

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“El Programa de Clemencia en el Perú: propuestas para una
implementación efectiva”**

Tesis para optar el grado de Abogada

AUTOR

Alejandra Gricel Guillén Lazo

ASESOR

Alejandro Moscol Salinas

LIMA – PERÚ

2019

Resumen

Mediante esta investigación se plantea analizar el existente marco normativo sobre el Programa de Clemencia en el Perú, el Proyecto de Guía de Clemencia y su versión final. Dicho análisis se realiza con el objetivo de diseñar un Programa de Clemencia que logre los objetivos de las políticas de libre competencia: permitir erradicar las prácticas colusorias horizontales, detectar las existentes y desincentivar la comisión de dichas conductas. El Indecopi posee distintas herramientas para poder investigar y sancionar prácticas colusorias horizontales. Así, el Programa de Clemencia cobra especial relevancia en tanto es la herramienta más exitosa que poseen los organismos para la detección de las prácticas colusorias horizontales en el mundo. Sin embargo, no solo es suficiente incorporar dicho programa dentro de la legislación peruana, sino realizarlo de una manera que permita certeza y seguridad jurídica por parte de los administrados. Por lo tanto, para la presente tesis se investiga la experiencia comparada, la realidad jurídica peruana y la doctrina especializada en la materia a fin de proponer un marco normativo eficaz para el caso peruano. Asimismo, se analizan las funciones y competencias de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y su Secretaría Técnica, determinando su interrelación con los investigados, con las empresas y con otras agencias de competencia. De igual manera, se realiza un análisis sobre los derechos que poseen los solicitantes de clemencia. Por otro lado, se identifica las principales características del Programa, determinando sus objetivos y la forma en que debe estar regulado. También analiza otras herramientas de enforcement utilizadas para la investigación de prácticas colusorias, analizando cómo se relacionan con el Programa de Clemencia y qué efectos podría tener en ellas su implementación. Finalmente, se proponen soluciones a los problemas planteados que logren los objetivos de las políticas de competencia.



“The link between creativity and dishonesty seems related to the ability to tell ourselves stories about how we are doing the right thing, even when we are not. The more creative we are, the more we are able to come up with good stories that help us justify our selfish interests.”

— Dan Ariely, **The Honest Truth About Dishonesty: How We Lie to Everyone--Especially Ourselves**

Agradecimientos

Esta investigación no podría haberse realizado sin la colaboración de Alejandro Moscol, quien ha sido mi asesor y me ha alentado a lograr mis propósitos en estos años que he trabajado con él. Sus comentarios y perspectivas han sido fundamentales para la realización de esta investigación.

Asimismo, no podría dejar de mencionar a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, el cual ha sido un lugar de aprendizaje, donde he podido desarrollar y profundizar en una de mis mayores pasiones, el derecho a la libre competencia. Agradezco especialmente a Hugo Figari, Jesús Espinoza, David Fernández y José Luis Flores, quienes me brindaron sus comentarios sobre la regulación en el Perú sobre el Programa de Clemencia.

Igualmente, esta tesis no podría haberse realizado sin el apoyo de mi familia, quienes siempre me han apoyado durante toda mi vida estudiantil, así como darme alegría en momentos de estrés.

Índice

	Página
Introducción	7
Capítulo 1: Marco Teórico	12
I.1. La Libre Competencia	12
I.1.1 La competencia y el mercado	12
I.1.2. La libre competencia: sus objetivos y prácticas sancionadas	24
I.1.3. Regulación de la libre competencia en el Perú	37
I.2. Cáteles	47
I.2.1. ¿Qué son los cáteles?	47
I.2.2. ¿Por qué se coluden las empresas?	53
I.2.3. ¿Por qué son dañinos los cáteles?	66
I.2.4. Experiencia de cáteles en el Perú	69
I.3. Enforcement en la Libre Competencia	82
I.3.1. ¿Qué es enforcement?	82
I.3.2. Herramientas de enforcement en libre competencia	87
I.3.2.1 Las visitas de inspección	88
I.3.2.2. Las multas	92
I.3.2.3. La sanción penal	100
Capítulo 2: Programa de clemencia: Conceptos Generales	104
II.1. ¿Qué es el Programa de Clemencia?	105
II.2. Funciones del Programa de Clemencia	111
II.3. Teoría de juegos del Programa de Clemencia	115
II.4. Incentivos para delatar	123
II.4.1. Reglas claras	123
II.4.2. Posibilidad de detección	125
II.4.3. Caída del cártel	130
II.4.4. Multas	139
II.5. Experiencia internacional en Programas de Clemencia	141
II.6. Historia del Programa de Clemencia en el Perú	150

