califica a los acuerdos anticompetitivos, incluidos a los cárteles, como ilegales en los Estados Unidos de América (en adelante, Estados Unidos). En tal sentido, cada violación de la ley puede llevar, como pena, multas civiles y consecuencias punitivas bajo el derecho penal. La entidad que se encarga de investigar dichas actividades es el “Departamento de Justicia de los Estados Unidos” (en adelante, DOJ por sus siglas en inglés⁴), a través de su división especializada denominada “Antitrust Division”. La titularidad del mencionado Departamento recae en el Fiscal General de los Estados Unidos de América.

Así, si bien la “Antitrust Division” es la única agencia que inicia la aplicación penal de la Ley Sherman, para llevar a cabo las investigaciones criminales, tiene apoyo de la Federal Bureau of Investigation (FBI). Ahora bien, dichas facultades de investigación encuentran su límite en el derecho al debido proceso que está garantizado en la Constitución de los Estados Unidos, así como en los estatutos federales y en los procedimientos y políticas de la “Antitrust Division”.

De acuerdo con Kolasky (2004), la criminalización de los cárteles ha ido evolucionando en el tiempo. En efecto, desde la promulgación de la “Sherman Antitrust Act” del año 1890, que calificaba a los acuerdos anticompetitivos como delitos menores, y castigaba a los individuos con pena privativa de la libertad de no más de un (1) año y de hasta USD 5000 de multa; en el año 2004, a través del “Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004”, se incrementó la pena de cárcel hasta un máximo

⁴ Department of Justice’s.

de 10 años, y las multas con montos que ascienden hasta USD 1 000 000 a nivel de individuos, y de hasta USD 100 000 000 para corporaciones.

Por otro lado, Kovacic et al. (2016) refiere que el DOJ tiene la facultad de recibir y considerar las solicitudes de clemencia o amnistía, negociar acuerdos de declaración de culpabilidad, presentar los casos antes los Tribunales, litigar los juicios y representar al Estado en los procesos de apelaciones.

Cabe mencionar que, en el año 1914, se emitió la “Clayton Act”, con la cual se reconoce el derecho de las víctimas de cárteles de interponer la acción civil contra los infractores, para recuperar el triple de los daños generados, más los pagos correspondientes al costo de la demanda, incluyendo los honorarios de los abogados.

Así, como bien lo advierte Kolasky (2004), en Estados Unidos existe un régimen de doble responsabilidad, civil y penal. No obstante, cabe mencionar que el DOJ tiene la política de enjuiciar penalmente solo los casos que son de *“hard core category of antitrust violations”*, es decir los que tienen categoría de cárteles.

Según la OCDE (2020), la “Antitrust Division” ha sostenido que las sanciones deben reflejar los efectos que los cárteles generan en el mercado y el enorme daño que causan a los consumidores. Asimismo, menciona que la citada División considera que las sanciones deben incluir una pena de cárcel para las personas responsables, enfatizando que nada es más disuasorio para un cartelista que la amenaza de encarcelamiento sustancial en una prisión estadounidense.

Por otro lado, las **reformas de Clemencia** del DOJ de la década de 1990 ofrecieron grandes incentivos para que las empresas y los individuos revelaran la existencia de acuerdos ilícitos.

Shaffer et al. (2016) refieren que la “Antitrust Division” depende en gran medida de su programa de amnistía e indulgencia (amnesty and leniency program) -también conocido como Programa de Clemencia- en sus esfuerzos de ejecución penal. Al respecto, señalan que el programa de amnistía otorga inmunidad automática de enjuiciamiento penal si una entidad o individuo

denuncia una conducta ilegal ante la “Antitrust Division” sobre la cual esta autoridad no estaba previamente al tanto, siendo que el solicitante debe cooperar sinceramente con la autoridad en su investigación o enjuiciamiento resultante.

En esa línea, Kolasky (2004) señala también que, en los Estados Unidos, se cuenta con un Programa de Clemencia que se aplica tanto para las corporaciones, como para los individuos, que decidan brindar información que ayude a la “Antitrust Division” con sus actividades relativas a la identificación de actividades anticompetitivas. Como lo reconoció también la OCDE (2020), el Programa de Clemencia de los Estados Unidos permite que los individuos o corporaciones que cumplan con las condiciones para acogerse a dicho programa y colaboren efectivamente, se les conceda protección y hasta se les pueda eximir de la responsabilidad penal.

Kolasky (2004) refiere que la capacidad para ofrecer a un participante en un cártel inmunidad procesal o una sentencia reducida a cambio de un testimonio es el arma más poderosa de los fiscales, siendo que sin dicha arma es seguro que los empleados de una empresa no estarían dispuestos a traicionar a sus compañeros ejecutivos.

Ahora bien, según Gregory Shaffer, Nathaniel Nesbitt y Spencer Weber, para reforzar el incentivo a los infractores de cárteles a acudir ante la autoridad, la legislación de reforma y que mejora las sanciones penales antimonopolio de Estados Unidos del año 2004 (“Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004”), dispuso que por el Programa de Clemencia también se beneficie al solicitante respecto de las denuncias por los daños civiles que pueda tener en su contra, haciendo que el resultado del derecho de acción previsto por la Clayton Act para que se reconozca a los afectados hasta el triple de los daños causados sea reducido a los daños causados realmente, ello además de brindar inmunidad penal, lo que aumentó los incentivos para acogerse al Programa de Clemencia.

De este modo, para efectos ejemplificativos, estimamos oportuno referirnos al caso del atún evaluado en Estados Unidos (*TUNA TALES, The Antitrust Tsunami, Clifford Chance, s.f.*), en el cual tres empresas productoras

de atún llamadas “Bumble Bee”, “Starkist” y “Chicken of the Sea”, dominantes con un 73% de participación conjunta, acordaron (i) disminuir el tamaño de las latas de atún, (ii) aumentar el precio del atún, (iii) limitar la actividad promocional para no modificar los precios de mercado acordados, entre otros.

En vista de que según la investigación judicial se descubrieron conversaciones, correos electrónicos, llamadas y reuniones entre los ejecutivos y el personal de ventas de cada empresa, la empresa “Bumble Bee” acordó declararse culpable en mayo de 2017, aceptando pagar una multa de USD 25 millones, y Starkist aceptó declararse culpable en octubre de 2018, estableciéndose una multa de USD 100 millones.

Por otro lado, en el 2016 el DOJ presentó cargos contra los ejecutivos de Bumble Bee. En enero de 2017 el vicepresidente de esta empresa se declaró culpable, siendo que, después, otros ejecutivos Bumble Bee como de Starkist, también se declararon culpables. Cabe indicar que, en el caso de “Chicken of the Sea”, al haber solicitado el Programa de Clemencia, obtuvo inmunidad procesal tanto la empresa como sus directivos; sin embargo, dicha protección ha estado condicionada a la continua cooperación de la empresa y sus empleados en la investigación y proceso judicial de las otras empresas cartelistas.

En el marco del caso expuesto, se advierte que al expresidente de Bumble Bee (el señor Chris Lischewski), se le declaró culpable de un cargo de fijación de precios con una pena de cárcel de 10 años (que fue posteriormente reducida a 3 años, según nota periodística) y una multa de USD 1 millón. Esta sanción, según el DOJ, es un ejemplo para el comportamiento de altos ejecutivos. Asimismo, se sabe por informaciones periodísticas que la empresa Bumble Bee se declaró en quiebra. (Leonard, 2022; White, 2019).

Como se puede advertir de lo expuesto, la “Antitrust Division” busca responsabilizar a los individuos que participan en el cártel, así como a las empresas que se benefician con la conducta, con penas disuasorias, que se imponen de forma adicional a las sanciones civiles y administrativas que se

puedan imponer. De este modo, Estados Unidos viene siendo el líder mundial en la aplicación estricta de políticas de competencia; tal es así que, según la OCDE (2020), la misma “Antitrust Division” ha apreciado a través de sus investigaciones que, en determinados casos, los miembros de los cárteles que operaban internacionalmente optaron por competir en Estados Unidos, es decir evitaron realizar conductas de cartelización por temor a ser procesados penalmente, obteniendo una efectiva disuasión de la comisión de cárteles en dicho país.

(ii) Reino Unido

Inicialmente el delito de cártel se introdujo en el “Enterprise Act” del año 2002 (en adelante, Enterprise Act 2002). Según Michels (2014), a través de la sección 188 del Enterprise Act 2002, se dispuso que un individuo es culpable de actos anticompetitivos, si este **“deshonestamente”** se pone de acuerdo con una o más personas para implementar acuerdos de fijación de precios, limiten la oferta, limiten la producción, dividan mercados o acuerden condiciones en licitaciones. Sin embargo, hay que resaltar que las conductas típicas se limitan a acuerdos horizontales restrictivos de la competencia entre empresas de un mismo eslabón de la cadena de suministros. En ese sentido, los acuerdos verticales no entran en el ámbito de aplicación de la norma.

Cabe indicar que dicho enfoque habría presentado problemas para su efectiva aplicación, tal como lo señala Michels (2014). Por ejemplo, se menciona que se habría generado situaciones que dejaban abierta la interpretación de una situación “deshonesta”, utilizando argumentos como, por ejemplo: “en un escenario de recesión económica, se tuvo que recurrir a la figura del cártel para evitar despidos” y de esta forma, buscar persuadir a los jurados de que no se habría configurado un comportamiento deshonesto.

Dada dicha situación, en el año 2013, a través de la “Enterprise and Regulatory Reform Act 2013”, se elimina la necesidad de demostrar la “deshonestidad” señalada en la norma del año 2002. Así también la referida norma creó la Competition and Markets Authority (en adelante, CMA), que es la autoridad de la competencia en el Reino Unido, responsable de fortalecer

la competencia empresarial y prevenir y reducir las actividades anticompetitivas, haciendo cumplir la “Competition Act 1998”.

Asimismo, de acuerdo con la sección 190 del “Enterprise Act” del año 2002, la “Serious Fraud Office” (en adelante, la SFO), también es competente para la persecución de dichas conductas, siendo la autoridad especializada a cargo de los casos de fraude, soborno y corrupción graves o complejos.

De este modo, según el “*Memorandum of Understanding between The Competition and Markets Authority and The Serious Fraud Office*” (en adelante, MOU) suscrito por la CMA y la SFO, estas entidades cooperan para enjuiciar el delito de cártel criminal, establecido por la ley “Enterprise Act 2002”. Así el cártel criminal puede ser investigado por la CMA o por la SFO, o a través de una investigación conjunta. (Enterprise Act 2002, sección Cartel offence: supplementary).

Ahora bien, cabe precisar que la CMA cuenta con una variedad de poderes para investigar los problemas de mercado, teniendo competencia para investigar a empresas individuales o a grupos de empresas respecto de la aplicación de las normas de libre competencia. Entre estos poderes, la CMA puede investigar e iniciar procesos contra personas por el delito de cártel penal.

Por su parte, la SFO se creó en el año 1998 por la “Criminal Justice Act 1987” y sus poderes fueron otorgados en dicho texto legal. Esta autoridad se centra en casos puntuales que impliquen grandes delitos económicos relacionados a fraude, soborno y corrupción. Es preciso señalar que, en casos altamente complejos y serios, las facultades de la SFO engloban la investigación de crímenes ligados a los cárteles.

En efecto, la sección 1 (1) de la “Criminal Justice Act 1987” brinda facultades a la SFO para investigar cualquier acción en la cual se tenga sospechas razonables de que se ha cometido serios y complejos temas de fraude, tales como los cárteles, que tengan o signifiquen un potencial daño al público, a la reputación e integridad del Reino Unido como centro internacional financiero o a la economía y prosperidad del Reino Unido. (Serious Fraud Office, s.f.-a).

Asimismo, la SFO también tiene diferentes herramientas de investigación, entre las cuales se encuentran el de realizar interrogatorios, requerimientos de información y documentos, entre otros.

Cabe resaltar que, el delito de cártel tiene como pena máxima cinco años de prisión o una multa ilimitada (sin topes máximos). Estas sanciones pueden operar conjuntamente con la aplicación administrativa y civil del derecho de la competencia, imponiéndose sanciones pecuniarias de multas de tope del 10% de la facturación mundial de la empresa en el último año financiero de la imposición de multa y aplicando acciones de daños y perjuicios presentadas por las víctimas de los cárteles. (UK cartels and restrictive agreements: a quick guide, s.f.).

Ante el delito de cártel, según el MOU, la CMA o la SFO pueden seguir el proceso ante la “Magistrates’ court” o la “Crown court”.

Asimismo, el MOU refiere que la CMA tiene la facultad de otorgar inmunidad penal de enjuiciamiento a través de cartas de no acción, y este poder se rige por la guía detallada en su política de “Applications for leniency and no-action in cartel cases”. Asimismo, de acuerdo con el MOU, la SFO está obligada a cumplir con las cartas de otorgamiento de clemencia o no acción, emitidas por la CMA.

Del mismo modo, la MOU indica que, si alguna decisión respecto de la clemencia o retiro de cartas de no acción tuvieran algún impacto en el resultado de una investigación o enjuiciamiento de un cártel liderado por la SFO, la CMA consultará a la SFO. Por otro lado, si en algún caso se esté considerando la emisión o el retiro de una carta de no acción con relación a un sospechoso o acusado en algún caso dirigido por la SFO, la CMA se basará en la evaluación de la SFO en cuanto al grado en que esa persona ha cooperado en sede penal. En consecuencia, la CMA y la SFO deben mantener una estrecha relación, garantizando de este modo una coherencia de enfoque de funcionamiento de la política de clemencia (The leniency policy).

En dicho contexto, el MOU también reconoce que, si existen casos en los que la SFO decide que un investigado no ha cooperado con una investigación o enjuiciamiento, la SFO consultará con la CMA antes de

revocar cualquier acuerdo de no acción que haya sido otorgado. Sin embargo, es importante mencionar que cualquier carta de no acción otorgada por la CMA no puede evitar que se enjuicie a un individuo por una conducta que, aunque esté relacionada con la actividad de cártel, equivale a un delito separado o distinto, como por ejemplo un delito de soborno o fraude. (Serious Fraud Office, s.f.-b).

Luego de lo previamente expuesto, podemos concluir que en el Reino Unido existe un régimen de criminalización de prácticas de cártel desde el año 2002, el cual se ha venido aplicando de manera coordinada entre la CMA y la SFO en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el MOU, ello de la mano con una aplicación de la política de clemencia reconocida tanto en sede administrativa y penal.

(iii) Colombia

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la SIC) es la autoridad nacional de protección, entre otros, de la competencia. En ese sentido, Luque Miranda (2018) señala que la SIC es la autoridad encargada de la investigación de las acciones que atenten contra la libre y leal competencia.

De acuerdo con el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se considera como parte de las conductas anticompetitivas, entre otros, a los acuerdos colusorios ligados a licitaciones públicas, considerándose multas para empresas de hasta 100 000 salarios mínimos legales mensuales o hasta el 150% de la utilidad derivada por parte del infractor y de hasta 2 000 salarios mínimos para el caso de personas naturales. Cabe precisar que, para el año 2022, el salario mínimo en Colombia asciende a un millón de pesos colombianos (aproximadamente USD 217.84 al 1 de octubre de 2022).

Asimismo, dicha conducta anticompetitiva también es considerada como delito penal, calificado como tal desde la Ley 1474 del año 2011, la cual contempla que se incluya en el artículo 410-A al Código Penal Colombiano al delito relacionado a la colusión en licitaciones públicas, indicando una pena de prisión de 6 a 12 años, y una multa de 200 a 1 000

salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para contratar con entidades del Estado por 8 años.

Es importante mencionar que, como señala Ossa Bocanegra (2014), para la aplicación del derecho penal, cuando sean empresas las que cometan este tipo de ilícitos, la pena deber ser impuesta a su representante legal.

Asimismo, la colusión en la contratación pública se persigue a través del derecho penal por ser una práctica que restringe la competencia y constituye una modalidad de fraude al Estado a través de la manipulación de procesos contractuales. (Ossa Bocanegra, 2014).

En esa línea, la doctrina refiere que la licitación es un procedimiento de formación del contrato, el cual tiene como fin seleccionar a la persona que propone las condiciones más beneficiosas para el interés público que es la base de la contratación estatal.

Ossa Bocanegra refiere que la sanción de las licitaciones colusorias se impone a través del derecho administrativo sancionador, por medio de las acciones de la SIC; y a partir de la expedición del Estatuto Anticorrupción, del derecho penal, ya que la Ley 1474 de 2011 tipificó esta práctica como delito.

De este modo, es importante mencionar que la Fiscalía de la Nación de Colombia es la entidad encargada de liderar los procesos penales vinculados a conductas anticompetitivas en las licitaciones, mientras que, desde el punto de vista administrativo, como se mencionó previamente, es la SIC la entidad encargada de liderar los casos anticompetitivos. Asimismo, es pertinente indicar que la SIC cuenta con facultades para otorgar beneficios administrativos por casos de actividades anticompetitivas, a través de un Programa de Delación, el cual fue introducido a través del artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, y reglamentado a través del Decreto 1523 de 2015.

Al respecto, el Decreto 1523 de 2015, indica entre otros aspectos, que los beneficios del programa de delación no cobijan a quien sea instigador o promotor de la conducta, y que solamente el primer delator podrá acceder a la exoneración del 100% de la multa. Por su parte, el segundo delator podrá acceder a una reducción de entre el 30% al 50% de la multa, y el tercer delator

y posteriores podrán obtener una reducción del 25% de la multa a imponer, ello de acuerdo con la utilidad de la información y las pruebas aportadas.

Es preciso señalar también que, de acuerdo con el artículo 410 A del Código Penal Colombiano, los delatores que obtengan una exoneración total de la multa a imponer por parte de la SIC en una investigación por acuerdos anticompetitivos ligados a contrataciones públicas, tendrán los siguientes beneficios ligados al proceso penal: (i) una reducción de pena de una tercera parte, (ii) una reducción de multa a imponer por la fiscalía de 40%, (iii) y una inhabilitación de contratar con el estado de 5 años; es decir, el programa de delación establecido por la SIC no implica la protección total o la suspensión de la investigación y sanción penal para los delatores.