Capítulo 3: Diseño de un Programa de Clemencia en el Perú	157
III.1. Ámbito de aplicación subjetivo del Programa de Clemencia: clemencia corporativa y clemencia de personas naturales y elegibilidad	157
III.2. Ámbito de aplicación objetivo del Programa de Clemencia	168
III.3. ¿Hasta cuándo puede una persona natural o jurídica solicitar clemencia?: Oportunidad en la presentación y valor agregado	176
III.4. Markers	196
III.5. Confidencialidad	202
III.6. ¿Puede el líder o coaccionador de un cártel solicitar clemencia?	214
III.7. ¿Se puede aplicar a clemencia cuando existe reincidencia?	234
III. 8. El compromiso de exoneración de sanción	241
III.9. El deber de colaboración e información a aportar por el solicitante de Clemencia	250
III.10. Compatibilidad del Programa de Clemencia con la imposición de medidas correctivas y la indemnización de daños y perjuicios	263
III.11. Programa de Clemencia versus compromiso de cese	277
III.12. Amnesty plus y penalty plus	286
III.13. Colaboración entre agencias de competencia	291
III.14. Compatibilidad de la sanción penal con el Programa de Clemencia	293
Recomendaciones	299
Conclusiones	302
Bibliografía	305

Introducción

Los cárteles son los acuerdos entre empresas con el fin de reducir o eliminar la competencia entre ellas. Estos pueden ser acuerdos sobre precios, reparto de mercado, coordinaciones en postulación en licitaciones, entre otros. Son la conducta más nociva sancionada por leyes de competencia debido a sus efectos en los consumidores al permitir a las empresas actuar como si tuvieran una posición monopólica en el mercado, obteniendo rentas monopólicas. Esta situación es problemática porque elimina el proceso competitivo y afecta al consumidor.

En este sentido, como consecuencia del cártel, no solo los consumidores pagan un precio mucho mayor, sino también otros consumidores no podrían adquirir dichos productos debido a los precios altos. Así, se impide la asignación eficiente de recursos, siendo trasladado el excedente del consumidor al excedente del productor y perdiendo eficiencia social. Es importante señalar que, de acuerdo con el estudio Estadísticas sobre Cárteles Privados Internacionales de Connor y Helmers se concluyó que, desde 1990 hasta el 2005, el monto extra cobrado al consumidor en los productos de cárteles internacionales ha sumado el monto de 500 billones de dólares¹.

Debido a sus grandes ganancias, los cárteles usualmente realizan diversas acciones para permitir la sostenibilidad del cártel en el tiempo, por lo que crean barreras de entrada a fin de que no puedan ingresar nuevos competidores que pudieran desestabilizar el cártel. Mediante estas acciones, los consumidores no solo se ven perjudicados por los precios

¹ CONNOR, John y Gustav HELMERS. Statistics on Modern Private International Cartels. Working Papers, Purdue University, College of Agriculture, Department of Agricultural Economics. (2006) pág 1.

altos del cártel, sino que no pueden acceder a productos o servicios de empresas competidoras.

En el Perú, el Indecopi, en sus 26 años de existencia ha luchado por detectar los cárteles, desincentivarlos y sancionarlos. Sin embargo, la secretitud de estas conductas, la dificultad de su probanza y las limitaciones en los recursos para investigar han sido problemas constantes que han evitado lograr estos objetivos con éxito.

Diversas herramientas se han utilizado mundialmente para erradicar y sancionar estas conductas, como las visitas de inspección, las entrevistas, el careo, la sanción penal, la supervisión de mercados, entre otras. Sin embargo, la herramienta que ha demostrado ser la más exitosa ha sido el Programa de Clemencia, por lo que es de especial relevancia analizarla. ¿En qué consiste dicho Programa? Una persona jurídica o natural presenta evidencia de la existencia de un cártel que lo involucra a cambio de recibir un beneficio que podría consistir en la exoneración o reducción de las sanciones que hubiera recibido en un procedimiento administrativo sancionador común.