De lo expuesto, se advierte que con la sanción administrativa y penal se busca disuadir la comisión de los actos de licitación colusoria, por lo que el nivel de sanción en este tipo de conductas considerará no solo el beneficio obtenido o esperado por la comisión de la conducta, sino habrá una restricción al derecho fundamental de libertad ambulatoria para el infractor, que es una limitación estricta a un bien muypreciado por cualquier individuo.

(iv) Chile

En 1973 entró en vigencia el Decreto Ley N° 211, que aprueba las normas de defensa de la libre competencia (en adelante, Ley de Competencia de Chile), la cual concibe a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) como órgano autónomo para la persecución de prácticas anticompetitivas y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como órgano resolutorio.

En el año 2009, se emitió la Ley 20.361 que reforzó las herramientas de persecución de cárteles de la FNE, a través de la herramienta de delación compensada.

Posteriormente, en el año 2016 se emitió la Ley 20.945, la cual introdujo la sanción penal para los delitos de cártel, aumentó las multas administrativas para sancionar prácticas anticompetitivas, creó la sanción para los miembros de un cártel de prohibición de contratar con el Estado, entre otras modificaciones relevantes. Así, en dicha norma se estableció: (i) pena de cárcel para los cárteles de tres años y un día hasta diez años, sin

posibilidad de acceder a penas sustitutivas hasta que se haya cumplido al menos un año de cárcel efectiva, y (ii) se consideró que se iniciaría el proceso penal a criterio exclusivo de la FNE como consecuencia de la emisión de una resolución de responsabilidad administrativa, siendo facultativa dicha potestad, con excepción de los casos que comprometan gravemente la libre competencia en los mercados.

Cabe indicar que esta modificación aumentó de manera importante las multas para todo tipo de conductas anticompetitivas, siendo que la multa puede llegar a ser el doble del beneficio económico reportado por el cártel o hasta un 30 % de las ventas en la línea de productos afectados por la colusión, y en caso no se obtenga beneficio económico o un monto de ventas para calcular, la multa alcanzaría a 60 000 Unidades Tributarias Anuales. Además de dichas multas, las empresas infractoras se exponen también a demandas de indemnización de daños y perjuicios.

Así, según el artículo 63 de la Ley de Competencia de Chile, el beneficio de clemencia se aplica al delito tipificado en el artículo 62 de la misma ley, relacionado a casos de cártel, siendo que las personas que aportan primero información a la FNE también quedarán exoneradas de responsabilidad penal por el delito sancionado de cártel criminal. Es decir, el beneficio otorgado por la clemencia en el fuero administrativo podría ser aplicado también en el fuero penal. Según lo precisado por la OCDE, la denuncia de la FNE identificará a las personas que se encuentren exoneradas de responsabilidad penal, lo cual deberá ser declarado por el Tribunal de Defensa de la Competencia. (Decreto Ley 211, Artículos 62 y 63).

Las personas que colaboraron con la FNE también deberán presentar ante el Ministerio Público Penal y el juzgado penal competente la misma información que previamente presentaron ante la FNE, y declarar en el juicio penal. Según indica la OCDE, el testigo quedará privado de la exención de responsabilidad penal si no compareciera sin causa justificada o se niegue a ratificar la declaración que hubiere rendido ante la FNE, y el juez penal competente a requerimiento del Ministerio Público Penal declare dicha circunstancia.

Asimismo, la OCDE refiere que, para el segundo solicitante de clemencia, la sanción penal establecida se reducirá en un grado respecto de las personas que hayan aportado información adicional a la FNE hasta el límite del 50% de la multa, de conformidad con el artículo 39 de la Ley de Competencia.

Cabe indicar que el Tribunal de Defensa de la Competencia declara la existencia de un cártel, siendo que dicha conducta puede ser materia de denuncia penal, con la acción de la FNE. Así, si la FNE presenta la denuncia penal, el fiscal penal podrá tener acceso a los documentos de clemencia si así lo autoriza el Tribunal de Defensa de la Competencia.

De lo previamente expuesto, se puede colegir que en Chile existe una persecución contra las conductas de cártel tanto en sede penal y administrativa, cuyos procesos se encuentran ligados desde la actuación de la FNE, la cual tiene la facultad de decidir el inicio de la acción penal contra dichas conductas.

Asimismo, se aprecia que existe un detallado procedimiento para el reconocimiento del programa de clemencia en sede penal y administrativa, lo cual garantiza transparencia sobre las reglas de juego aplicables a los investigados en ambas sedes y brinda seguridad jurídica sobre su situación como colaborador ante las autoridades competentes. En consecuencia, de las consideraciones expuestas, se aprecia que la presente legislación busca promover la identificación de estas conductas y por otro lado desincentivar la comisión de este tipo de ilícitos.

CAPÍTULO III: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

3.1 Argumentos a favor de la criminalización de las prácticas anticompetitivas

Si bien a nivel nacional e internacional, tenemos que las legislaciones que protegen la libre competencia en los mercados disponen sanciones administrativas para las personas jurídicas que cometen prácticas anticompetitivas, dado que estos son los agentes que se benefician de dichas conductas, es también conocido que dichas sanciones no constituyen mecanismos suficientes de disuasión para la realización de dichas prácticas.

Sobre el particular, la OCDE (2003) ha sostenido que existe evidencia empírica de que las multas a las corporaciones casi nunca son suficientemente altas para generar un nivel óptimo de disuasión y, en la mayoría de casos, se encuentran sustancialmente por debajo de ese nivel. De este modo, considera que la amenaza de sanciones a personas naturales podría reforzar los incentivos en los directores y funcionarios de empresas para resistir a la presión de participar en una conducta ilegal y, en consecuencia, incrementar el nivel de disuasión.

Al respecto, existen jurisdicciones en donde se ha dispuesto la posibilidad de sancionar de manera pecuniaria y penal a las personas naturales que participan en el planeamiento, realización o ejecución de las prácticas anticompetitivas; sin embargo, dichas jurisdicciones se han circunscrito a penalizar solo un tipo de estas prácticas, como son los cárteles.

En ese sentido, para el desarrollo del presente acápite se debe advertir que los argumentos identificados en la doctrina a favor de la criminalización de prácticas anticompetitivas se encuentran especialmente referidos a la aplicación de esta medida en relación con los cárteles.

De acuerdo a la OCDE (2003) existe una tendencia reciente que va hacia la creación de regímenes de criminalización de prácticas anticompetitivas reconocidas como cárteles en todo el mundo, y ello se debe en gran parte a los esfuerzos del DOJ, considerando que los funcionarios de dicha agencia han propugnado un mensaje

coherente sobre su función de hacer cumplir la sección 1 de la Sherman Antitrust Act, indicando que el elemento disuasorio más eficaz es el riesgo de prisión severa.

Es así que Hammond (2000), ex fiscal general adjunto del “Antitrust Division” del DOJ, afirmó que, en base a la experiencia de Estados Unidos, no existe mejor disuasivo para la comisión de conductas consideradas como cárteles que el riesgo a prisión para los trabajadores de las empresas, siendo que las multas pecuniarias son insuficientes para disuadir a los potenciales infractores. Esta posición ha sido apoyada por la OCDE (2003), al señalar que parece haber un acuerdo general en que la amenaza de sanciones económicas por sí sola tiene pocos efectos disuasorios sobre las personas.

En dicho contexto, sobre la criminalización de las prácticas anticompetitivas reconocidas como cárteles, Whelan (2018) refiere que las teorías de disuasión y retribución son relevantes en el debate de la criminalización de las prácticas colusorias. Así también, la OCDE (2020) ha reconocido dicha premisa -citando a Ducci (2018)- afirmando que existen dos teorías del castigo, no excluyentes entre ellas, en el debate de la criminalización, las cuales son: (i) la Teoría de la disuasión económica; y, (i) la Teoría de la retribución.

Según desarrolla la OCDE (2020a), la *“Teoría de la disuasión económica”* sostiene que el castigo puede justificarse si conduce a la prevención o reducción de futuros delitos. Entonces la disuasión es consecuencialista, pues mira las consecuencias preventivas de la sentencia.

Esta teoría promulga que la justificación de las sanciones penales para las personas tiene dos argumentos. Primero, reconocer que el daño que generan los cárteles no se ve remediado por las consecuencias de acciones civiles, sino que también se extiende a una pérdida irrecuperable de eficiencia ya que los volúmenes de oferta disminuyen a comparación de una situación sin cártel. Segundo, reconocer que, para una disuasión óptima, el monto de las multas que se impondrían a las empresas sería demasiado grande, generando un riesgo de eliminar a los competidores del mercado. (OCDE, 2020a).

Según estudios efectuados en otras jurisdicciones se asegura que el nivel de multa impuesta a una empresa por actividades de cártel está por debajo de la multa óptima, a fin de que no se busque liquidar a las empresas como castigo por la actividad de cártel, ello porque el mercado se volvería más concentrado, aumentando la posibilidad de un

nuevo cártel, así como costos sociales negativos. Es así que la multa puede apreciarse como un impuesto frente a la actividad que se impone a la empresa infractora, por lo que las penas privativas de libertad pueden rectificar el problema de disuasión que se genera cuando se impone una multa subóptima. (Whelan, 2018).

La OCDE (2020) reconoce que la falta de imposición de sanción penal contra los individuos debilita la disuasión por dos razones: (i) cuestiones de principal/agente y (ii) la posibilidad de las empresas de indemnizar a las personas que participan en los cárteles.

El punto (i) se refiere a que las empresas (principales) y empleados (agentes) tienen diferentes incentivos, razón por la cual las multas contra las principales no siempre lograrán disuadir a los agentes. El punto (ii) se refiere a que, como actores racionales, las empresas pueden estar dispuestas a incentivar los cárteles si los beneficios superan los costos potenciales y compensan a sus empleados involucrados en las prácticas.

Sobre el último punto, Kovacic (2016) refiere que el efecto disuasivo de las multas administrativas es dudoso en tanto que estas pueden estar aseguradas por recibir una compensación correspondiente de sus empleadores. Esta compensación puede pagarse ex ante o ex post, cuando se acuerde un salario más alto o una bonificación adicional antes de que la autoridad descubra el cártel (o cualquier conducta anticompetitiva) o cuando ya pagada la multa por el empleado la empresa reembolse dicho monto, el cual incluso puede contener una retribución adicional.

En el mismo sentido, para Wils (2005), el *enforcement criminal* cumple un rol más fuerte en el envío de mensajes que los *enforcement* civiles o administrativos, generando un efecto disuasorio sin equivalente, toda vez que las multas a individuos no parecen ser una alternativa igual de efectiva como el encarcelamiento. En ese sentido, considera que la ventaja del encarcelamiento es que es imposible cambiar la pena ex post y también es más difícil concertar un importe para compensar el riesgo adelantado. Según este autor, para los defensores del rol disuasivo, lo trascendental de la pena privativa de libertad a diferencia de la multa, es que esta última no tiene componente corporal, por ende, es menos disuasivo que la pena de cárcel.

En dicho contexto, Whelan (2018) sostiene que la clave efectiva del *enforcement* anticolusión sería la existencia de la sanción individual de encarcelamiento no indemnizable. Este autor refiere que el fundamento esencial de la existencia de sanciones penales por cárteles es la disuasión económica y sostiene que se necesita encontrar una

sanción no indemnizable, como las penas privativas de libertad, que son capaces de alejar a los ejecutivos de negocios de la actividad del cártel.

Por otro lado, sobre la *“Teoría de la retribución”*, la OCDE (2020) refiere que esta justifica el castigo penal por el hecho de que el individuo se involucró en un acto prohibido y moralmente incorrecto, siendo que esta teoría requiere que el castigo sea proporcional a la gravedad del delito y al nivel de la intervención del individuo. En ese orden de ideas, la OCDE refiere que, para desarrollar esta teoría, se considera al cártel como una conducta equivalente al engaño del proceso competitivo que es la esencia del sistema de economía de mercado. Es decir, se considera a la actividad de cártel como la más nociva que otras conductas anticompetitivas y las sanciones penales envían un mensaje fuerte al respecto.

Para Whelan (2018), siguiendo esta teoría, el castigo debe justificarse no en base a su capacidad para prevenir un futuro crimen, sino porque los seres humanos son responsables de sus actos y por ello deben recibir lo que merecen cuando incurren en lo que la sociedad considera como decisiones equivocadas.

Es importante señalar que en la teoría de la retribución suele abordarse el tema del estigma moral. Al respecto, Harding refiere que la criminalización encarna un juicio significativo sobre una conducta particular dentro de una sociedad, y su impacto es considerable, lo que conduce al estigma, un cambio de estatus para el actor, destacando la realización y protección de los valores e intereses fundamentales para otros en la sociedad. (OCDE, 2020a).

Según la OCDE (2020), no hay consenso sobre lo que es moralmente reprochable en el delito de cártel. Sin embargo, para Whelan (2018) es esencial determinar la ilicitud moral de la conducta, vinculando a las actividades de cártel con conductas moralmente incorrectas como son el robo y el engaño.

Sobre el robo, Whelan (2018) refiere que, para considerar el cártel como robo, se debe aplicar el estándar del consumidor, en lugar del bienestar total, porque preliminarmente requiere establecer un derecho de las víctimas a los cárteles al costo excesivo. Al respecto, se ha visto al bienestar del consumidor como el equivalente del excedente del consumidor. (Artaza Varela, 2017).

Sobre el engaño, se requiere que el cartelista haga declaraciones falsas sobre la inexistencia de un cártel o no se revele la existencia de un cártel, siendo que en ambos

casos se debe haber implementado el cártel, y este supuesto no se aplica a los casos en los que el cartelista declara la existencia explícitamente de un cártel.

Por su parte, Grasmick y Appleton (1977) señalan que el estigma social incide en el comportamiento humano; y, en consecuencia, es probable que la amenaza de ser estigmatizado como un infractor de la ley sea un elemento disuasorio para el individuo, siendo por tanto necesario que la autoridad tenga una política de estigmatización sobre los cárteles.

No obstante lo expuesto, la OCDE (2020) reconoce que no existe un consenso internacional sobre la conveniencia de la criminalización de los cárteles, lo cual se debe al hecho de que el derecho penal se basa en gran medida en las normas sociales, que difieren de cada jurisdicción, así como de la cultura de competencia de las sociedades. Sin embargo, este organismo sostiene que sí existe cierto consenso en que los cárteles revisten de una gravedad significativa y merecen un serio reproche jurídico, por lo que concluye que es razonable que ese tipo de conductas se sancionen con la pena más estricta que el sistema jurídico penal contemple.

Ahora bien, desde el punto de vista de la aplicación del Derecho Penal Económico (en adelante, DPE) frente a las conductas anticompetitivas, es importante resaltar que la función del DPE es restablecer la identidad normativa esencial de la sociedad en la economía, buscando proteger la organización económica de la sociedad en tanto favorece la realización de las personas (García Caveró, 2021). Esta función debe ser efectiva, pero con ciertos límites, como son los principios que limitan el *ius puniendi* del Estado.

Para identificar el objeto del DPE, es importante entender la realidad social del país en el que se aplique para definir los valores o pautas de conducta que se deben intentar impulsar. (Artaza Varela, 2017; García Caveró, 2021).

Sobre los efectos dañinos que genera la colusión, según Artaza Varela (2017), estos se encuentran relacionados al daño social causado por el cártel, el cual se debe determinar por sus efectos en toda la sociedad, es decir que se consideren en términos colectivos o totales.

De este modo, refiere el mismo autor que se debe restringir la sanción penal para aquellos casos que supongan una restricción o una afectación importante a la competencia, por ejemplo, la fijación del precio de los bienes y servicios por encima del nivel competitivo, lo cual se entiende como una injusticia intolerable.

Por ello, para los efectos antes mencionados, debe existir conciencia por parte de la sociedad sobre los intereses que puedan verse afectados por la práctica colusoria, la relación directa de la libre competencia con la proporción de la participación en el ámbito socioeconómico y la gravedad de la colusión para dichos intereses. Por este motivo, según Varela, se recomienda que ante la colusión no se responda con sanciones que puedan ser traspasables a otra persona o asegurable, ya que el mensaje del Estado sobre esta infracción no coincidiría con la importancia del interés protegido, ni tampoco sería considerada como una efectiva reacción frente a los fines del DPE.

De este modo, se recomienda que la conducta tipificada como delito se alinee con las percepciones generales de comportamiento moralmente incorrecto de la sociedad. Siendo que, si se percibe que el delito de cártel es ilegítimo porque refleja la opinión de la sociedad sobre la ilicitud moral de la actividad de cártel, es probable que el cumplimiento de la ley sea más pronunciado.

En ese contexto, podemos concluir que si la conducta de cártel está alineada al comportamiento inmoral como son el engaño o el robo, los empresarios podrán internalizar el riesgo de afectar su reputación antes de cometer un cártel, lo que implicaría un ahorro en los costos de persecución de dicho ilícito para la autoridad administrativa. En consecuencia, resulta necesario que los legisladores criminalicen el cártel, capturando el reproche social contra esta actividad.

Sobre la base de lo expuesto, con relación al presente acápite, podemos concluir las siguientes premisas:

- Existe una tendencia en los países miembros de la OCDE de apostar por la criminalización de prácticas anticompetitivas, referidas exclusivamente a actividades de cártel, por considerar dicha medida como efectivamente disuasoria para los individuos quienes potencialmente podrían incurrir en dicha conducta, la misma que es considerada con uniformidad por la OCDE y sus países miembros como la más nociva contra el sistema de la libre competencia.
- La doctrina reconoce dos teorías no excluyentes para el análisis de la criminalización contra las prácticas anticompetitivas reconocidas como cártel, las cuales son la teoría de disuasión económica y la teoría de la retribución.
- Según la “Teoría de la disuasión”, el castigo se justifica si conlleva a la prevención de la incurrencia en futuros delitos. Esta teoría sostiene que, sin la

criminalización, el empleado de una empresa no encontrará un desincentivo para incurrir en la conducta si solo se imponen multas a la empresa; y, que en caso se imponga una multa administrativa al trabajador, cabe la posibilidad de que la empresa internalice dichos costos potenciales y compense a su empleado por la comisión del ilícito. Ante dichos riesgos, se presenta a la pena de cárcel como una sanción que no es indemnizable para el individuo y por lo tanto es un mejor disuasivo para la comisión de estos ilícitos.