Este fue programa fue instaurado en el Perú 1996 con el Decreto Legislativo 807. Posteriormente, fue modificado mediante el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y el Decreto Legislativo 1205, Decreto Legislativo que modifica dicha norma. Asimismo, se emitió en 2016 un Proyecto de Guía de Programa de Clemencia (en adelante, el Proyecto), el cual fue puesto a disposición público para sus comentarios. Finalmente, en agosto de 2017 se aprobó la Guía de Programa de Clemencia (en adelante, la Guía), amparado en el artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la cual fue emitida para dar mayores alcances sobre la regulación y el diseño del Programa.

A pesar de las modificaciones normativas con el fin de perfeccionar el programa y los avances logrados, a los 20 años de la incorporación en el ordenamiento jurídico peruano, la cantidad de solicitudes presentadas no es cuantiosa y todavía existe incertidumbre respecto a su aplicación.

Así, el legislador debe notar que no es suficiente incorporar un programa al ordenamiento jurídico peruano sin analizar cómo va a interactuar con las otras técnicas de investigación para detectar prácticas colusorias y el contexto económico y social que se vive en el Perú. ¿Cómo es posible que la herramienta que en los últimos 25 años ha permitido detectar la mayor cantidad de cárteles en el mundo no haya funcionado en el Perú?

Considero que esta situación se da por los problemas de diseño que tuvo anteriormente el Programa de Clemencia, lo cual impedía tener certeza por parte de los administrados sobre las actuaciones que realizará la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y su Secretaría Técnica. Así, con las modificaciones normativas al Programa, se ha logrado tener una mayor efectividad en detección de cárteles, pero esta todavía no llega al nivel que ha tenido en otros países.

Por estas razones, es fundamental analizar el marco normativo en el que se ha desarrollado el Programa de Clemencia, con especial incidencia en el Decreto Legislativo 1205, el Proyecto y la Guía del Programa de Clemencia, incluyendo el proyecto publicado por la Comisión de Defensa de Libre Competencia en 2016 y la versión final aprobada en 2017. De esta manera, podremos identificar cuáles han sido las fallencias en el diseño del Programa y por qué no habría funcionado en el Perú hasta la actualidad, así como recomendar las modificaciones que deberían realizarse para que el Programa de Clemencia sea tan exitoso como en otros países donde también se ha adoptado esta herramienta.

Este Programa presenta ciertas aristas que es necesario discutir. Desde la razonabilidad de dar beneficios o exonerar de sanción a alguien que ha cometido un acto ilegal hasta su diseño y planteamiento. El análisis por realizar se efectúa con el objetivo de proponer un diseño del Programa de Clemencia que logre los objetivos de las políticas de libre competencia: permitir erradicar las prácticas colusorias horizontales, desincentivar la comisión de dichas conductas, detectar las existentes, sancionarlas e indemnizar los daños causados a los perjudicados. En este sentido, se determinará cuál debería ser el marco normativo adecuado que permita un Programa de Clemencia eficaz, en tanto no solo es suficiente incorporar dicho Programa dentro de la legislación peruana, sino realizarlo de una manera que permita certeza y seguridad jurídica para los administrados.

De acuerdo con los objetivos antes señalados, este trabajo de investigación se dividirá en tres capítulos. En el primer capítulo tratará sobre los tres temas teóricos fundamentales para poder abordar y explicar el Programa de Clemencia: i) la libre competencia, sus objetivos y regulación en el Perú, mencionando las funciones y competencias de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y su Secretaría Técnica; ii) los cárteles, la razonabilidad para coludirse, los daños que causan y cuál ha sido la experiencia de cárteles en el Perú, analizando en determinados casos cómo fue detectada esta conducta; y, iii) el enforcement en materia de libre competencia, explicando qué es enforcement y cuáles son las principales herramientas de enforcement utilizadas por las agencias de competencia a nivel mundial.

El segundo capítulo ahondará sobre los conceptos generales del Programa de Clemencia, explicando en qué consiste, cuáles son sus principales funciones, cómo se funciona la Teoría de Juegos dentro del Programa de Clemencia y los incentivos que existirían para que una empresa o persona natural pueda delatar su participación en un cártel. Finalmente,

a fin de analizar la eficacia de este Programa y la regulación establecida en diferentes países, se explicará la experiencia internacional en los países donde se ha instaurado el Programa de Clemencia y cuál ha sido su desarrollo en el Perú, tomando en cuenta los casos existentes, el marco normativo actual y las propuestas del Proyecto de Guía de Programa de Clemencia y la versión final de la Guía, publicada por Indecopi.

En el último capítulo, tomando en cuenta lo señalado en el capítulo uno y dos, se explicará los principales temas controversiales en el diseño de un Programa de Clemencia. De esta manera, se analizarán los requisitos para ser parte del Programa, quiénes son los agentes económicos que podrían ingresar a él, la naturaleza del compromiso de exoneración de sanción, la importancia de la confidencialidad durante y después de la colaboración de los administrados, la compatibilidad del Programa de Clemencia con el compromiso de cese, la sanción penal y la indemnización por daños y perjuicios, entre otros elementos. De esta manera, se recomendará en cada sección cómo debería ser la regulación por implementarse, a fin de tener un Programa de Clemencia eficaz, resguardando los objetivos de las normas de competencia.

“El Programa de Clemencia en el Perú: propuestas para una implementación efectiva”

I.- Marco Teórico

I.1. La Libre Competencia

I.1.1 La competencia y el mercado

Un mercado es un grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio particular. Los compradores son el grupo que determina la demanda del producto y los vendedores son el grupo que determina la oferta de dicho producto. La cantidad demandada de un bien es la cantidad de ese bien que están dispuestos a adquirir los compradores. Por otro lado, la cantidad ofertada es aquella que los vendedores quieren y pueden vender².

En un sistema de economía de libre mercado, la distribución de los recursos se determinará solo de acuerdo con la existente oferta y demanda por ellos³. Así, las compañías tienen la libertad de determinar a qué precio quieren ofertar un determinado producto, en qué rubros de la industria quieren invertir, cuánta cantidad del bien quieren ofertar, etc. De igual manera, los consumidores no están obligados a adquirir los productos de los ofertantes, por el contrario, pueden decidir comprar un producto de acuerdo con sus necesidades, tomando en cuenta el precio, la calidad, entre otros factores.

² MANKIW, N. Gregory. Principios de Economía. Sexta edición, Harvard University, 2012. Pág 66, 67 y 73.

³ MOFFAT, Mike. Definition of Free Market Economy. About Education. En: http://economics.about.com/cs/economicsglossary/g/free_market_e.htm. Revisado: 04/02/19.

En contraposición al sistema de libre mercado, existe el sistema comunista. En países donde impera este régimen, el gobierno considera ser el más indicado para asignar los recursos escasos de la economía. Por medio de una planificación central, se decide qué bienes y servicios debe producirse, en qué cantidad, quién los produciría y debería consumirlos. La planificación central se basaba en la teoría que el gobierno era el único capaz de organizar la actividad económica, de tal manera que se promoviera el bienestar económico del país.

En la actualidad, la mayoría de los países que alguna vez tuvieron una economía de manera centralizada ha abandonado ese último sistema y están tratando de desarrollar una economía de mercado⁴. Esta situación se debe a que el Estado generalmente no es un buen administrador debido a que los gobernantes no tienen los incentivos adecuados para generar rentabilidad en tanto ellos no recibirían los beneficios de la productividad. Además, desincentiva la creación y autonomía privada, ocasionando que los ciudadanos vivan bajo el mínimo esfuerzo, dado que saben que recibirán un monto fijo por su trabajo, el cual no cambiará de acuerdo con su productividad. Finalmente, en dicho sistema el Estado asumía por el consumidor cuáles son sus preferencias y qué bienes le convendría adquirir, lo cual limitaba su libertad.

Así, el sistema predominante en el mundo actualmente es un sistema de libre mercado, que se rige bajo las reglas de la oferta y la demanda, la libre iniciativa empresarial y la libertad de contratación entre las empresas y personas.

⁴ MANKIW, N. Gregory. Principios de Economía. Sexta edición, Harvard University, 2012. Pág 11.

En un contexto de libre mercado, las empresas cobran una vital importancia pues son aquellas organizaciones que toman factores de producción y los convierten en productos⁵. Las empresas intentarán que estos productos sean los más atractivos al consumidor, a fin de que adquieran los suyos y no los ofertados por otra empresa, así surgiendo la competencia.

La competencia se refiere a una situación en la cual las empresas o vendedores luchan, independientemente, por lograr el patrocinio de los compradores para alcanzar un determinado objetivo, por ejemplo, utilidades, ventas y/o participación en el mercado. En este contexto, la competencia suele equipararse con rivalidad.