- Según la “teoría de la retribución” se justifica la criminalización del cártel por el hecho de que el individuo cometió un acto prohibido que es moralmente incorrecto. Esta teoría sostiene que es fundamental abordar el tema del estigma moral, de manera que la pena de cárcel genere un estigma para el infractor, provocando una condena social.
- De este modo, la doctrina concluye que, con el desarrollo de las teorías de disuasión económica y de retribución, se pueden sostener argumentos sólidos para justificar la imposición de la criminalización de la actividad de cártel, ello dado que al reconocer que los infractores son seres racionales que tienen la intención de realizar el ilícito se justifica el reproche que la sociedad puede tener contra estos por violar normas morales.
- La aplicación del DPE dependerá de la realidad social de cada jurisdicción, es decir que, el daño social causado por el cártel, como es la afectación al mercado, debe justificar la adopción de la pena de cárcel contra el infractor.
- No obstante, la doctrina reconoce que puede haber cuestionamientos a la justificación de la acción penal en las conductas que afecten el buen funcionamiento del sistema de mercado, por lo que se propone que la pena de cárcel solo deba imponerse cuando la restricción o la afectación a la competencia sea relevante, como el cártel.
- La doctrina reconoce que para la aplicación del DPE en las conductas de cártel debe existir conciencia sobre la relevancia de los intereses afectados y del comportamiento moralmente incorrecto del infractor, razón por la cual se recomienda que ante estas conductas no se reaccione con sanciones traspasables a otra entidad, sino que sea una responsabilidad personal.

- El legislador tendrá la responsabilidad de criminalizar los delitos que afecten la competencia, circunscribiéndose a los más nocivos, y debiendo demostrar la afectación implícita de las normas morales reconocidas por la sociedad.

3.2 Argumentos en contra de la criminalización de las prácticas anticompetitivas

En cuanto al presente acápite, debemos precisar que, al igual que lo desarrollado en el numeral 3.1, de la revisión de la doctrina se han identificado una mayoría de argumentos en contra de la criminalización en relación con los cárteles a diferencia de otras prácticas anticompetitivas. En virtud de ello, se procederá a desarrollar los argumentos que en concreto se han sostenido en dicho extremo, los mismos que a nuestro criterio pueden ser aplicados a todo tipo de prácticas anticompetitivas.

De este modo, se advierte en la doctrina nacional e internacional que existe el argumento referido a que el sistema de libre competencia funcionaba correctamente en sede administrativa y contaba con elementos lo suficientemente disuasivos y represivos sin necesidad de intervención penal. En ese sentido Agostini (2015) sostiene que criminalizar es ineficiente e innecesario, dado que, si bien la pena de cárcel es un disuasivo potente, existen otras sanciones que generan un importante efecto inhibitorio, tales como las multas altas para personas naturales.

Al respecto, en nuestro país, el expresidente de la República, Martín Vizcarra Cornejo, en sus comentarios sobre el proyecto de la Ley 31040, remitidos al Congreso de la República mediante Oficio N.º 103-2020-PR de fecha 2 de julio de 2020, menciona que no se logró evidenciar que las medidas administrativas de protección de la libre competencia no han sido efectivas, por lo que no se dan las justificaciones necesarias para que el derecho penal intervenga.

Del mismo modo, criminalizar las conductas anticompetitivas no se considera compatible con el principio de *última ratio* del derecho penal. Sobre el particular, Luis Bramont-Arias sostiene que la intervención penal debe aplicarse ante conductas contrarias al orden económico en cuanto los otros ámbitos jurídicos no sean suficientes para garantizar su cumplimiento (Bramont-Arias Torres, 1992). En ese sentido, resultan preferentes las sanciones menos graves si con estas se obtiene la finalidad que se busca. De este modo, nos encontraríamos ante un principio que se construye sobre bases utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. Ello conlleva a concluir que las

normas penales deben aplicarse solo cuando resulte imprescindible en términos de utilidad social general. (Carnevali Rodríguez, 2008).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional reconoce el principio de *última ratio* del derecho penal, al señalar que únicamente se debe recurrir a dicha rama del derecho cuando sea absolutamente necesario. En ese sentido, señala que de manera previa a la decisión de penalizar ciertos actos o determinar las penas, el Estado debe acudir a medios menos gravosos, a fin de salvaguardar los bienes jurídicos que se pretenden proteger. En ese contexto, solo en caso de fracasos de estos otros medios, se debe acudir a la penalización de tales conductas. (Tribunal Constitucional, 2006, Sentencia 0012-2006-PI/TC).

Por otro lado, algunos autores consideran que la criminalización de las prácticas anticompetitivas puede generar que haya afectación al principio *non bis in idem*, en tanto que habría una duplicidad de regímenes tanto persecutorio y sancionatorio contra un individuo por el mismo ilícito.

Cabe precisar que el principio de *non bis in idem* refiere que ningún sujeto puede ser objeto de sanción dos veces por los mismos hechos y por los mismos fundamentos. Si bien este principio no está explícitamente señalado en la Constitución, el Tribunal Constitucional sí lo reconoce al hacer mención al principio del *non bis in idem* “procesal”, el mismo que reconoce que un sujeto no puede ser procesado dos veces por el mismo hecho, y al principio del *non bis in idem* “material” el cual reconoce que un sujeto no puede ser castigado dos veces por el mismo hecho, siendo que dicho principio está inmerso implícitamente en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución, el cual regula el derecho al debido proceso”. (Tribunal Constitucional, 2003, Sentencia 1670-2003-AA/TC).

Ahora bien, resulta importante tener en cuenta la complejidad que acarrea la investigación y evaluación de las prácticas anticompetitivas, así como los criterios que se han venido desarrollando al respecto. En el caso de nuestro país, como se indica en el Oficio N.º 103-2020-PR señalado precedentemente, la práctica del INDECOPI demuestra que la persecución administrativa resulta la mejor manera de reprimir o desincentivar las conductas anticompetitivas, y que el complejo análisis de efectos anticompetitivos y de la generación de eficiencias en los mercados por este tipo de

conductas, sugiere que sea un órgano administrativo el que se encuentre a cargo de reprimirlas, sin aplicar sanciones más gravosas como las de tipo penal.

Al respecto, la OCDE recalca la importancia de considerar la interdependencia entre los mecanismos que forman parte del sistema de defensa de la competencia, con la finalidad de evitar que el introducir una sanción penal resulte perjudicial al sistema en su conjunto. (OCDE, 2020a). Asimismo, refiere que para criminalizar se requiere de esfuerzos de promoción para educar a las partes interesadas y al público en general, no solo explicando por qué una conducta anticompetitiva es dañina, sino también para demostrar que la aplicación penal es necesaria desde una perspectiva de disuasión y/o retribución. (OCDE, 2020a).

Por otro lado, de la doctrina se han identificado cuestionamientos referidos a que la tipificación del delito de criminalización de cárteles no sería deseable porque debilitaría el programa de delación compensada al afectar la previsibilidad y certeza que la herramienta requiere.

Al respecto, Agostini et al. (2015) sostienen que la criminalización debilitaría el mecanismo de delación compensada o Programa de Clemencia, toda vez que resultará difícil que una persona que está dispuesta a denunciar para eximirse de las multas, esté dispuesta a asumir el riesgo de ir a prisión.

Ahora bien, en relación con los costos que conlleva un procedimiento penal, según la OCDE (2020), opositores a la criminalización de cárteles se cuestionan que los costos de ejecución penal pueden ser muy elevados, al incluir recursos necesarios para investigar, enjuiciar y encarcelar individuos.

Finalmente, la OCDE ha identificado que existen argumentos referidos a que el diferente estándar probatorio requerido en sede penal y administrativa sería un problema para la evaluación de las pruebas que evidencien un cártel, siendo que en sede judicial para el análisis de la culpabilidad del investigado se requeriría de prueba directa; sin embargo, en sede administrativa se pueden probar dichas prácticas con prueba indirecta o circunstancial. Ello, conllevaría al riesgo de que existan opiniones contradictorias, entre el juez penal y lo que decida la autoridad de competencia respecto al caso investigado.

De lo antes expuesto, podemos concluir que los argumentos en contra de la criminalización de prácticas anticompetitivas son los siguientes:

- La experiencia nacional e internacional demuestra que el sistema de libre competencia puede funcionar correctamente en sede administrativa y contar con elementos lo suficientemente disuasivos y represivos sin requerir la intervención penal.
- El principio de *última ratio* del derecho penal prevé que este debe aplicarse cuando sea estrictamente necesario. En ese sentido, de manera previa a la decisión de penalizar ciertos actos o determinar las penas, el Estado debe acudir a medios menos gravosos, a fin de salvaguardar los bienes jurídicos que se pretenden proteger a través de la criminalización.
- La criminalización de las prácticas contrarias a la libre competencia puede generar que haya afectación al principio *non bis in idem*, en tanto que habría una duplicidad de regímenes tanto persecutorio y sancionatorio para el mismo infractor por los mismos hechos y fundamentos.
- El complejo análisis de efectos anticompetitivos y de la generación de eficiencias en los mercados por este tipo de conductas, sugiere que sea un órgano administrativo el que se encuentre a cargo de reprimirlas, sin aplicar sanciones más gravosas como las de tipo penal.
- La criminalización de cárteles debilitaría el mecanismo de delación compensada o Programa de Clemencia, toda vez que resultará difícil que una persona que está dispuesta a denunciar para eximirse de las multas, esté dispuesta a asumir el riesgo de ir a prisión.
- El estándar de la prueba en materia penal es mayor que en sede administrativa, lo que puede llevar al riesgo de tener opiniones contradictorias entre el juez penal y la agencia de competencia sobre la configuración del delito o infracción de cártel.

CAPÍTULO IV: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTA DE MEJORA AL RÉGIMEN DE CRIMINALIZACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL PERÚ

4.1 Evaluación del régimen de criminalización

Como hemos desarrollado a lo largo del presente trabajo, la Ley 31040, al reincorporar el artículo 232 al Código Penal, tuvo como objetivo criminalizar la comisión de prácticas contra la libre competencia, las cuales, eran susceptibles de ser sancionadas solo en sede administrativa.

Así, el artículo 232 del Código Penal expresamente prevé lo siguiente:

“Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4”. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 635).

De este modo, sin perjuicio de haber desarrollado en el Capítulo II del presente trabajo los alcances de aplicación de la referida disposición, en el presente acápite vamos a exponer los principales cuestionamientos que advertimos de la misma, y que consideramos debieron ser analizados por el legislador previamente a su emisión, a fin de verificar la necesidad de reprimir penalmente la comisión de todo tipo de conductas anticompetitivas.

a) Transgrede los principios de tipicidad y proporcionalidad

El artículo 232 del Código Penal, que tipifica el delito de abuso del poder económico, establece dos supuestos de hecho para la configuración del tipo penal, los cuales son: (i) la comisión de abuso de posición dominante en el

mercado o (ii) la participación en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia.

Como se puede apreciar, la descripción del delito de abuso del poder económico es abierto, que deja a la elección del juez el determinar qué conductas en específico pueden ser consideradas como de abuso de posición dominante o como prácticas restrictivas en la actividad productiva, pues son conceptos que no se encuentran definidos en dicho artículo.

Al respecto, es importante resaltar que, según lo previsto en el principio de legalidad establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, nadie puede ser sancionado por un acto que no esté previsto como delito. En ese contexto, de acuerdo con lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, este principio enmarca al principio de tipicidad, según el cual las prohibiciones que establezcan sanciones penales o administrativas deben estar descritas con un suficiente nivel de precisión que permita la comprensión de la conducta proscrita. (Tribunal Constitucional, 2004, Sentencia 2192-2004-AA/TC, Fundamento 12).

Asimismo, dicho colegiado señala que el principio de tipicidad deriva también del principio de seguridad jurídica, por el cual los sujetos deben encontrarse en la posición de poder predecir adecuadamente las consecuencias de sus actos, por lo que no se permiten cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan interpretaciones arbitrarias de la administración, sino que estas deben ser prudentes y razonadas. (Tribunal Constitucional, 2009, Sentencia 1873- 2009-PA/TC).

De este modo, como se indicó previamente, el vigente artículo 232 del Código Penal no tiene un nivel de desarrollo o precisión suficiente que permita comprender de manera clara las conductas típicas que configuran el delito, al no señalar los requisitos que deben verificarse previamente para determinar la comisión del ilícito, esto es, los supuestos que se deben presentar para incurrir en una práctica de abuso de posición dominante en el mercado o de ejecución

de prácticas o acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios.

Al respecto, es oportuno señalar que García Caveró ha sostenido que, para estructurar los delitos económicos, el legislador penal no puede desconocer que se hace imprescindible la utilización de cláusulas de remisión a regulaciones administrativas para que la autoridad judicial pueda concretar el contenido de la conducta típica en sectores especializados sometidos a constante revisión. (García Caveró, 2021).

Siguiendo dicho criterio, en la versión primigenia del artículo 232 del Código Penal, si bien no se hacía una precisión de las conductas típicas que constituían el delito de abuso del poder económico, la referida norma para dichos efectos hacía una remisión expresa a la legislación especial de la Libre Competencia entonces vigente (DL 701), lo cual evitaría interpretaciones judiciales arbitrarias del delito.

No obstante, el artículo 232 reincorporado en el Código Penal, no hace ninguna vinculación con el TUO de la LRCA; en consecuencia, en nuestra opinión, no brinda seguridad a los agentes económicos para conocer las condiciones que configuran las conductas típicas que recoge el delito de abuso del poder económico, ni predice de manera adecuada la consecuencia de sus actos; y otorga un alto grado de subjetividad a la autoridad penal para la consideración de la comisión de la conducta delictiva.

Por otro lado, el hecho de que el vigente artículo 232 contenga un tipo penal abierto e impreciso demuestra que el legislador ha considerado otorgarle un mismo nivel de gravedad a todos los tipos de prácticas anticompetitivas, sin hacer distinción entre el abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias horizontales y las prácticas colusorias verticales, las mismas que han sido definidas en el Capítulo I del presente trabajo de investigación.

El peligro de que no haya una remisión al TUO de la LRCA, en especial en los casos de “abuso de posición de dominio” es mayor, debido a que dicho término, si bien tiene una definición técnica en la doctrina y legislación, no

necesariamente es entendido de ese modo por todos y muchas veces es usado de manera omnicomprendiva para diversas situaciones que se consideran abusivas o injustas por parte de una empresa.

Esto, a nuestro criterio, resulta preocupante dado que la evidencia empírica ha demostrado que el efecto en la sociedad que ocasionan los diferentes tipos de prácticas anticompetitivas no es el mismo; tal es así que en todas las jurisdicciones estudiadas las actividades de cártel son consideradas como la más nocivas para el mercado a diferencia de otros tipos de prácticas anticompetitivas, en las cuales se requiere, para su determinación, realizar un análisis de efectos en el mercado, no bastando la sola verificación de la práctica para concluir que generan una afectación a la libre competencia.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha reconocido que, en virtud del principio de proporcionalidad, el legislador, al determinar las sanciones, deberá verificar que exista una adecuada proporción entre la pena y la conducta delictiva. (Tribunal Constitucional, 2002, Sentencia 0010-2002-AI/TC).

En ese sentido, consideramos necesario que, para efectuar una correcta tipificación del delito de abuso del poder económico, que implique la privación de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad, el legislador debió realizar un análisis de proporcionalidad considerando el nivel de afectación del bien jurídico que se busca proteger, es decir, efectuar una debida correlación entre cada tipo de conducta anticompetitiva, el nivel de afectación de las mismas y la necesidad de la sanción a imponer.

b) Vulnera los principios de ultima ratio y fragmentariedad del Derecho Penal

Al respecto, es pertinente precisar que tanto la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional reconocen que en virtud del principio de *última ratio* del derecho penal solo se debe aplicar cuando sea estrictamente necesario (Corte Suprema de Justicia, 2012, Sentencia R.N.N. 3004-2012) y siempre que otros medios menos lesivos hayan demostrado no ser eficaces.

En ese sentido, como se advierte de la lectura del artículo 232 del Código Penal, este tipo penal prevé que será sancionado con pena privativa de libertad, días multa e inhabilitación, aquel que incurra en prácticas de abuso de posición de dominio o prácticas colusorias sin distinción, siendo que, como se explicó previamente, dichas conductas son perseguibles también en sede administrativa.

Al respecto, sobre la persecución de las prácticas anticompetitivas por el INDECOPI, se tiene que, según se ha reconocido en la Exposición de Motivos de la LRCA, la casuística ha evidenciado que el derecho sancionatorio administrativo constituye el principal mecanismo de desincentivo y represión de las conductas contrarias a la ley de libre competencia, sin advertirse la necesidad de imponer sanciones penales.

Lo antes expuesto se puede reforzar con los resultados obtenidos en los pronunciamientos del Poder Judicial en atención a los procesos contenciosos administrativos seguidos contra los pronunciamientos de las agencias de competencia, en los cuales se evidencia una alta firmeza técnica del análisis efectuado por los órganos resolutivos del INDECOPI y el OSIPTEL, ya que, respecto del INDECOPI, sus decisiones han sido en su mayoría confirmadas en sede judicial, superando al 90%⁵ del total de pronunciamientos cuestionados durante los años 2018, 2019 y 2020; y, respecto del OSIPTEL, se tiene un promedio del 87% de decisiones confirmadas durante el mismo periodo⁶.