La rivalidad competitiva puede presentarse en términos de precio, calidad, servicio o combinaciones de ellos y otros factores que los clientes pueden valorar⁶. De esta manera, las empresas realizan variaciones entre estos factores en un intento de captar la preferencia de los consumidores.

Un elemento importante a considerar es que las empresas no incurren en responsabilidad por competir, aunque este comportamiento cause perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado⁷. De esta manera, las empresas competidoras dentro de un mercado realizan diversas estrategias para poder obtener la preferencia del consumidor y poder lograr objetivos como rentabilidad, utilidades, entre otros.

⁵ COASE, Ronald. La Empresa, el Mercado y la Ley. Alianza Editorial, 1994. Pág 12.

⁶ KHEMANI, Shyam. "Objetivos de la Política de Competencia" En Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Vol XXIV. N° 2. Pág 17

⁷ CALVO-CAVARACA, Alfonso y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANGARA. Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación. Revista General de Derecho. 1993, Pág 3383.

En un esquema de competencia es como las empresas deberían funcionar dentro de un mercado libre. Nos encontraríamos entonces ante un escenario dinámico donde cada empresa y consumidor participa activamente en la formación de los precios, la creación de eficiencias y, en ese sentido, en el impulso del bienestar general⁸.

En el análisis tradicional de los mercados que realizan los economistas donde los productos se compran y se venden, la competencia empuja los precios hacia abajo al nivel de los costos de producción, incluyendo las ganancias normales. Puesto que, si los precios exceden los costos, las ganancias anormales que se producen como resultado de vender unidades adicionales estimularán a los competidores a bajar sus precios para atraer clientes. De este modo, la presión de la competencia sobre los precios continúa hasta que equivalen a sus respectivos costos. Esta tendencia entre precios y costos explica por qué los economistas concluyen que la competencia es eficiente⁹. A través de esta conducta, los consumidores también se ven beneficiados pues acceden al producto que necesitan al menor precio posible.

En un mercado que funciona bajo condiciones de competencia, las condiciones de venta (precio, cantidad, calidad, servicios pre y postventa, etc.) se determinan como resultado de la confluencia de la demanda de los consumidores o clientes por productos o servicios con la oferta de bienes por parte de los productores y comercializadores. Es decir, los agentes económicos interactúan en múltiples tratativas y negociaciones comerciales y, a través de ellas, se van definiendo las condiciones de venta de los bienes sin que productores, comercializadores o consumidores tengan la capacidad de determinarlas de modo unilateral

⁸ FERNÁNDEZ, David. El abuso de procesos legales como práctica que distorsiona la competencia en los mercados: el Estado como instrumento de monopolización y la necesidad de una metodología jurídica económicamente eficiente. Tesis para obtener el título de abogado. 2015, Pág. 13

⁹ BECKER, Gary. La Naturaleza de la Competencia. En: <http://www.hacer.org/pdf/Becker01.pdf>. Revisado: 04/02/19.

o por su sola voluntad. Por ello, se suele afirmar que en un mercado que se encuentra en condiciones de competencia absoluta las empresas son “tomadoras de precios” pues, dada la competencia existente, cada empresa debe cuidar que las condiciones de su oferta sean suficientemente atractivas para los compradores quienes, de otro modo, tendrían la opción de comprar a proveedores alternativos. La situación anterior se conoce como “competencia perfecta” y la misma requiere que se presenten las siguientes condiciones en el mercado, para que ninguna empresa sea capaz de determinar por sí sola las condiciones de oferta:

- Productos homogéneos. Todos los bienes ofertados deben tener características idénticas o muy similares, de modo que los consumidores los asuman como bienes homogéneos independientemente de quien los provea y no tengan preferencias marcadas hacia alguno de esos bienes. Con ello, la sustitución entre los productos de cualquier proveedor es totalmente posible.
- Gran número de vendedores y compradores. Las compras y ventas se producen entre un sinnúmero de proveedores y clientes, con lo cual las cantidades involucradas en cada transacción son muy pequeñas como para impactar en las condiciones del mercado.
- Información perfecta. Todos los participantes en el mercado deben tener información completa y simétrica sobre las características y calidad de los productos, cantidades producidas, precios cobrados, entre otros, con lo cual los consumidores siempre tendrán información oportuna y suficiente para tomar decisiones de compra adecuadas.