En ese sentido, a nuestro criterio, según lo que se puede apreciar del artículo 232 del Código Penal, el legislador no ha realizado un correcto análisis de la aplicación del principio de *última ratio* al decidir reprimir penalmente todo tipo de conductas anticompetitivas, obviando los resultados de la experiencia práctica que evidencia la eficacia de la función de las agencias de competencia (INDECOPI y OSIPTEL), siendo estos los organismos especializados en materia de libre competencia. Por lo expuesto, consideramos

⁵ Según la información contenida en las Memoria Anuales del INDECOPI correspondiente a los años 2018, 2019 y 2020 en donde se indicó que el porcentaje de éxito de confirmación en sede judicial fue de 95.01%, 93.88% y 95.8 %, respectivamente.

⁶ Según la información contenida en las Memoria Anuales del OSIPTEL correspondiente a los años 2018, 2019 y 2020 en donde se indicó que el porcentaje de éxito de confirmación en sede judicial fue de 91%, 90% y 80 %, respectivamente.

que el artículo objeto de análisis supone una transgresión al principio de *última ratio*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 232 criminaliza todo tipo de prácticas anticompetitivas, sin distinción, sostenemos que ello también vulnera el principio de fragmentariedad del derecho penal, dado que el mismo promulga que de todas las conductas que podrían ser consideradas ilícitas, solo deben ser sancionadas penalmente aquellas modalidades que impliquen mayor peligrosidad y gravedad lesiva para la sociedad.

En ese sentido, consideramos que el legislador, para efectos de decidir sobre la criminalización de prácticas anticompetitivas, debió realizar el ejercicio de identificar las prácticas más nocivas para la sociedad a fin de que solo estas sufran de una persecución penal que implique la privación de la libertad.

c) Afecta la competencia primaria del INDECOPI

Sobre el particular, debemos señalar que la Primera Disposición Complementaria Final del TUO de la LRCA reconoce que el control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual le corresponde al INDECOPI para todos los mercados excepto el de telecomunicaciones; y, al OSIPTEL para el mercado de telecomunicaciones exclusivamente, indicándose que no se puede recurrir al Poder Judicial sin haberse agotado antes las instancias administrativas respectivas.

Cabe indicar que, es importante proteger la competencia primaria reconocida a las agencias de competencias dado que, para la investigación de conductas anticompetitivas, requieren del uso de diversas herramientas, las cuales no necesariamente las tiene el Ministerio Público y el Poder Judicial, tales como la necesidad de hacer un *screening* para detectar comportamientos anómalos en el mercado que indiquen posibles patrones de conductas anticompetitivas, hacer visitas de inspección, el uso de software de tecnología de la información forense especializada, el Programa de Clemencia, entre otros.

No obstante, el vigente artículo 232 del Código Penal no señala explícitamente la necesidad de un pronunciamiento previo por parte de la agencia de competencia (INDECOPI y OSIPTEL), siendo que, de manera general hace mención a que: “aquel que abuse de su posición dominante” o “participe en prácticas o acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios” podrá ser sancionado penalmente. Esto, a nuestro criterio, resulta discordante con lo establecido en el TUO de la LRCA, en tanto que es la agencia de competencia la autoridad que cuenta con competencia primaria para investigar y determinar la comisión de conductas anticompetitivas.

Dicho esto, en el marco del vigente artículo 232 del Código Penal, resultaría factible que el Ministerio Público inicie una investigación de oficio o el Poder Judicial sancione por conductas que no constituyan prácticas anticompetitivas según las reglas establecidas en el TUO de la LRCA, lo cual excluiría la competencia primaria de las agencias de competencia en la persecución de prácticas anticompetitivas, ello debido a la descripción de las conductas que tipifican el delito de abuso del poder económico que deja abierta a cualquier interpretación que pueda dar algún operador jurídico.

d) Transgrede el principio de *non bis in idem*

Como señalamos precedentemente este principio no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución Política, pero ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, al sostener que dicho principio tiene una doble configuración: la connotación material, referida a que nadie puede ser castigado o sancionado dos veces por el mismo hecho; y, la connotación procesal, referida a que nadie puede ser juzgado ni procesado dos veces por los mismos hechos o fundamentos. (Tribunal Constitucional, 2003, Sentencia 1670-2003-AA/TC).

Así también, el principio *non bis in idem* en sede penal se encuentra desarrollado en el artículo 90 del Código Penal, el cual establece que nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente; y, en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el cual prevé que nadie puede ser procesado ni

sancionado más de una vez por el mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento.

En el ámbito administrativo, dicho principio se encuentra previsto en el numeral 11 del artículo 247 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS, por el cual se reconoce que no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Como se puede colegir de lo expuesto, el principio bajo análisis prohíbe la aplicación de un doble proceso o doble sanción sean tanto en sede administrativa como penal cuando se advierta una triple identidad (sujeto, hecho y fundamento).

Teniendo en consideración lo expuesto, advertimos que, dado que el actual artículo 232 del Código Penal contiene una descripción imprecisa de las conductas típicas que configuran el delito de abuso del poder económico, el Ministerio Público podría -en virtud de la referida disposición- iniciar investigación en sede penal por la presunta comisión de dichas conductas, y a su vez, el INDECOPI o el OSIPTEL también podría disponer investigaciones en sede administrativa por las mismas prácticas en virtud de sus facultades reconocidas en el TUO de la LRCA, lo cual podría devenir en pronunciamientos en los fueros penal y administrativo contra el mismo sujeto, por los mismos hechos y los mismo fundamentos, e incluso culminar con pronunciamientos que hasta podrían ser contradictorios en ambas sedes, transgrediendo a todas luces el principio *non bis in idem* tanto en su connotación procesal como material.

e) Pérdida de eficacia del Programa de Clemencia

Como bien se desarrolló en acápites anteriores, el Programa de Clemencia es el mecanismo por excelencia que sirve para desbaratar y desestabilizar cárteles, siendo que, por medio de esta herramienta, la agencia de competencia otorga beneficios de exoneración o de reducción de las sanciones a posibles infractores, a cambio de que estos presten su máxima colaboración en la

detección de un cártel que, de otro modo, pasaría desapercibido. En ese sentido, el colaborador deberá aportar pruebas que acrediten la existencia de la infracción y que permita sancionar a los demás involucrados, entre otros.

Al respecto, el legislador, al momento de incorporar la criminalización de conductas anticompetitivas en el artículo 232 del Código Penal, no ha hecho ninguna precisión o mención respecto de que los beneficios del Programa de Clemencia deben ser respetados también en sede penal, lo cual, a nuestro juicio, debilita en gran medida la utilización de esta herramienta. Así, el hecho de que no se brinde al colaborador la oportunidad de tener la protección de exoneración o reducción de sanción en sede penal, origina una disminución en los incentivos otorgados para acceder al referido programa, dado que resulta difícil considerar que una persona priorice la exoneración de la sanción en sede administrativa, a sabiendas que puede perjudicarse penalmente.

El escenario expuesto debilita la eficacia del Programa de Clemencia, no solo de cara al ejecutivo que podría colaborar, sino también a nivel corporativo, de manera que el individuo al formular la solicitud de colaboración en representación de la empresa para presentar la información con valor agregado para la obtención de beneficios, se verá expuesto al riesgo de ser perseguido penalmente por lo que preferirá no acogerse al referido programa.

En este sentido, consideramos que la normativa penal no debería restringir la utilización de dicho mecanismo, sino, por el contrario, reforzar la capacidad de la autoridad en perseguir y sancionar los ilícitos de manera efectiva y con una debida motivación que genere al colaborador no tener otra opción, considerando que la colaboración de determinados individuos puede resultar muchas veces determinante para poder acreditar y desbaratar una práctica anticompetitiva.

En dicho contexto, la OCDE ha señalado que:

La mayoría de los países ... conceden beneficios monetarios y penales, cuando tales sanciones existen. Han reconocido que si no ofrecen inmunidad penal existirán muy pocos incentivos para solicitar

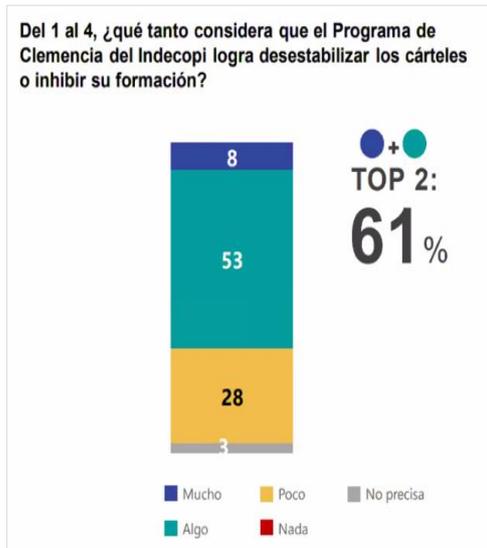
clemencia y, por lo tanto, han hecho las modificaciones necesarias. (OCDE, 2016, numeral 117).

Asimismo, para poder demostrar que el Programa de Clemencia garantiza un mayor nivel de cumplimiento de las normas de libre competencia y reduce los costos en los que incurre la autoridad administrativa al investigar o detectar una práctica anticompetitiva, se ha logrado ubicar evidencia empírica de la Comisión Europea, órgano encargado de velar por las normas de competencia en la Unión Europea, siendo que de los cárteles que han sido investigados por dicha autoridad en el periodo 1998 al 2014, el 70% de los casos han sido iniciados por la aplicación del Programa de Clemencia y un 30% de los casos han sido iniciados de oficio o por denuncia de tercero (Ordóñez, et al., 2018). Por otro lado, en Estados Unidos se tiene que, luego de la introducción del programa de delación compensada, la capacidad de detección de los cárteles aumentó en un 62% (Indecopi, 2017).

Asimismo, para afirmar dicha posición a nivel nacional, se observan los resultados de una encuesta realizada por la empresa IPSOS, la cual fue presentada en una conferencia organizada por el INDECOPI por el día de la Competencia con fecha 7 de setiembre de 2022, en donde se evidencia que, de la consulta efectuada por IPSOS al sector empresarial sobre si consideran que el Programa de Clemencia desestabiliza los cárteles o inhibe su formación, un 61% de los encuestados confirmó que consideran que en “algo” o “mucho” dicho programa consigue su objetivo.

Figura 4.1

Impacto del Programa de Clemencia en el Perú en las empresas



Nota. Encuesta IPSOS 2022, presentada en Conferencia organizada por INDECOPI de fecha 7 de setiembre de 2022.

Sobre la base de lo expuesto, se puede verificar que el Programa de Clemencia ha generado un impacto positivo en defensa de la libre competencia en el Perú, razón por la cual advertimos que la criminalización de prácticas anticompetitivas, como está tipificada en el artículo 232 del Código Penal, constituye un peligro para la eficacia de esta herramienta en sede administrativa, y finalmente el estado actual de dicha disposición solo termina beneficiando a los cartelistas.

f) No garantiza la autonomía de la agencia de competencia en su investigación

Como se mencionó previamente, de la lectura del vigente artículo 232 del Código Penal se aprecia que, para la configuración de los supuestos de hecho del delito de abuso del poder económico, no se hace remisión a la ley especial de la materia, ni existe en el marco legal vigente alguna disposición que haga referencia a que, para el inicio de la acción penal, el Ministerio Público deba previamente recibir una comunicación del INDECOPI, como en su oportunidad lo establecía el DL 701.

Ante ello, apreciamos que, tal como se encuentra descrito el tipo penal del artículo 232 del Código Penal, podría suscitarse que se tramiten procedimientos paralelos tanto en sede administrativa y sede penal, lo cual podría generar diferentes incidentes que perjudiquen las acciones del INDECOPI y el OSIPTEL, tales como que: (i) se suspendan los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la agencia de competencia por la prevalencia que tiene el fuero jurisdiccional frente al ámbito administrativo; y, (ii) se entorpezcan las estrategias de investigación preliminar en sede administrativa; por ejemplo, que el Ministerio Público con su investigación ponga en conocimiento a los presuntos infractores de la conducta que se investiga, lo que perjudicaría una potencial inspección inopinada de las agencias de competencia.

Adicionalmente, consideramos, tal como se mencionó precedentemente, que el hecho de que se puedan tramitar procesos paralelos, podría devenir hasta en pronunciamientos contradictorios, lo cual además de generar una transgresión al principio *non bis in idem*, también generaría una inseguridad jurídica para los investigados y el desconocimiento de la autonomía de la autoridad de competencia en el cumplimiento de sus funciones.

g) No se consideró la falta de conocimiento técnico en materia de libre competencia de las autoridades en sede penal (Ministerio Público y Poder Judicial)

Al respecto, de la experiencia de las agencias de competencia en nuestro país, podemos apreciar que estas cuentan con un alto nivel de especialización para la persecución de prácticas anticompetitivas, lo cual se puede evidenciar de la abundante jurisprudencia administrativa emitida por los órganos resolutivos del INDECOPI y del OSIPTEL en materia de libre competencia.

Como señalamos en párrafos anteriores, el vigente artículo 232 del Código Penal criminaliza dos supuestos de hechos específicos. En ese sentido, para poder determinar si una persona incurrió en dichos supuestos, resulta necesario realizar un análisis jurídico y económico de las modalidades de las

conductas anticompetitivas bajo los mismos criterios que utilizan las agencias de competencia, siendo que para dichos efectos se debe seguir una relación de pasos que demandan tecnicismo, como por ejemplo para determinar el producto o servicio materia de investigación, la evaluación de los factores estructurales y conductuales del mercado, la determinación del mercado relevante y la posición de dominio, los efectos negativos en el mercado, entre otros pasos necesarios para determinar la ilegalidad de una práctica sujeta a prohibición relativa.

Asimismo, tal como lo mencionamos en el literal b) de la presente sección, se tiene que el alto nivel de especialización alcanzado por las agencias de competencia se puede verificar al observar las confirmaciones de sus pronunciamientos obtenidas por el Poder Judicial respecto de los procesos contenciosos administrativos tramitados contra las resoluciones emitidas por dichas entidades.

Así, según se afirma en la Exposición de Motivos de la LRCA, tenemos que durante la vigencia de la versión primigenia del artículo 232 del Código Penal no se evidenció ningún proceso que haya sido seguido por el Ministerio Público ni resuelto por el Poder Judicial en aplicación de dicho delito, razón por la cual podemos concluir que el carácter técnico de la libre competencia requiere tener un equipo legal y económico especializado con formación en temas de organización industrial y políticas de competencia, lo cual necesariamente no lo tiene el Ministerio Público ni el Poder Judicial.

Sobre la base de lo expuesto, no resulta razonable ni eficiente exigir al Ministerio Público o al Poder Judicial que cumplan con un mayor grado de especialización técnica en materia de libre competencia, considerando que existen otras autoridades públicas que han venido demostrando la eficacia en sus funciones desde su creación en los años 90.

De lo expuesto, habiendo descrito los puntos débiles del vigente artículo 232 del Código Penal, podemos concluir que el legislador, al decidir la reincorporación del delito de abuso del poder económico en nuestro régimen penal, no ha realizado de manera idónea el análisis de los resultados que se han venido obteniendo con el *enforcement* en materia de libre competencia

implementado en sede administrativa por las agencias de competencia, no ha considerado los mecanismos o herramientas que estas se encuentran implementando para el efectivo ejercicio de sus funciones, no ha valorado las mejores prácticas internacionales implementadas para la criminalización de conductas anticompetitivas, no ha sopesado los efectos a favor y en contra que generaría dicha legislación al sistema de protección de libre competencia, y ha omitido el cumplimiento de los principios de tipicidad, *non bis in idem*, fragmentariedad, proporcionalidad y *última ratio* del *ius puniendi* del Estado.

4.2 Propuesta de mejora

Teniendo en consideración las críticas expuestas en el acápite 4.1 del presente trabajo de investigación consideramos pertinente proponer las siguientes sugerencias de mejora para el marco legal vigente que criminaliza las prácticas anticompetitivas:

4.2.1 Criminalizar solo cárteles

De acuerdo con lo desarrollado en el Capítulo II del presente trabajo, el *ius puniendi* se manifiesta en la potestad otorgada al Estado de establecer reglas para organizar la manera en la que debe actuar la persona para una buena convivencia social, así como para imponer sanciones producto de la transgresión de las normas destinadas a la protección de los bienes jurídicos.

La referida potestad se puede materializar en la facultad que tiene el legislador para tipificar conductas ilícitas que merecen sanción penal; sin embargo, esta se encuentra limitada por determinados principios que deben ser evaluados con anterioridad de establecer supuestos susceptibles de sanción, tales como: (i) el principio de legalidad, (ii) el principio de derecho penal como *última ratio*, (iii) el principio de carácter fragmentario del derecho penal, (iv) el principio de proporcionalidad, entre otros.

Así, de la lectura del vigente artículo 232 del Código Penal, se aprecia que el legislador, para la tipificación del delito de abuso del poder económico, consideró criminalizar todas las conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio, prácticas colusorias verticales y horizontales), sin distinguir que unas sí podrían calzar con los principios antes mencionados, pero otras no cumplen con dicho estándar para ser protegidas penalmente.

Es así que tenemos las prácticas anticompetitivas de prohibición relativa (no cárteles), para cuya evaluación la autoridad debe realizar un análisis complejo a nivel económico y técnico e incluso debe sopesar entre efectos positivos y negativos en el mercado causados por la conducta investigada, siendo que para la configuración de la conducta debe probar que los efectos negativos son superiores a los positivos, según lo exige la ley especial vigente.

De este modo, se aprecia que no todas las conductas que aparentemente deben ser constitutivas de prohibición relativa (no cárteles) reconocidas en el TUO de la LRCA generan un efecto anticompetitivo en el mercado, lo que implica que estas conductas no sean lesivas a un nivel que requieran de una protección penal. Así, a nuestro criterio la persecución administrativa de dichas conductas resultaría suficiente para su disuasión, más aún cuando debe considerarse que la evaluación de estas prácticas requiere un alto conocimiento técnico y económico.

En ese orden de ideas, sostenemos que la criminalización de estas prácticas afecta el principio de tipicidad, dado que no existe claridad de antemano en el agente sobre el carácter antijurídico de la conducta.

A excepción de lo antes indicado, consideramos que las prácticas de cártel sí constituyen conductas nocivas y dañinas para el mercado y la sociedad, generando subida de precios, baja calidad de los productos, falta de innovación, entre otros. La importancia de estos efectos de la conducta de cártel la podemos apreciar, por ejemplo, en los cárteles de productos de medicina u otros de primera necesidad, en donde el encarecimiento de los precios de dichos bienes da como resultado que estos queden fuera del alcance de las personas más necesitadas o de escasos recursos económicos, lo cual puede conllevar a la muerte del afectado.

En ese sentido, consideramos que las prácticas de cártel sí merecen tener un factor disuasorio más fuerte que las impuestas en sede administrativa, dado que la experiencia ha demostrado que las multas pecuniarias terminan siendo insuficientes para desincentivar de manera óptima dichos actos.

Lo expuesto en el párrafo precedente se puede demostrar a nivel nacional, luego de revisar el total de sanciones impuestas por el INDECOPI a personas naturales en su calidad de representantes legales o integrantes de los órganos de dirección o administración de empresas que formaron parte de un cártel desde el año 2017 al año

2021, en donde se advierten sanciones de 0.54 a 100 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), que correspondieron a multas de S/ 2 187 soles a S/ 440 000 soles (ver Anexo 6)⁷; importes que a nuestro criterio son minúsculos a diferencia de las ganancias millonarias que puede generar un cártel.

El monto máximo de multa impuesta a las personas que participaron en prácticas de cártel se explica por lo establecido en el artículo 46.3 del TUO de la LRCA, la cual dispone que la agencia de competencia puede imponer una multa solo de hasta cien (100) UIT a cada uno de los representantes legales o personas que integran los órganos de dirección o administración de una empresa responsable de infracciones a la libre competencia.

Asimismo, es oportuno señalar que, según lo revelado en la encuesta de la Consultora IPSOS, proyectada en la conferencia organizada por el INDECOPI por el Día de la Competencia del año 2022, los ejecutivos encuestados consideraron que existe una probabilidad del 85% de que las personas involucradas en conductas anticompetitivas vuelvan a reincidir en dichas conductas, lo cual denota que las multas impuestas no serían lo suficientes para disuadir la comisión de este tipo de ilícitos. Cabe indicar que, para el presente año (2022), a diferencia de años previos como en el 2019, el porcentaje comentado ha aumentado, como se muestra a continuación:

⁷ Respuesta de INDECOPI de fecha 15 de setiembre de 2022, en atención a la solicitud de transparencia y acceso a la información pública INDECOPI.

Figura 4.2

Resultado de encuesta IPSOS a consulta ¿Qué tan probable es que una persona involucrada en prácticas anticompetitivas vuelva a estarlo?



Nota. Encuesta IPSOS 2022. Presentada en Conferencia organizada por INDECOPI de fecha 7 de setiembre de 2022.

En línea con lo anterior, a nuestro criterio, y siguiendo las mejores prácticas internacionales mencionadas en el Capítulo II del presente trabajo, resultaba imperativo que en nuestra legislación se refuerce el factor disuasorio de las sanciones para prácticas anticompetitivas más gravosas o dañinas para la sociedad (cárteles), el cual consideramos que no es suficiente con las multas pecuniarias que se puedan imponer a los ejecutivos responsables de dichas prácticas, dado que las sanciones de multa podrían ser asumidas por las propias empresas beneficiadas por el cártel, considerando las ganancias millonarias que estas generan.

De este modo, somos de la opinión que exista responsabilidad penal a los ejecutivos que toman decisiones que configuran dicha práctica anticompetitiva, con la finalidad de que vean una drástica amenaza a su reputación profesional y a su tan preciado derecho de libertad.

4.2.2 Remisión expresa al TUO de la LRCA

Si bien actualmente el tipo penal no hace remisión expresa a la legislación especial de libre competencia (el TUO de la LRCA), consideramos que, por una interpretación sistemática, el operador jurídico (Ministerio Público o Poder Judicial) se encuentra en el deber de remitirse a la misma para efectuar una debida aplicación del régimen legal vigente.

No obstante, es recomendable que exista una remisión expresa al TUO de la LRCA en el tipo penal que proponemos para las actividades de cártel, a fin de que dicho dispositivo logre una interpretación cerrada y no exista ningún riesgo de que la autoridad omita la aplicación de las reglas de la ley especial para determinar la configuración del delito. Caso contrario, de existir un tipo penal abierto, como el vigente artículo 232 del Código Penal, estimamos que ello genera un riesgo de interpretación no alineada a las normas administrativas, considerando que el término abuso del poder puede tener diferentes connotaciones y ser utilizado en la práctica para referirse a otras situaciones que no constituyen necesariamente a conductas anticompetitivas bajo los términos del TUO de la LRCA.

4.2.3 Aumento de tope mínimo y máximo de pena privativa de libertad

Considerando los límites del mínimo y máximo de la pena privativa de libertad establecidos en el artículo 232 del Código Penal, sugerimos que los mismos se modifiquen de un tope mínimo de dos (2) años a un tope mínimo de cuatro (4) años y de un tope máximo de seis (6) años a un tope máximo de diez (10) años, ello a efectos de que los individuos realmente valoren el efecto disuasorio del poder ser sancionados con una pena de cárcel efectiva por el delito de cártel.

Lo anterior se propone en virtud de lo previsto en el artículo 57 del Código Penal, que dispone que el juez penal puede determinar la suspensión de la ejecución de la pena si existe una condena de pena privativa de libertad menor o igual a cuatro años, por lo que con el límite mínimo de pena de cárcel establecido en el vigente artículo 232 del Código Penal existe una mayor probabilidad de que la pena establecida por el juez pueda ser menor a cuatro (4) años y por lo tanto no exista un factor disuasorio óptimo para los individuos, dado que estos pueden encontrarse confiados de acceder en la mayoría de los casos a la suspensión de pena quedando en libertad.

Por otro lado, es importante señalar que nuestra propuesta de aumento de años máximo de pena privativa de libertad para el delito de cártel se encuentra reforzada por la práctica internacional, toda vez que en países como Estados Unidos, Colombia y Chile, se han establecido plazos máximos de pena privativa de libertad de 10, 12 y 10 años, respectivamente, lo cual evidencia una inclinación en los legisladores en dichas jurisdicciones de tener un promedio aproximado de pena máxima ascendente a 10 años por el tipo de delito, su gravedad y la necesidad de generar un efecto disuasorio efectivo.

En ese sentido, para fines ejemplificativos nos atrevemos a sugerir la modificación del texto del artículo 232 del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 232: Delito de Cártel

El sujeto que, infringiendo la ley de la materia, participa en el planeamiento, realización o ejecución de prácticas colusorias horizontales sujetos a la prohibición absoluta será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 2 y 4.

4.2.4 Reconocimiento en sede penal de los beneficios otorgados por el Programa de Clemencia

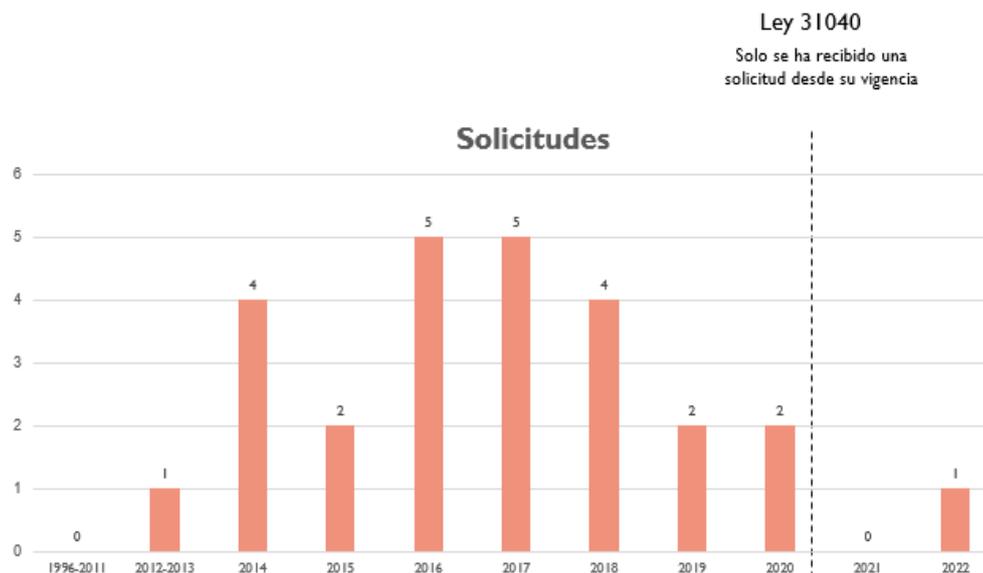
En vista del reconocimiento unánime por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional a los programas de delación compensada o programas de clemencia como la herramienta necesaria para el debilitamiento o desbaratamiento de cárteles, consideramos que resultaría recomendable que los beneficios de dicho programa sean reconocidos también en el fuero penal.

De este modo, en coincidencia con los Doctores Dino Carlos Caro Coria, Joaquín Missiego Del Solar, Pierino Stucchi López Raygada y un funcionario de INDECOPI (ver Anexos 1, 2, 3 y 4), consideramos importante la referida medida, teniendo en cuenta que con su implementación se refuerzan los incentivos para debilitar y desbaratar las actividades de cártel; caso contrario, se generaría un desincentivo para los agentes en delatarse por temor de ser procesados y sentenciados penalmente, lo cual termina afectando la probabilidad de detección de estas conductas.

Tal es así que, desde la promulgación de la Ley 31040 que incorporó el vigente artículo 232 al Código Penal, se ha visto en la práctica una reducción considerable del número de solicitudes del Programa de Clemencia presentadas al INDECOPI, advirtiéndose que, a diferencia de años previos, desde dicha promulgación solo se ha presentado una solicitud, como se puede advertir del siguiente cuadro:

Figura 4.3

Número de solicitudes de clemencia presentadas por año



Nota. Presentación proyectada en la Conferencia por el día de la Competencia realizada el día 7 de setiembre de 2022.

Ahora bien, es importante resaltar que, en sede penal, existe un mecanismo bastante similar al Programa de Clemencia en cuanto a su objetivo; no obstante, como vimos previamente en el Capítulo I del presente trabajo de investigación, dicho mecanismo solo puede solicitarse en determinados delitos de especial gravedad tales como asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos, contra la humanidad, trata de personas y sicariato, crimen organizado, entre otros.

De este modo, a fin de evaluar si correspondería proponer la aplicación del Proceso de Colaboración Eficaz para otorgar beneficios a los colaboradores de una investigación de un presunto delito de cártel, expondremos a continuación las principales semejanzas advertidas entre el Proceso de Colaboración Eficaz y el Programa de Clemencia:

Tabla 4.1*Principales Similitudes entre el Proceso de Colaboración Eficaz y el Programa de Clemencia*

Tema	Proceso de Colaboración Eficaz	Programa de Clemencia
Sobre el colaborador	Sujeto separado de la actividad criminal y con voluntad de entregar información para el esclarecimiento del delito.	Persona natural o jurídica que solicite el beneficio de exoneración o reducción de la sanción administrativa. Entre las condiciones para que se otorgue el beneficio se requiere la terminación de su intervención en el cártel, a excepción que la agencia de competencia indique lo contrario; así como la obligación de proporcionar la información necesaria respecto del cártel.
Condición importante	El colaborador debe aceptar los cargos y los hechos delatados.	Al brindar la información de la conducta, el delator acepta su participación en la comisión de las actividades de cártel.
Ilícitos	El hecho delatado debe ser necesariamente grave.	Este programa solo procede para los cárteles, que son las prácticas anticompetitivas más graves para el mercado.
Calidad de la información que debe entregarse	La información a ofrecer debe ser relevante, suficiente, pertinente, útil y corroborable.	La información a proporcionar sobre el cártel, debe ser suficiente para iniciar un procedimiento administrativo sancionador, u otorgar un valor agregado significativo a la actuación de instrucción de la agencia de competencia.
Beneficios	Los beneficios serán otorgados proporcionalmente a la utilidad de la información y su resultado. Los beneficios pueden ser los siguientes: a. Exención de pena. b. Remisión de la pena para quien la viene cumpliendo. (circunscrita a casos de leve o mediana gravedad) c. Disminución de la pena. d. Suspensión de la ejecución de la pena.	Los beneficios serán otorgados en virtud de la evaluación que realice la autoridad considerando el valor agregado significativo que aporta la información. Los beneficios pueden ser los siguientes: a. Exoneración de la sanción. b. Reducción de la multa. c. No imposición de medidas correctivas de restitución en contra del beneficiado, en el caso renuncie a la confidencialidad de su identidad como colaborador, y que esta información se revele en la resolución de inicio de un procedimiento sancionador.
Excepción para acogerse al mecanismo	El colaborador no debe ser jefe, cabecilla o dirigente de la organización criminal.	El colaborador no debe haber ejercido coerción sobre los otros agentes para la configuración del cártel
Autoridad con la que negocia el mecanismo	El Fiscal, el colaborador y su defensor llegan a un acuerdo, y proceden a suscribir el Acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz.	El órgano instructor de la agencia de competencia y el solicitante suscriben el compromiso de exoneración o reducción de sanción.
Autoridad que ratifica el beneficio	El Juez aprueba el acuerdo de colaboración de eficaz.	La Comisión de Libre Competencia o el Cuerpo Colegiado ratifica el beneficio condicional otorgado.

Como se puede advertir del cuadro precedente, entre el Proceso de Colaboración Eficaz y el Programa de Clemencia se aprecian semejanzas y diferencias, razón

por la cual estimamos viable que, en cuanto a las diferencias entre dichos mecanismos, estos se puedan adaptar de manera que sean compatibles y puedan ser utilizados para los mismos fines en ambos fueros, como por ejemplo que en el Programa de Clemencia el líder también sea excluido de los beneficios de la delación.

Con la propuesta expuesta, se lograría que, cuando las empresas colaboren con la agencia de competencia y aporten información vinculada a testimonios, entrevistas y comunicaciones de sus ejecutivos, estos últimos no vean un riesgo a ser perseguidos y sancionados penalmente por su colaboración, lo cual implica que se deba asegurar que en sede penal se apliquen los beneficios de la colaboración eficaz para estas personas y reciban beneficios oportunos.

4.2.5 Suscripción de un convenio de cooperación entre el Ministerio Público y la agencia de competencia

Ahora bien, consideramos conveniente que entre el Ministerio Público y las agencias de competencia deba existir una colaboración conjunta, de manera que ambas entidades puedan aportar de manera eficiente los recursos desde el ejercicio de sus funciones para la represión de las actividades de cártel.

De esta manera, es oportuno destacar el sistema de represión penal de cárteles utilizado en Reino Unido, en cuya jurisdicción se advierte que existe una cooperación entre la agencia de competencia (CMA) y la autoridad que hace las veces del Ministerio Público en dicho país (SFO), la cual se encuentra manifestada por ambas autoridades a través de la suscripción del “Memorandum of Understanding (MOU)”, en el cual se desarrollan las acciones de cooperación entre dichas entidades para investigar o enjuiciar a personas por el delito de cártel criminal.

De acuerdo con lo establecido en el MOU, la información que podría dar indicios de cártel puede ser advertida por las dos entidades referidas; no obstante, si la SFO es la primera autoridad en conocer de dichos indicios, tiene el deber de remitir la información a la CMA. Por consiguiente, si luego de la investigación realizada por la CMA se identifica un caso de cártel criminal que pueda estar dentro de los criterios de la SFO, el caso se remite a esta última entidad. Así, luego de los antecedentes conocidos por la SFO,

esta decidirá si el caso puede iniciar investigación penal o si la CMA debe continuar con investigaciones adicionales.

En el marco de dicha cooperación se precisa que las investigaciones criminales pueden ser dirigidas por cualquiera de las entidades, contando con la facultad de solicitar asistencia de la contraparte. Adicionalmente, el MOU prevé la posibilidad de que las investigaciones se puedan dar de manera conjunta, desarrollándose en este documento los alcances de trabajo que desplegarán ambas entidades para dicho objetivo. Cabe indicar que este mismo documento reconoce que las decisiones sobre cesar una investigación de cártel criminal, como de acusar o enjuiciar por dicho delito recaerán en la SFO, estableciéndose que en todos los casos esta entidad consultará con la CMA.

Como se puede advertir, el modelo de represión de cárteles implementado en Reino Unido, busca la cooperación de las entidades del Estado, definiendo un apoyo entre la autoridad de competencia y el titular de la acción penal para aprovechar del intercambio de conocimiento de ambas entidades, producto de su respectiva experiencia técnica y formación de profesionales especializados, lo cual reduce de manera eficiente los costos o esfuerzos requeridos para la detección de la infracción y el delito de cártel, priorizándose a nivel de Estado dicha finalidad.

De este modo, al margen de las limitaciones que sabemos se presentan en nuestro sistema legal para implementar un modelo como el que existe en Reino Unido, consideramos que aportaría en la ejecución de las funciones tanto del Ministerio Público como de la agencia de competencia (INDECOPI y del OSIPTEL), el que se suscriba un documento de cooperación entre las entidades que busque procurar una adecuada articulación entre ambas para reforzar sus esfuerzos por reprimir las conductas de cártel, ello en concordancia con el criterio de colaboración que debe regir entre las Entidades del Estado, reconocido en el artículo 87 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

4.2.6 Establecimiento de requisito de procedibilidad para la continuación de la acción penal consistente en la emisión del informe técnico por parte de la agencia de competencia.

Partiendo de la idea de que, según lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, el Ministerio Público es el titular del ejercicio público de

la acción penal, y que según lo dispuesto en el TUO de la LRCA, las agencias de competencia ostentan la competencia primaria para determinar la infracción de cártel, con el objetivo de que el Ministerio Público no consuma ineficientemente los recursos del Estado en casos infructuosos de presuntos delitos de cártel, consideramos que corresponde que se incluya una norma extrapenal que establezca un requisito de procedibilidad para la continuación de la acción penal.