- Ausencia de barreras importantes de acceso al mercado. La posibilidad de entrada y salida de empresas en el mercado debe ser libre, es decir, no deben existir mayores obstáculos o costos que inhiban la decisión de cualquier empresa o inversionista de entrar en una determinada actividad económica e irse del mercado de forma casi inmediata, si lo considera conveniente a sus intereses¹⁰.

De esta manera, si se dan las condiciones de un mercado competitivo, existirían múltiples compradores y vendedores y, por tanto, individualmente ninguno de ellos tendría un impacto significativo en el precio de mercado¹¹. Por ejemplo, el vendedor de limonada probablemente no decidirá aumentar el precio de un bien, pues los consumidores podrán adquirir fácilmente un producto similar en un lugar cercano. De manera similar, el consumidor no podrá variar el precio al que adquiere la limonada pues al comprar una cantidad tan pequeña, no genera un impacto suficiente en las ventas del vendedor de limonada.

Teniendo en cuenta lo siguiente, debemos notar que en un sistema de competencia perfecta las empresas buscarían ser las más eficientes en el mercado de manera que esta conducta los lleve a obtener grandes ganancias.

Entonces, podemos apreciar que los beneficios que otorga la competencia es forzar a las empresas a volverse eficientes y ofrecer una mayor cantidad de bienes y servicios a precios menores. En una economía de mercado, las señales de precio tienden a estar libre de distorsiones y a crear incentivos para que las compañías redistribuyan recursos,

¹⁰ QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. 2013, Indecopi. Pág. 24.

¹¹ MANKIW, N. Gregory. Principios de Economía. Sexta edición, Harvard University, 2012. Pág. 11.

desviándolos de los usos menos valiosos, a los usos más valiosos. De esta manera, se promueve la asignación eficiente de los recursos escasos de la sociedad, mejorar el bienestar del consumidor y da lugar a una eficiencia dinámica en la forma de innovación, cambio tecnológico y, en general, progreso en la economía¹². Por estos motivos, la competencia es muy importante para el desarrollo de la industria de un país y la reducción de pobreza en sus ciudadanos.

El problema es que el sistema de competencia perfecta es una utopía. De acuerdo con Robert Frank, la competencia perfecta es similar al movimiento de las superficies sin fricciones que estudia la física. Ambos modelos describen condiciones idealizadas que raras veces, si es que alguna, se cumplen en la práctica¹³. Dicha condición se debe a que existen fallas en los mercados que dificultan la existencia de un mercado en competencia perfecta.

Entre las fallas de mercados que encontramos se encuentran:

- Asimetría informativa: existe entre el consumidor y los ofertantes de un producto pues este último tiene un mayor conocimiento del producto que el primero, en tanto los consumidores no cuentan con la misma cantidad ni calidad de información que los proveedores. Esta situación de desventaja se produce por el conocimiento que poseen los ofertantes respecto a las actividades relacionadas con el proceso productivo¹⁴.

¹² KHEMANI, Shyam. "Objetivos de la Política de Competencia" En Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Vol. XXIV. N° 2. Pág. 17

¹³ FRANK, Robert. Microeconomía y conducta. Interamericana de España, 2005. Pág. 341.

¹⁴ RAE JURISPRUDENCIA. La asimetría informativa y la protección de los derechos del consumidor. En: <http://www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial/descargas.php?p=116>. Revisado: 04/02/19.

- Poder de mercado: existen empresas que debido al poder de mercado que han adquirido no son precio-aceptantes pues ejercen un control sobre el precio diferente a los demás ofertantes¹⁵. En este sentido, el poder de mercado es la habilidad que tiene una persona, o un pequeño grupo de personas, para influir indebidamente en los precios de mercado. Por ejemplo, si todos los habitantes de un pueblo necesitan agua, pero hay un solo pozo, entonces el propietario del pozo no está sujeto a la competencia rigurosa, con la cual la mano invisible frena el interés personal¹⁶.
- Diferencia entre los productos: Existen productos que son sustitutos imperfectos pues son suficientemente parecidos como para ser utilizados para fines comunes, pero suficientemente distintos como para que los consumidores prefieran a uno sobre otro. Así, el consumidor ignora posibles cambios de precios que, en condiciones de competencia perfecta, harían migrar la preferencia del consumidor. Entre las diferencias que los consumidores valoran están los tangibles (como lo observado, lo probado y la distancia geográfica entre comprar uno de otro) y las intangibles (los consumidores se guían de acuerdo a la reputación del producto).
- Externalidades: Existen, asimismo, externalidades cuando las empresas producen costos y/o beneficios en las transacciones que realizan que no están completamente reflejadas en el precio¹⁷. Estas externalidades generan un impacto