Al respecto, de acuerdo con Nakasaki, los requisitos de procedibilidad se reconocen como las exigencias establecidas por ley que condicionan el ejercicio de la acción penal, sin las cuales no es factible continuar con dicha acción. Asimismo, dicho autor refiere que la inobservancia de estos requisitos produce nulidad procesal absoluta, es decir no pueden ser subsanados (Nakasaki Servigón, 2019).

Así, el requisito de procedibilidad que proponemos en el presente acápite consistirá en que, antes de que el Ministerio Público formalice la investigación preparatoria, se requiera de un informe técnico de la autoridad de competencia, en el cual desarrolle su opinión sobre la conducta investigada ante el Ministerio Público, de manera que esta entidad cuente con dicho recurso con anterioridad al acto de formalización de la investigación preparatoria (acusación penal).

Consideramos que la medida antes propuesta aporta a las funciones del Ministerio Público para la detección del delito de cártel, dado que las agencias de competencia por la experiencia ganada en el marco de sus funciones se encuentran en una mejor capacidad de evaluar el material probatorio que podría sustentar la acción penal, así como la identidad de las personas naturales que participaron con un rol principal en la conducta, entre otros aspectos. De esta manera, con el requisito propuesto se pone la carga de la evaluación previa en la agencia de competencia, generándose así un insumo técnico para el Ministerio Público.

Asimismo, para efectos de establecer un plazo para la remisión del referido informe por parte de la autoridad de competencia al Ministerio Público, proponemos el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles regulado en el artículo 20 del TUO de la LRCA para la realización de actuaciones previas para la admisión a trámite por denuncia de parte, siendo que en caso de incumplimiento del referido plazo se incurrirá en responsabilidad administrativa.

En ese orden de ideas, considerando que las agencias de competencia tienen entre sus funciones la evaluación constante de denuncias de particulares para evaluar si existen indicios de prácticas anticompetitivas, debiendo cumplir con los plazos fijados en la normativa vigente, consideramos que es factible que dichas autoridades puedan asumir la función adicional propuesta, máxime al consultar a manera de ejemplo al INDECOPI la carga pasiva total con la que se cuenta para iniciar el año 2023 (ver Anexo 8)⁸.

De esta manera, ambos fueros reforzarían sus facultades para la detección del cártel, de manera que en el escenario que el Ministerio Público estime que ha obtenido los indicios pertinentes para formalizar la investigación preparatoria por el citado delito, al requerir opinión a la agencia de competencia, esta última revisará los antecedentes del caso, y en base a su experiencia técnica comunicará si se dan los supuestos para la configuración de la infracción de cártel, siendo que en caso estime que sí se dan los requisitos de cártel, el Ministerio Público continuará con la formalización de la acusación, ello sin afectar de que en sede administrativa pueda también estar en curso un seguimiento contra una persona jurídica por el referido cártel.

Por otro lado, si en caso la agencia de competencia considera que no se tienen los indicios suficientes para acreditar la existencia de un cártel, esta remitirá la opinión al Ministerio Público, quien evaluará las opiniones contenidas en el informe técnico para determinar si corresponde continuar con la investigación en sede penal o si se archiva el caso.

En el escenario en el que el Ministerio Público requiera el informe técnico de la agencia de competencia, y esta no haya ni tomado conocimiento de indicios del presunto cártel, consideramos que, con la información remitida por el Ministerio Público, la agencia de competencia podría empezar el seguimiento contra la persona jurídica por la conducta de cártel en sede administrativa; escenario que resultará un refuerzo a la facultades de instrucción en sede administrativa para la detección de dichos ilícitos.

Ahora bien, en el supuesto en el que la agencia de competencia sea la primera autoridad en tomar conocimiento de indicios de cártel criminal, deberá poner dicha información en conocimiento del Ministerio Público para su evaluación, siendo que, en cualquier caso, antes del inicio de la formalización de la etapa de investigación

⁸ A través del acceso a la información pública, se solicitó al INDECOPI informe sobre su carga procedimental al cierre del año 2022; verificándose así que dicha entidad podría asumir la carga adicional propuesta (Ver Anexo 8).

preparatoria, esta autoridad deberá requerir el informe técnico de la agencia de competencia para decidir si procede la acusación o archivo del caso.

Para fines descriptivos, adjuntamos al presente trabajo el Anexo N° 9 el cual, siguiendo nuestra propuesta de los acápites 4.2.5 y 4.2.6, contiene los flujogramas de los pasos que se deberían seguir en los siguientes escenarios: (i) en donde la agencia de competencia diera inicio con la evaluación de indicios de una presunta infracción de cártel en donde pueda advertir la presencia de pruebas que conlleven a una investigación en sede penal; y (ii) en donde el Ministerio Público diera inicio con la evaluación de indicios de un presunto delito de cártel en donde requiera el informe técnico de la agencia de competencia.

4.2.7 Criterios de acción de las autoridades para no afectar el principio *non bis in idem*

Es importante mencionar que, de los cuestionamientos que podrían presentar los investigados por el ilícito de cártel con relación a la presunta afectación al principio *non bis in idem*, apreciamos que, en tanto se considere lo desarrollado en los acápites 4.2.5 y 4.2.6 del presente trabajo, bajo ninguna circunstancia vemos que se podría afectar el referido principio, toda vez que solo una autoridad será la encargada de procesar y sancionar a la persona natural por los ilícitos de cártel, lo cual también se puede apreciar en los flujogramas contenidos en el Anexo N° 9.

Así, a modo de ejemplo, suponiendo que en el ejercicio de sus facultades, la agencia de competencia advierta posibles indicios que podrían involucrar una investigación penal contra cualquier ejecutivo por el delito de cártel corresponderá que se inhiba de investigarlo y sancionarlo en sede administrativa y deberá comunicar al Ministerio Público al respecto, para que este, en el ámbito de sus competencias, evalúe si corresponde la intervención penal; sin perjuicio de que se inicie la investigación preliminar en sede administrativa contra la persona jurídica presuntamente cartelizada, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal que reconoce la preminencia del derecho penal frente al derecho administrativo.

En dicho contexto, si de la evaluación efectuada por el Ministerio Público se aprecia que no alcanzan los indicios para iniciar una investigación penal en contra del

ejecutivo, la información debería ser puesta en conocimiento de la autoridad de competencia para que esta pueda iniciar el procedimiento administrativo sancionador contra dicha persona dentro del procedimiento seguido contra la persona jurídica que intervino en el cártel.

Ahora bien, en el escenario de que el Ministerio Público sea el primero en tomar conocimiento de indicios de que individuos incurrieron en un presunto delito de cártel, considerando la propuesta contenida en el acápite 4.2.6 que supone como un requisito de continuación de acción penal, la emisión de un informe técnico de la autoridad de competencia, apreciamos que en caso esta última comparta la posición de que existan suficientes indicios de cártel, podrá en ejercicio de sus facultades iniciar un procedimiento sancionador contra la persona jurídica que haya participado en dicho cártel, aprovechando los recursos probatorios obtenidos por el Ministerio Público; no obstante, deberá inhibirse de investigar y sancionar a las personas naturales que son investigadas en sede penal.

Para efectos de que no se generen dudas sobre una posible afectación al principio *non bis in idem* por el seguimiento de cárteles en sedes penal y administrativa, consideramos necesario que exista un convenio de cooperación entre el Ministerio Público y la agencia de competencia, en donde se desarrollen el orden de las actuaciones que corresponden realizar a cada autoridad ante la obtención de indicios de dicho tipo de ilícitos.

Sobre la base de lo expuesto, debemos señalar que si bien se pueden evaluar otros escenarios de mejora del marco legal vigente, tenemos la convicción de que la propuesta desarrollada para los casos de cártel criminal del presente trabajo de investigación es la opción que busca ser menos disruptiva con la aplicación del derecho penal.

CONCLUSIONES

- En un mercado donde prima la libre competencia, los competidores al rivalizar se esfuerzan para que los clientes escojan sus productos o servicios, bajando sus precios, mejorando la calidad o desarrollando nuevas tecnologías para ofertar mayor variedad de productos.
- El mejor mecanismo para obtener eficiencia en los mercados es garantizar una libre competencia, al beneficiar a la sociedad en su conjunto, dado que no solo genera impactos positivos para los productores y los consumidores, sino también para el sector público, al beneficiar al crecimiento económico, empleo y la innovación en los mercados. No obstante, dicha eficiencia puede verse perjudicada cuando las empresas incurren en conductas anticompetitivas.
- Dentro del contexto de la pandemia de la COVID –19, al generarse escasez de los productos de primera necesidad y de las medicinas indispensables para su tratamiento, lo cual devino en el aumento de los precios de dichos productos, el Congreso de la República, con fecha 29 de agosto de 2020, aprobó la Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la cual, entre otros, incorporó el delito de abuso del poder económico recogido en el artículo 232 del Código Penal, criminalizando todas las conductas anticompetitivas, las cuales hasta dicho momento eran susceptibles de ser sancionadas solo en sede administrativa. Cabe precisar que el mencionado delito, bajo otros alcances, estuvo vigente entre los años 1991 y 2008, cuando fue derogado por una nula aplicación en la práctica.
- A diferencia de su versión primigenia, el vigente artículo 232 del Código Penal no hace ninguna vinculación del tipo penal con las definiciones de la legislación de la materia, ni tampoco obliga a que exista un pronunciamiento previo de la agencia de competencia para que se inicie la acción penal, pese a ser el organismo técnico especializado. Lo anterior ocasiona que la nueva legislación no cuente con una adecuada claridad en su tipicidad, pudiendo incluso generar complicaciones a la protección de dicha materia en sede administrativa.
- La mayoría de países que conforman la OCDE apuestan por la criminalización de prácticas anticompetitivas, referidas exclusivamente a la actividad de cártel, al ser considerada como la conducta más nociva contra la libre competencia, y teniendo en

cuenta que las sanciones administrativas que se imponen a las personas jurídicas que cometen prácticas anticompetitivas no constituyen mecanismos suficientes de disuasión para su realización.

- Las teorías de disuasión económica y de retribución pueden sostener argumentos sólidos para justificar la imposición de la criminalización de las actividades de cártel. La primera refiere que el castigo se justifica si genera la prevención o reducción de futuros delitos, y que al ser los posibles infractores seres racionales que evalúan las consecuencias de sus actos se vería justificada la necesidad de encontrar una sanción no indemnizable; y la segunda sostiene que el castigo a recibir se justifica por el hecho de que el individuo se involucró en un acto prohibido y moralmente incorrecto.
- Al existir la posibilidad de que el Derecho Penal Económico pueda abordar bienes jurídicos sociales o colectivos, como es la afectación al mercado; el daño social causado por el cártel al restringir o afectar la competencia de manera relevante, debe justificar la adopción de la pena de cárcel contra el infractor, teniendo en cuenta la relevancia de los intereses afectados y el comportamiento moralmente incorrecto del infractor.
- A diferencia de la posición anterior, existen pocos juristas que se encuentran en contra de la criminalización de las prácticas anticompetitivas, bajo el argumento que el sistema de libre competencia funciona correctamente en sede administrativa, y que cuenta con elementos lo suficientemente disuasivos y represivos que no requieren de una intervención penal.
- A nuestro criterio, una criminalización generalizada de las prácticas anticompetitivas y sin determinados condicionamientos que aseguren la eficacia del régimen administrativo de represión de tales conductas (i) afecta diversos principios del derecho penal, (ii) afecta el principio de competencia primaria de la agencia de competencia, (iii) debilita el Programa de Clemencia, (iv) no garantiza la autonomía de la agencia de competencia, (v) debe considerarse que la evaluación de determinadas prácticas requiere un alto conocimiento técnico y económico por parte de las autoridades penales.
- Del análisis efectuado en el presente trabajo vemos la necesidad de proponer modificaciones al vigente artículo 232 del Código Penal, así como de sugerir la implementación de determinadas herramientas que consideramos coadyuvarán a un

efectivo refuerzo desde el derecho penal al sistema nacional de protección de prácticas anticompetitivas. Las referidas propuestas son las siguientes:

- Que la criminalización solo se aplique para actividades de cártel, al ser consideradas dichas prácticas como las más nocivas y dañinas para el mercado y la sociedad; así se reforzará su disuasión, toda vez que los ejecutivos al ver que su reputación profesional puede resultar involucrada con la comisión de delitos y al existir el riesgo de perder su derecho de libertad, evaluarán más las consecuencias de sus actos.
- Que exista una remisión expresa al TUO de la LRCA en el tipo penal de criminalización de cárteles, al considerar que dicha medida suprime el riesgo de que la autoridad omita la aplicación de las reglas establecidas en la legislación especial para determinar la configuración del delito, y otorga mayor seguridad jurídica a los individuos en la interpretación de la disposición legal que tipifica el delito de cártel.
- Que se aumente el tope mínimo de la pena privativa de libertad de dos (2) a cuatro (4) años y el tope máximo de pena de libertad de seis (6) a diez (10) años. El tope mínimo lo proponemos en vista de que aquel vigente en el artículo 232 del Código Penal da mayor probabilidad de que en sede penal se dispongan de penas que puedan ser menores a cuatro (4) años, lo que pueda devenir en una suspensión de la ejecución de la pena, lo cual no reforzaría el factor disuasorio que estimamos merecen las actividades de cártel. Por otro lado, se propone el tope máximo de diez (10) años de pena privativa de libertad, considerando las penas máximas establecidas en la legislación comparada por el delito de cártel y a fin de reforzar el factor disuasorio para dichas conductas.
- Que se reconozcan en el fuero penal los beneficios otorgados por el Programa de Clemencia en sede administrativa. Para dichos efectos, considerando que en sede penal existe una herramienta denominada Proceso de Colaboración Eficaz que tiene varias similitudes con el Programa de Clemencia, consideramos recomendable que se adapten dichos mecanismos para que exista una compatibilidad entre ellos, de manera que en sede penal se pueda otorgar los beneficios al colaborador del

Programa de Clemencia y los individuos cuenten con dicha garantía para incentivar su colaboración.

- Que se suscriba un convenio de cooperación entre el Ministerio Público y las agencias de competencia (INDECOPI y OSIPTEL) de manera que se logre una adecuada articulación de actos realizados entre dichas autoridades al momento de tomar conocimiento sobre posibles ilícitos de cártel, reforzando sus esfuerzos por reprimir dichas conductas, que son consideradas las más gravosas para el mercado y la sociedad.
- Que se establezca un requisito de procedibilidad para la continuación de la acción penal de titularidad del Ministerio Público consistente en la emisión de un Informe Técnico por parte de la agencia de competencia, ello considerando que esta medida aprovechará los conocimientos y especialización técnica de la agencia de competencia en la detección y configuración de la infracción de cártel, siendo que el Ministerio Público, al momento de decidir si formaliza o no la investigación preparatoria, cuente en todos los casos con la opinión de la agencia de competencia, lo cual evitará un gasto ineficiente de los recursos del Estado para realizar una persecución infructuosa del delito de cártel.
- En virtud de las propuestas referidas a la suscripción del convenio entre el Ministerio Público y la agencia de competencia, y a la implementación de que exista un requisito de procedibilidad consistente en la emisión del Informe Técnico por parte de la agencia de competencia, consideramos que dichas medidas coadyuvarán a que no exista afectación alguna al principio *non bis in idem*, de manera que en ninguna oportunidad ambas instancias coincidan en la investigación y sanción de un mismo sujeto.

REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M. A. (2000). *Derecho penal económico: Parte especial*. IDEMSA
- Acosta, D., Chahuara, P., & Ramos, L. (2014). *Caracterización de la Demanda de Telefonía Móvil en el Perú: 2012-2013: Un Análisis Descriptivo*. Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.
https://repositorio.osiptel.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12630/368/DT21_cara_c_demanda_telefMovil_Peru_2012-2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Agostini, C. Pellegrini, J., Mañalich, J. P., Bascuñán, A., González, A., Nehme, N., & Gorab, D. (2015, agosto). *¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones*.
https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304101409/pder409_RBe_rgoeing-LSierra.pdf
- Artaza Varela, O. (2017). La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección del Derecho Penal. Primera Aproximación. *Revista de Derecho*, 30(2), 339-366 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200015>
- Bramont- Arias Torres, L. F. (1992). Delitos económicos y bien jurídico. *IUS ET VERITAS*, 3(5), 85-92.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15362>
- Bullard Gonzales, A. (2006). *Derecho y Economía. El análisis económico de las Instituciones Legales. La Regulación Constitucional de los Monopolios y las Políticas de Competencia* (2.^a ed.). Palestra Editores.
- Carnevali Rodríguez, R. (2008). derecho penal como ultima ratio. hacia una política criminal racional. *Ius Et Praxis*, 14(1), 13-48.
- Cerezo Mir, J. (1975). *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, Jornada de catedráticos y profesores*. Universidad de Santiago de Compostela.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (s.f.). Los beneficios de la Competencia para los consumidores: Preguntas y Respuestas.
https://www.cnmc.es/sites/default/files/3411072_13.pdf
- Congreso Constituyente Democrático. (1920). Constitución Política del Perú de 1920.
<https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/Constitucion-1920.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú de 1993.
<https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf>
- Congreso de la República del Perú. (2000). Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H793713>

- Congreso de la República del Perú. (2020). Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H793713>
- Congreso de la República del Perú. (2020). Oficio N.º 103-2020-PR https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/OBAU00731-20200702.pdf
- Cordero Quinzacara, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con Derecho penal. *Revista de Derecho*, 25(2), 131-157.
- Corte Suprema de Justicia. (2012). Sentencia R.N.N. 3004-2012. Cajamarca. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/R-N-3004-2012Cajamarca-Legis.pe_.pdf.pdf
- Ducci F. (2018, enero). Cartel Criminalization in Europe: Addressing deterrence and Institutional Challenges. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 51(1), 1-38. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=vjtl>
- Enterprise Act 2002. (2002). Cartel offence: supplementary. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/section/189>
- Escobar U., J. (2020, 9 de setiembre). La tortuosa criminalización de conductas anticompetitivas: el caso peruano. <https://centrocompetencia.com/la-tortuosa-criminalizacion-de-conductas-anticompetitivas-el-caso-peruano/>
- Floríndez Aramburú, F. J., Velarde Ferreyros, S., & Zúñiga Alemán, L. (2020). ¿Cárcel para colusores? Reflexiones sobre la criminalización de las prácticas anticompetitivas en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, 78, 207-217. <https://doi.org/10.18800/themis.202002.010>
- García Cavero, P. (2021). *Delitos contra la competencia. Abuso del poder económico, manipulaciones en licitaciones, cohecho transnacional, corrupción privada y delitos contra la potestad industrial* (2.ª ed.). Instituto Pacífico
- García León, G. A. (2016). Principios limitadores del ius puniendi. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 21(211).
- Gomez Tomillo, M., & Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General* (4.ª ed.). Thomson Reuters.
- Grasmick, H. G. & Appleton, L. (1977). Legal Punishment and Social stigma: A comparison of two deterrence model. *Social Science Quarterly*, 58(1).
- Hammond, S. D. (2000, 21 de noviembre). *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program*. <https://www.justice.gov/atr/speech/detecting-and-deterring-cartel-activity-through-effective-leniency-program>

- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017). *Eficacia de los Programas de Clemencia y beneficios de la desarticulación de carteles en la defensa de la competencia*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761587/EFICACIA+DE+LOS+PROGRAMAS+DE+CLEMENCIA.pdf/a57d9336-0434-2bb4-63f1-e60e005e3e6b>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017). *Guía del Programa de Clemencia*
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2018). Memoria Institucional. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/6855>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2019). Memoria Institucional. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7523>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020). Memoria Institucional. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/8183>
- Kolasky, W. (2004). *Criminalising cartel activity: Lessons from the US experience*. https://www.wilmerhale.com/-/media/files/wilmerhale_shared_content/files/editorial/publication/kolasky_criminalisingcartelactivity.pdf.
- Kovacic, W. E., Wagner-von Paap, F., Zimmer, D., & Stephan, A. (2016). Individual Sanctions for Competition Law Infringements: Pros, Cons and Challenges. *Concurrences Review*, 2, 12-44. https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2468&context=faculty_publications.
- Kresalja Roselló, B. J. J. (2007) Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre competencia económica. *Pensamiento Constitucional*, 12(12), 18-117. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2267>
- Kresalja, B., & Ochoa C. (2020). *Derecho Constitucional Económico* (T. 1). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Landa Arroyo, C. (2007). Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993. *Revista de Derecho Administrativo*, 3, 29-46. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16314>
- Leonard, M. (2022, 22 de marzo). *Bumble Bee Parent Lion Capital Dragged Back Into Antitrust Case*. <https://news.bloomberglaw.com/antitrust/bumble-bee-parent-lion-capital-dragged-back-into-antitrust-case>
- Loaiza Flower, R. (2016). *Evolución del mercado de telecomunicaciones móviles en el Perú*. <https://repositorio.osiptel.gob.pe/handle/20.500.12630/12>

- López Raygada, P. S. (2021, enero-junio). Fundamentos para otorgar autonomía constitucional al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). *Revista Derecho Público Económico*, 1(1), 157-173. <https://doi.org/10.18259/dpe.2021010>
- Luque Miranda, D. (2018). *Análisis del problema de superposición entre los beneficios por colaboración y el principio de oportunidad en las conductas anticompetitivas que también constituyen una conducta penal*. Pontificia Universidad Javeriana.
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/38637/AN%20DEL%20PROBLEMA%20DE%20SUPERPOSICI%20ENTRE%20LOS%20BENEFICIOS%20POR%20COLABORACION%20Y%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20OP.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Mejía Patiño, O. (2013). *Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionador*. Grupo Ibañez.
- Michels, E. (2014). *The Real Shortcoming of the UK Cartel Offence: A Lack of Public and Political Support*. <http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2014/2---May-Mitchels.pdf>
- Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción. (1993). Decreto Supremo 013-93-TC de 1993. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H758719>
- Muñoz Conde, F., & García Aran, M. (2010). *Derecho penal: Parte general* (8.a ed.). Tirant Lo Blanch.
https://www.derechopenalenlared.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Muoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf
- Nakasaki Servigón, César. (2019) El artículo 41 de la Constitución y el especial requisito de procedibilidad en el caso del delito de enriquecimiento ilícito. C. A. *Revista De Derecho*, 16(33-48).
- Ordóñez-De-Haro, J. M., Borrell, J. R., & Jiménez, J. L. (2018). The European Commission's Fight against Cartels (1962–2014): A Retrospective and Forensic Analysis. *Journal of Common Market Studies*, 56(5), 1087–1107.
- Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. (s.f.-a). *Exposición de motivos de los lineamientos generales para la aplicación de las normas de represión de conductas anticompetitivas en el ámbito de las telecomunicaciones*.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1530243/%20Exposici%C3%B3n%20de%20Motivos%C2%A0.pdf>
- Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. (s.f.-b). *Portabilidad numérica*. <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/preguntas-frecuentes/portabilidad-numerica>

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2003). *Policy Roundtables. Cartel sanctions against individuals*.
<https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2018). *Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by Chile*.
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)3/en/pdf)
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016). *Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas*.
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)5&docLanguage=Es](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)5&docLanguage=Es)
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020a). *Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies: a focus on custodial sentences – Abril 2020*.
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)1/en/pdf) .
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020b). *Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies – Note by the United States*. <https://www.justice.gov/atr/page/file/1316546/download>.
- Ossa Bocanegra, C. E. (2014). Tratamiento de la colusión en la contratación pública: Una visión del caso colombiano. Artículo de Investigación. *Revista de Derecho*, 42. <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n42/n42a10.pdf>
- Presidencia de la República del Perú. (1991). Decreto Legislativo 635 de 1991. Código Penal. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682692>
- Presidencia de la República del Perú. (1991). Decreto Legislativo 701. Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H752393>
- Presidencia de la República del Perú. (2004). Decreto Legislativo 957 de 2004. Decreto Legislativo que aprueba el Nuevo Código Procesal Penal. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682695>
- Presidencia de la República del Perú. (2008). Decreto Legislativo 1034. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967427>
- Presidencia de la República del Perú. (2008). Decreto Legislativo 1033 de 2008. Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967426>
- Presidencia de la República del Perú. (2015). Decreto Legislativo 1205. Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967427>

- Presidencia de la República del Perú. (2018). Decreto Legislativo 1396. Decreto Legislativo que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1034. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1215663>
- Quintana Sánchez, E. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos: Libre Competencia*. Indecopi. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rojas López, F. (2012). Alcances y Cuestiones Generales del Procedimiento Especial de Colaboración Eficaz en el Nuevo Código Procesal Penal. *Derecho & Sociedad*, 39, 52-60. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13059>
- Ruiz Díaz, G. (2011). La nueva ley de conductas anticompetitivas: Acotando la discrecionalidad de la Autoridad de Competencia. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, 7(13), 163-182. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/101>
- Salat Paisal, M. (2019, 4 de junio). *El Derecho penal como prima ratio: la inadecuación del Derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del Derecho penal*. <https://laadministraciondiala.inap.es/noticia.asp?id=1509744>
- Serious Fraud Office. (s.f.-a). *About us*. <https://www.sfo.gov.uk/about-us/>
- Serious FraudOffice. (s.f.-b). *Memorandum of understanding between the competition and Markets Authority and the Serious Fraud Office*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/928324/SFO_CMA_MOU_amended_-_web_-_online.pdf
- Shaffer, G. C., Nesbitt, N. H., & Waller, S. Weber. (2013). Criminalizing Cartels: A Global Trend? En J. Duns, A. Duke y B. Sweeney (Eds.), *Research Handbook on Comparative Competition Law*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2288871
- The World Bank. (2012). *Competition Policy. Encouraging Thriving Markets for Development*. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/778181468328582034/pdf/NonAsciiFileName0.pdf>
- Torio Lopez, A. (1991). *Estudios sobre la Constitución Española. Injusto Penal e Injusto Administrativo*.
- Tribunal Constitucional. (1973). Decreto Ley 211. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf
- Tribunal Constitucional. (2002). Sentencia 0010–2002–AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

- Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia 0008-2003-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia 1670-2003-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01670-2003-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia 1670-2003-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01670-2003-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia 2192-2004-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia 0012-2006-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2007). Sentencia 00033-2007-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00033-2007-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2009). Sentencia 01873-2009-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01873-2009-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2009). Sentencia 1873- 2009-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01873-2009-AA.html>
- TUNA TALES, The Antitrust Tsunami, Clifford Chance. (s.f.)
<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2020/02/Tuna-Tales-The-Antitrust-Tsunami.pdf>
- UK cartels and restrictive agreements: a quick guide. (s.f.).
[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-381-9658?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-381-9658?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)
- Whelan, P. (2018). Criminalización de los cárteles: Justificación y desafíos clave. En Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección (Ed.), *Criminalización de los cárteles: Experiencia Comparada y Desafíos*.
https://www.escuela-indecopi.edu.pe/images/publicaciones/pdf/2019/EBOOK_CONFERENCIA_INTERNACIONAL_CRIMINALIZACION_DE_LOS_CARTELES_EXPERIENCIA_COMPARADA_Y_DESAFIOS.pdf
- White, C. (2019, 4 de diciembre). *Bumble Bee's Chris Lischewski convicted of fixing prices of canned tuna*.
- Wils, W. (2005). Is criminalization of EU Competition law the answer?
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=684921
- Zuñiga Rodriguez, L. (2001). Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador? En L. A. Arroyo Zapatero y I. B. Gómez de la Torre (Coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos "in memorian"*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=2084>

ANEXOS

Anexo 1: Encuesta al Dr. Pierino Stucchi López Raygada

1. ¿Está usted de acuerdo con la criminalización de todo tipo de prácticas anticompetitivas bajo los términos de la Ley No 31040?

Sí No

2. ¿Está usted de acuerdo con la criminalización de solo cárteles?

Sí No

3. ¿Considera usted que los beneficios del programa de clemencia deben ser aceptados en sede penal?

Sí Sí, mientras esté tipificado el delito No

4. Para el inicio de la acción penal por parte del Ministerio Público por el delito tipificado en el artículo 232 del Código Penal ¿Considera usted que debe ser apropiado que dicha entidad deba recibir previamente la comunicación de la Agencia de Competencia sobre la existencia de la infracción o considera que la actuación del Ministerio Público debe ser independiente de las acciones que tome la Agencia de Competencia?

No, la acción del Ministerio Público sólo debe empezar después de la de INDECOPI.

5. ¿Qué otros aspectos consideran que se podría mejorar del vigente artículo 232 del Código Penal? (ver anexo)

Que se respeten los beneficios de la delación compensada o programa de clemencia en sede penal.

Que sólo se criminalicen los cárteles.

Que se disponga la suspensión de procedimiento sancionador contra persona natural para que sea remitido al Ministerio Público y se inicie acción penal.

Que se implemente un documento que contenga lineamientos o directrices (Soft law) para la coordinación continua entre el INDECOPI y el Ministerio Público, y evitar posibles obstrucciones procesales en ambas sedes.

Otros. De ser el caso, precise que otro aspecto.

Desarrollar:

Nombre: Pierino Stucchi López Raygada

Fecha: 3/10/2022

Anexo 2: Encuesta al Dr. Joaquin Missiego del Solar

1. ¿Está usted de acuerdo con la criminalización de todo tipo de prácticas anticompetitivas bajo los términos de la Ley No 31040?

Sí No

2. ¿Está usted de acuerdo con la criminalización de solo cárteles?

Sí No

3. ¿Considera usted que los beneficios del programa de clemencia deben ser aceptados en sede penal?

Sí No

4. Para el inicio de la acción penal por parte del Ministerio Público por el delito tipificado en el artículo 232 del Código Penal *¿Considera usted que debe ser apropiado que dicha entidad deba recibir previamente la comunicación de la Agencia de Competencia sobre la existencia de la infracción o considera que la actuación del Ministerio Público debe ser independiente de las acciones que tome la Agencia de Competencia?*

Sí. Al igual que sucede en otros tipos penales que son derivados de normas penales en blanco, un informe técnico que se remita al Ministerio Público podría constituir un requisito de procedibilidad para el ejercicio de acción penal.

-
5. ¿Qué otros aspectos consideran que se podría mejorar del vigente artículo 232 del Código Penal? (ver anexo)

Que se respeten los beneficios de la delación compensada o programa de clemencia en sede penal.

Que sólo se criminalicen los cárteles.

Que se disponga la suspensión de procedimiento sancionador contra persona natural para que sea remitido al Ministerio Público y se inicie acción penal.

Que se implemente un documento que contenga lineamientos o directrices (Soft law) para la coordinación continua entre el INDECOPI y el Ministerio Público, y evitar posibles obstrucciones procesales en ambas sedes.

Otros. De ser el caso, precise que otro aspecto.

Desarrollar:

Nombre: JOAQUIN MISSIEGO DEL SOLAR

Fecha: 02/OCT/2022

Anexo 3: Encuesta a funcionario de INDECOPI

1. ¿Está usted de acuerdo con la criminalización de todo tipo de prácticas anticompetitivas bajo los términos de la Ley No 31040?

Sí No

2. ¿Está usted de acuerdo con la criminalización de solo cárteles?

Sí No

3. ¿Considera usted que los beneficios del programa de clemencia deben ser aceptados en sede penal?

Sí No

4. Para el inicio de la acción penal por parte del Ministerio Público por el delitotipificado en el artículo 232 del Código Penal *¿Considera usted que debe ser apropiado que dicha entidad deba recibir previamente la comunicación de la Agencia de Competencia sobre la existencia de la infracción o considera que la actuación del Ministerio Público debe ser independiente de las acciones que tome la Agencia de Competencia?*

_____ Debería existir una coordinación entre ambos ámbitos. Sin perjuicio de reconocer la autonomía de la vía jurisdiccional penal, lo cierto es que es necesario que la sanción administrativa por parte del INDECOPI no interfiera con la pena en el ámbito judicial. La opción depende de la política legislativa de cada país. Creo que, en el caso peruano, la experiencia del INDECOPI podría permitir una mayor referencia hacia lo resuelto por esta instancia por parte del Poder Judicial/Ministerio Público. Por tanto, considero que el titular de la acción penal debería considerar, primero, los hallazgos del ámbito administrativo, sobre todo los hechos probados y la sanción y beneficios aprobados.

Partiendo de lo anterior, el Ministerio Público debería ejercer su acción penal de modo que no se contradiga con lo resuelto en el ámbito administrativo.

5. ¿Qué otros aspectos consideran que se podría mejorar del vigente artículo 232 del Código Penal? (ver anexo)

Que se respeten los beneficios de la delación compensada o programa de clemencia en sede penal.

Que sólo se criminalicen los cárteles.

Que se disponga la suspensión de procedimiento sancionador contra persona natural para que sea remitido al Ministerio Público y se inicie acción penal.

Que se implemente un documento que contenga lineamientos o directrices (Soft law) para la coordinación continua entre el INDECOPI y el Ministerio Público, y evitar posibles obstrucciones procesales en ambas sedes.

Otros. De ser el caso, precise que otro aspecto.

Desarrollar:

Nombre: Anónimo (funcionario de INDECOPI- LIBRE COMPETENCIA) Fecha:

10 de octubre de 2022

Anexo 4: Encuesta al Dr. Dino Carlos Caro Coria

1. ¿Está usted de acuerdo con la criminalización de todo tipo de prácticas anticompetitivas bajo los términos de la Ley No 31040?

Sí No

2. ¿Está usted de acuerdo con la criminalización de solo cárteles?

Sí No

3. ¿Considera usted que los beneficios del programa de clemencia deben ser aceptados en sede penal?

Sí No

4. Para el inicio de la acción penal por parte del Ministerio Público por el delito tipificado en el artículo 232 del Código Penal ¿Considera usted que debe ser apropiado que dicha entidad deba recibir previamente la comunicación de la Agencia de Competencia sobre la existencia de la infracción o considera que la actuación del Ministerio Público debe ser independiente de las acciones que tome la Agencia de Competencia?

No, según la Constitución la Fiscalía es autónoma para iniciar el proceso penal, no depende de los órganos administrativos.

5. ¿Qué otros aspectos consideran que se podría mejorar del vigente artículo 232 del Código Penal? (ver anexo)

Que se respeten los beneficios de la delación compensada o programa de clemencia en sede penal.

Que sólo se criminalicen los cárteles.

Que se disponga la suspensión de procedimiento sancionador contra persona natural para que sea remitido al Ministerio Público y se inicie acción penal.

Que se implemente un documento que contenga lineamientos o directrices (Soft law) para la coordinación continua entre el INDECOPI y el Ministerio Público, y evitar posibles obstrucciones procesales en ambas sedes.

Otros. De ser el caso, precise que otro aspecto.

Desarrollar:

Nombre: Carlos Caro

Fecha: 11.10.22

Anexo 5: Carta de respuesta a la solicitud de Acceso a la Información Pública (1)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Firmado digitalmente por VILLARAN
RUIZ Alejandra Mercedes FAU
20138840533 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15.09.2022 17:00:52 -05:00

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del fortalecimiento de la soberanía nacional"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República"

San Borja, 15 de Septiembre del 2022

CARTA N° 001834-2022-OAF/INDECOPI

Señora
MERCE TARCILA BOLUARTE CASTRO
Ciudad. -

Asunto : Respuesta a solicitud de acceso a la información pública

Me dirijo a usted en atención a la solicitud registrada el 05 de setiembre del año en curso, mediante la cual requiere una relación de multas impuestas a personas naturales por prácticas anticompetitivas en los últimos cinco (5) años, precisando si cuentan con calidad de consentida, firme o si fue impugnada ante el Poder Judicial.