¹⁵ SCHRAGE, Andrea. Microeconomía I. Universidad Carlos III de Madrid, 2006. En: http://www.eco.uc3m.es/~aschrage/MicroI_archivos/Tema%205%20Fallas%20de%20Mercado.pdf. Revisado: 04/02/19.

¹⁶ MANKIWI, N. Gregory. Principios de Economía. Sexta edición, Harvard University, 2012. Pág. 13.

¹⁷ SCHRAGE, Andrea. Microeconomía I. Universidad Carlos III de Madrid, 2006. En: http://www.eco.uc3m.es/~aschrage/MicroI_archivos/Tema%205%20Fallas%20de%20Mercado.pdf. Revisado: 04/02/19.

en el bienestar de las otras personas. Un ejemplo clásico de externalidad lo constituye la contaminación¹⁸, la cual perjudica a un grupo de personas por las actividades realizadas por una empresa. Estos perjuicios no se reflejan necesariamente en los precios determinados por las empresas.

Así como existen fallas de los mercados que pueden impedir la existencia de competencia perfecta, las conductas de las empresas también obstaculizan que exista un mercado con dichas características. De esta manera, a veces los objetivos de rentabilidad, utilidades y otros que tienen las empresas no los logran mediante ser eficientes, sino que las empresas realizan determinados actos para restringir la competencia y obtener una mejor posición dentro de un mercado determinado.

En el mundo real, los mercados se alejan muchas veces del ideal de eficiencia. En ese sentido, bajo determinadas circunstancias, el Estado puede asumir un rol en la economía que favorezca la eficiencia y el bienestar general¹⁹.

Una de las razones por las cuales necesitamos al gobierno es porque la magia de la mano invisible de la economía de la cual hablaba Adam Smith²⁰ sólo funciona cuando aquél hace valer las reglas y mantiene las instituciones que son clave para el libre mercado. La mano invisible es poderosa, pero no omnipotente. Promover la eficiencia es una de las principales

¹⁸ MANKIWI, N. Gregory. Principios de Economía. Sexta edición, Harvard University, 2012. Pág 13.

¹⁹ FERNÁNDEZ, David. El abuso de procesos legales como práctica que distorsiona la competencia en los mercados: el Estado como instrumento de monopolización y la necesidad de una metodología jurídica económicamente eficiente. Tesis para obtener el título de abogado. 2015. Pág. 13

²⁰ Adam Smith afirmaba que el mercado se autorregulaba por sí solo, de manera que aun así las personas actuaran egoístamente y buscaran sus propios beneficios, lograban promover el bienestar económico de la sociedad sin intentarlo.

razones por las cuales el gobierno debe intervenir en la economía para cambiar la manera en que las personas asignarían los recursos. Por eso, en presencia de fallas de mercado o actuaciones de las empresas que restrinjan la competencia, una política bien diseñada por el Estado puede mejorar la eficiencia económica²¹.

De esta manera, el Estado se encuentra facultado bajo la teoría económica para establecer ciertas normas y políticas que deben cumplir las empresas y personas. Así, para evitar conductas que restrinjan la competencia y fomenten la eficiencia y el bienestar de los consumidores, se crea el derecho de la libre competencia.

La literatura de competencia coincide en señalar que el surgimiento del antitrust se produjo en Estados Unidos hacia finales del siglo XIX y que la primera Ley de Competencia fue, la aún vigente, Sherman Act de 1890²². De acuerdo con Fernández, Baca, la fuerte concentración de poder económico que experimentó Estados Unidos a fines del siglo XIX, especialmente en las industrias del petróleo, el acero, los ferrocarriles y el azúcar, lo que originó la promulgación de dicha Ley en 1890, la cual es la primera ley antimonopólica del mundo²³.