Al respecto, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia pone a disposición el reporte realizado sobre multas firmes impuestas a personas naturales desde 2017, se adjunta la información en un (1) archivo Excel.

Por su parte, la Oficina de Asesoría Jurídica ha señalado que no es posible la entrega de la información en relación con las multas impugnadas ante el Poder Judicial, debido a que su sistema de seguimiento de expedientes no cuenta con un registro bajo dicho parámetro¹; sin embargo, informa que la totalidad de los expedientes judiciales en los que es parte Indecopi se encuentran en la página web del Poder Judicial², el cual es de libre acceso.

Sin otro particular, me despido.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente
ALEJANDRA MERCEDES VILLARAN RUIZ
Jefa de la Oficina de Administración y Finanzas

Exp. 1518-2022-OAF

¹ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27806, LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA - DECRETO SUPREMO N° 021-2019-JUS

Artículo 13.- Denegatoria de acceso: (...)

La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada.

Esta Ley no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean. No califica en esta limitación el procesamiento de datos preexistentes de acuerdo con lo que establezcan las normas reglamentarias, salvo que ello implique recolectar o generar nuevos datos. (...)

² Página web del Poder Judicial: <https://cej.pi.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
Calle De la Prosa 104 - San Borja, Lima, Perú/ Central: (511) 224-7800
www.indecopi.gob.pe

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://enlinea.indecopi.gob.pe/verificador/> e ingresando el siguiente código de verificación: UITVDFW



Anexo 6: Multas impuestas a personas naturales por prácticas anticompetitivas

Año	Agente	Multa (UIT)	UIT	Multa (S/)	Tipo	Modalidad	Caso
2017	Celestino San Román Rodríguez	100.00	4,050.00	405,000.00	Ejecutivo	PCH	GLP Blones
2017	José Manuel Gallego López	16.87	4,050.00	68,323.50	Ejecutivo	PCH	GLP Blones
2017	Patricio Hernán Strube Benavente	14.96	4,050.00	60,588.00	Ejecutivo	PCH	GLP Blones
2017	Miguel Monge Alonso	10.99	4,050.00	44,509.50	Ejecutivo	PCH	GLP Blones
2017	Jesús Alonso Zaragoza López	10.99	4,050.00	44,509.50	Ejecutivo	PCH	GLP Blones
2017	Leoncio Augusto Lizárraga Mejía	1.63	4,050.00	6,601.50	Ejecutivo	PCH	GLP Blones
2017	Franz Alexander Espinoza Vizcarra	0.54	4,050.00	2,187.00	Ejecutivo	PCH	GLP Blones
2017	Francisco Castro Fernández	1.00	3,950.00	3,950.00	Presidente Asociación	PCH	Mangos
2017	Blanca Rita Quino Favero	59.49	4,050.00	240,934.50	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Salvador Calvo Pérez Badiola	53.11	4,050.00	215,095.50	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Harold Fernando Martin Mongrut Díaz	47.35	4,050.00	191,767.50	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Luis Fernando Palacio González	38.07	4,050.00	154,183.50	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Juan Francisco García Cortéz	32.90	4,050.00	133,245.00	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Luis Miguel Olazábal Checa	14.15	4,050.00	57,307.50	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Hugo Leonardo Chau Llaque	11.35	4,050.00	45,967.50	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Jorge Alfonso Vigil Icochea	8.57	4,050.00	34,708.50	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Eric Engel Liendo	3.00	4,050.00	12,150.00	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Percy Pelayo Correa Valencia	2.90	4,050.00	11,745.00	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Victor Alejandro Tejerina Saldaña	2.55	4,050.00	10,327.50	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Hermes Muñoz López	2.40	4,050.00	9,720.00	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Mónica Rossel Del Campo	2.00	4,050.00	8,100.00	Ejecutivo	PCH	PH
2017	Carlos Enrique Castillo Rodriguez Novoa	2.00	4,050.00	8,100.00	Ejecutivo	PCH	PH
2018	Edgardo Escobar Ochoa	96.63	4,150.00	401,014.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Arturo Florez Monge	48.31	4,150.00	200,486.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Ignacio Sánchez Ojeda	34.02	4,150.00	141,183.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Jovan Enrique Pastor Portocarrero	31.80	4,150.00	131,970.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Jorge Valente Azurza	20.19	4,150.00	83,788.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Antonio García Miró	20.11	4,150.00	83,456.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Eudolio Francisco Ponte Villanueva	18.32	4,150.00	76,028.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Amilcar Alejandro Mandujano Palomino	16.33	4,150.00	67,769.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Diego Gonzales Posada	12.79	4,150.00	53,078.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	César Augusto López Coloma	12.47	4,150.00	51,750.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Aldo Guerrini Zúñiga	11.21	4,150.00	46,521.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	José Montero Perez	10.06	4,150.00	41,749.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Renzo Lercari Carbone	9.60	4,150.00	39,840.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Fernando Feliciano Romero Belismelis	8.83	4,150.00	36,644.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Luis Balta Fasce	7.45	4,150.00	30,917.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Alvaro Manuel Piqueras Washburn	7.14	4,150.00	29,631.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Luis Mauricio Ortega Sánchez	6.71	4,150.00	27,846.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Carlos Alfonso Andrade Flores	6.43	4,150.00	26,684.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Rocío Beatriz Zorrilla Hiraokaka	6.30	4,150.00	26,145.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Augusto Iván Izaguirre Valdes	5.53	4,150.00	22,949.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Luis Joaquín Ormeño Malone	4.66	4,150.00	19,339.00	Ejecutivo	PCH	GNV

2018	Carlos Alberto Gonzales Camargo	4.53	4,150.00	18,799.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Rafael Ortiz Rivera	3.73	4,150.00	15,479.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Juan Carlos Saracco Barriga	3.28	4,150.00	13,612.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Luis Tello Abad	3.16	4,150.00	13,114.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Carlos Daniel Basadre Málaga	3.14	4,150.00	13,031.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	José Antonio Marticorena Arciniaga	2.49	4,150.00	10,333.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	José Borda Soca	2.16	4,150.00	8,964.00	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Jorge Antonio Calderón Claire	1.67	4,150.00	6,930.50	Ejecutivo	PCH	GNV
2018	Josué Noriega Ravelo	35.66	4,150.00	147,989.00	Ejecutivo	PCH	Líquidos Chimbote
2018	Evelyn Lidia Noriega Aponte	21.62	4,150.00	89,723.00	Ejecutivo	PCH	Líquidos Chimbote
2018	Eudolio Francisco Ponte Villanueva	8.88	4,150.00	36,852.00	Ejecutivo	PCH	Líquidos Chimbote
2018	Ángel Figueroa Fiestas	4.44	4,150.00	18,426.00	Ejecutivo	PCH	Líquidos Chimbote
2018	César Augusto López Coloma	1.93	4,150.00	8,009.50	Ejecutivo	PCH	Líquidos Chimbote
2018	Freddy Iván Sánchez Achamizo	0.97	4,150.00	4,025.50	Ejecutivo	PCH	Líquidos Chimbote
2018	Mario Jesús Mena Bravo	0.64	4,150.00	2,656.00	Ejecutivo	PCH	Líquidos Chimbote
2018	Jaime Enrique Arenas Yépez	0.04	4,150.00	166.00	Ejecutivo	PCH	Líquidos Chimbote
2020	Pedro Isasi Rivero	74.29	4,300.00	319,447.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Comerciales
2020	Cesar Pardo Figueroa Turner	44.50	4,300.00	191,350.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Comerciales
2020	Renzo Mariátegui Bosse	28.08	4,300.00	120,744.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Comerciales
2020	Guillermo Stanbury Titinger	8.19	4,300.00	35,217.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Comerciales
2020	Mirko Radovic Barreto	7.26	4,300.00	31,218.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Comerciales
2020	Javier Wong del Águila	7.10	4,300.00	30,530.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Comerciales
2020	Carlso Gutiérrez Romani	2.88	4,300.00	12,384.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Comerciales
2020	Brigitte Portocarrero Aniceto	1.53	4,300.00	6,579.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Comerciales
2021	Pedro Isasi Rivero	65.01	4,400.00	286,044.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Públicas
2021	Juan José Monteverde Bussalleu	31.61	4,400.00	139,084.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Públicas
2021	Renzo Mariátegui Bosse	25.58	4,400.00	112,552.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Públicas
2021	Javier Wong del Águila	10.49	4,400.00	46,156.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Públicas
2021	Guillermo Stanbury Titinger	4.56	4,400.00	20,064.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Públicas
2021	Emlio Presentación Malpartida	4.56	4,400.00	20,064.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Públicas
2021	Carlos Alberto Ramos Chuez	4.30	4,400.00	18,920.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Públicas
2021	Brigitte Portocarrero Aniceto	2.90	4,400.00	12,760.00	Ejecutivo	PCH	Impresiones Públicas
2021	Ernesto Tejeda	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Fernando Camet	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Fernando Castillo	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Marco Aranda	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Néstor Martínez	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Eduardo Sánchez	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Javier Rosas	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Mavi Tizón	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Felix Málaga	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Federico Aramayo	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Ricardo de la Flor	100.00	4,400.00	440,000.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	José Heighes	72.67	4,400.00	319,748.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras

2021	Christian Thorsen	59.10	4,400.00	260,040.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	José María Romero	55.07	4,400.00	242,308.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Rafael Granados	42.11	4,400.00	185,284.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Luis Carrasco	41.34	4,400.00	181,896.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Iván Vildoso	35.57	4,400.00	156,508.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Julian Siucho	29.58	4,400.00	130,152.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Nicolay Castillo	23.31	4,400.00	102,564.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Julio Alva	21.71	4,400.00	95,524.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Javier Lei	16.63	4,400.00	73,172.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Efraín García Polo	14.79	4,400.00	65,076.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Alejandro Tello	8.11	4,400.00	35,684.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Ricardo Manrique	4.76	4,400.00	20,944.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Elías Plaza	4.34	4,400.00	19,096.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras
2021	Moisés Málaga	2.21	4,400.00	9,724.00	Ejecutivo	PCH	Constructoras

PCH: prácticas colutorias horizontales

Anexo 7: Carta de respuesta a la solicitud de Acceso a la Información Pública (2)



"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
 "Año del fortalecimiento de la soberanía nacional"
 "Año del Bicentenario del Congreso de la República"

San Borja, 04 de Octubre del 2022

CARTA N° 001997-2022-OAF/INDECOPI

Señora
MERCE TARCILA BOLUARTE CASTRO
 Ciudad. -

Asunto : Respuesta a Solicitud de Acceso a la Información Pública

Me dirijo a usted en atención a la solicitud presentada el 21 de setiembre del año en curso, mediante la cual requiere el número anual de solicitudes de clemencia correspondiente al período comprendido entre el 2015 y el 2022, en archivo Excel.

Al respecto, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia pone a disposición la información requerida, que se remite en un (1) archivo Excel.

Sin otro particular, me despido.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente
ALEJANDRA MERCEDES VILLARAN RUIZ
 Jefa de la Oficina de Administración y Finanzas

Exp. 1665-2022-OAF

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
 Calle De la Prosa 104 - San Borja, Lima.Perú/ Central:(511) 224-7800
www.indecopi.gob.pe

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://enlinea.indecopi.gob.pe/verificador/> e ingresando el siguiente código de verificación: **MEOJXR**



AÑO	NÚMERO DE SOLICITUDES
2015	2
2016	5
2017	5
2018	4
2019	2
2020	2
2021	0
2022	1

Anexo 8: Carta de respuesta a la solicitud de Acceso a la Información Pública (3)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Firmado digitalmente por VILLARAN
RUIZ Alejandra Mercedes FAU
20133845233 e-08
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 03/01/2023 12:42:28 -05:00

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del fortalecimiento de la soberanía nacional"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República"

San Borja, 03 de Enero del 2023

CARTA N° 000002-2023-OAF/INDECOPI

Señora

MERCE TARCILA BOLUARTE CASTRO

Ciudad. -

Asunto : Respuesta a solicitud de acceso a la información pública

Me dirijo a usted en atención a la solicitud registrada el 20 de diciembre de 2022, mediante la cual requiere información referida a la carga laboral actual de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia y de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

Respecto a los puntos indicados en su solicitud, la Dirección en mención ha informado que:

1. Hay un total de seis (6) Investigaciones Preliminares, de las cuales dos (2) de ellas se realizan en el sector alimentos, dos (2) en salud e insumos médicos, uno (1) en el sector inmobiliario y uno (1) en el sector de seguros.
2. Hay nueve (9) Procedimientos Administrativos Sancionadores, de los cuales tres (3) de ellos son en el sector eléctrico, uno (1) en el mercado de impresión de patentes, uno (1) en el mercado de medios de pago, uno (1) en el mercado de agua embotellada y dos (2) procedimientos por infracción al Decreto Legislativo N° 807.
3. Se encuentran en proceso de revisión tres (3) operaciones de concentración empresarial en los sectores marítimo, insumos químicos y eléctrico.
4. Finalmente se encuentran en proceso de elaboración tres (3) Estudios de Mercado y/o Abogacías en los siguientes sectores: lácteo (a nivel de informe preliminar), combustible (lanzamiento), y Fintech.

Atentamente,

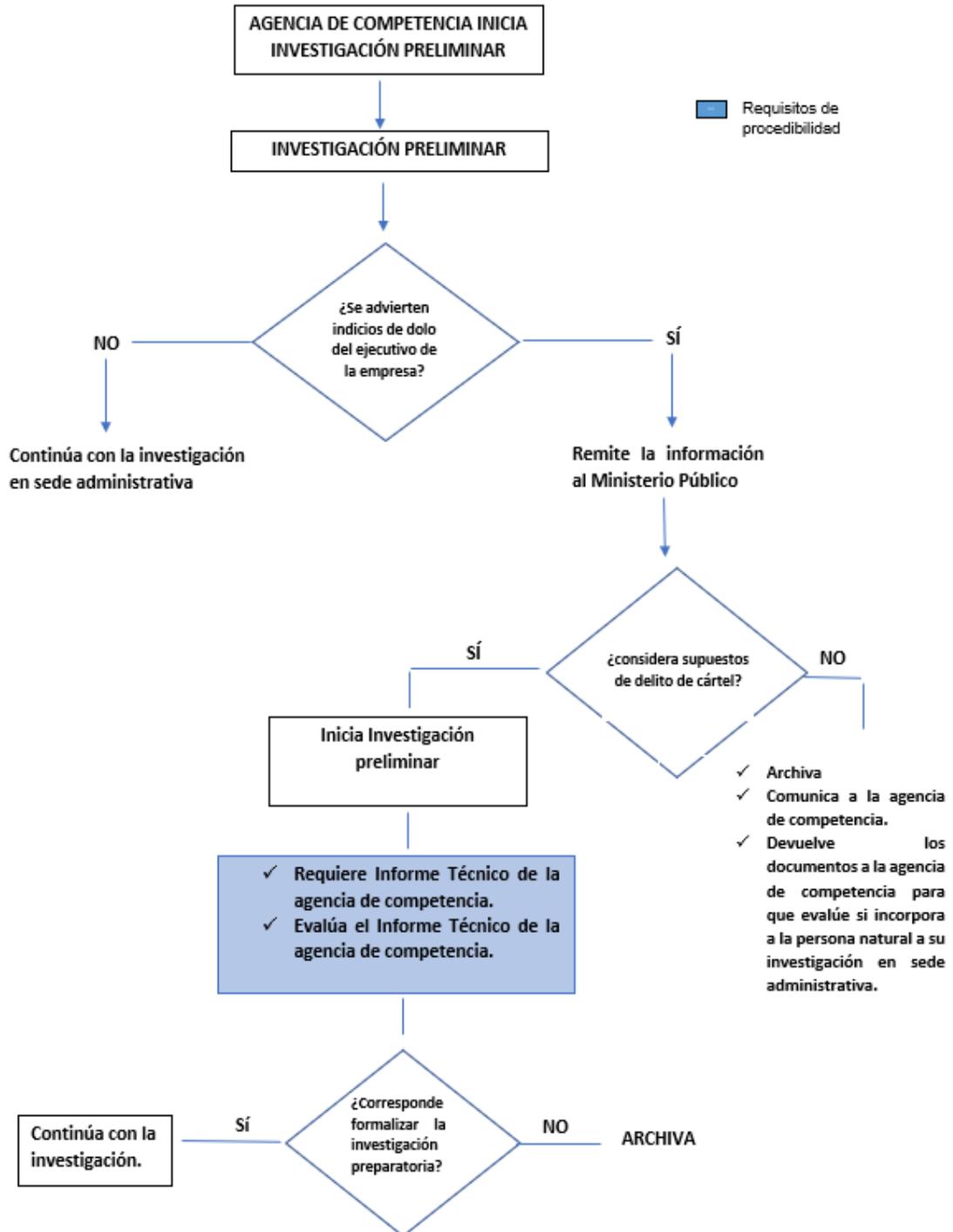
Documento firmado digitalmente
ALEJANDRA MERCEDES VILLARAN RUIZ
Jefa de la Oficina de Administración y Finanzas

Exp. 2252-2022-OAF

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
Calle De la Prosa 104 - San Borja, Lima, Perú/ Central: (511) 224-7800
www.indecopi.gob.pe

Anexo 9: Flujogramas que contienen los pasos a seguir ante el conocimiento de indicios por parte de la Agencia de Competencia y el Ministerio Público en un esquema de cooperación

FLUJOGRAMA N°1.- LA AGENCIA DE COMPETENCIA ES QUIEN TIENE PRIMER ACCESO A LOS INDICIOS DE UN PRESUNTO CÁRTEL CRIMINAL, CONSIDERANDO UN ESQUEMA DE COOPERACIÓN



FLUJOGRAMA N°2.- EL MINISTERIO PÚBLICO ES QUIEN TIENE PRIMER ACCESO A LOS INDICIOS DE UN PRESUNTO CÁRTEL CRIMINAL, CONSIDERANDO UN ESQUEMA DE COOPERACIÓN |