La Sherman Act posee dos secciones principales con las prohibiciones de conductas que, desde ella, son comunes a las leyes de competencia de los diversos países. La Sección 1 prohíbe todo contrato, combinación en la forma de trust u otro, o conspiración en restricción del comercio. La Sección 2 prohíbe la monopolización y los intentos de monopolización

²¹ MANKIW, N. Gregory. Principios de Economía. Sexta edición, Harvard University, 2012. Pág. 12.

²² FIGARI, Hugo. Los Objetivos de la Política de Libre Competencia en el Perú. Informe Profesional para optar por el título de Licenciado en Economía. PUCP, 2015. Pág. 7.

²³ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Experiencias de política antimonopólica en el Perú. CIUP, 2009. Pág. 12.

sobre cualquier parte del comercio. Con algún matiz, se puede asimilar la Sección 1 de la Sherman Act a la prohibición de prácticas colusorias, es decir, acuerdos entre empresas y asimilar a la Sección 2 con las prohibiciones de abuso de posición de dominio o poder de mercado²⁴.

Pero, ¿qué sucedió exactamente para que se implementara esa norma? La Sherman Act es una norma antitrust, es decir, contraria a los trust. Los trust eran organizaciones que surgieron alrededor de 1890, formadas por presidentes o gerentes generales (trustees) de diferentes empresas a los que los accionistas de tales empresas les delegaban en confianza (in trust) el poder de voto sobre sus acciones. Con ello, los trustees tenían el poder de decisión sobre un conjunto de empresas del mercado y adquirían con ello poder de mercado para decidir sobre los niveles de precios y producción. Estos mecanismos se formaron en varias industrias: petróleo, empaçado de carne, azúcar, plomo, carbón, tabaco, pólvora, entre otras. La coyuntura económica que habría llevado a las empresas a organizarse en trusts habría sido una de mercados con precios bajos, crisis económicas y mayor competencia por el desarrollo de los servicios de transportes (ferrocarriles) y telecomunicaciones (telégrafo y teléfono) y la consiguiente ampliación de mercados²⁵. Por lo tanto, dichos trusts afectaban a los consumidores pues, al aglomerar a casi todas las empresas de un determinado rubro, tenían un gran poder de mercado y los consumidores se encontraban en situación de desventaja para negociar con ellos.

²⁴ FIGARI, Hugo. Los Objetivos de la Política de Libre Competencia en el Perú. Informe Profesional para optar por el título de Licenciado en Economía. PUCP, 2015. Pág. 7.

²⁵ Ibídem. Pág 8.

El presidente Theodore Roosevelt logró la promulgación la Sherman Act que eliminó estos trusts y protegieron a los consumidores mediante la promoción de la competencia²⁶ en los mercados donde se habían formado los trusts. Mediante esta norma, también se otorgó a facultades al Departamento de Justicia de Estados Unidos para encargarse de su cumplimiento.

Posteriormente, se realizaron modificaciones y se promulgaron nuevas normas sobre el derecho antitrust en Estados Unidos. La Clayton Act se promulgó en 1914 y su objetivo fue proteger a los consumidores impidiendo aquellas fusiones de empresas que probablemente afectarán a la competencia e incluyó la posibilidad de sancionar las prácticas de discriminación de precios, contratos de exclusividad, ventas atadas, entre otros. En el mismo año, se promulgó también la Federal Trade Commission Act donde se creó a esta agencia que supervisaría e investigaría las prácticas anticompetitivas y desleales en el mercado²⁷. Finalmente, la Robinson Patman Act de 1936 prohibió la discriminación de precios que afectara la competencia.

El derecho a la libre competencia en la Unión Europea ha tenido una historia más corta que la estadounidense. Se inicia con el Tratado de París en 1951, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado por Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo. Algunas de sus disposiciones fueron mejoradas y convertidas en las prohibiciones que se han mantenido hasta la actualidad desde su emisión en el Tratado de Roma, Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, que

²⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. FTC Fact Sheet: Antitrust Laws: A Brief History. En: https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf. Pág 1. Revisado: 04/02/19.

²⁷ Ibídem. Pág 1. Revisado: 04/02/19.

fue suscrito originalmente por los mismos países. En sus artículos 85 y 86 el Tratado de Roma prohibía los dos grandes grupos de conductas que usualmente están contenidos en toda Ley de libre competencia, los acuerdos entre empresas y el abuso de posición de dominio. Con el tiempo y la evolución de la Unión Europea los artículos 85 y 86 cambiaron de numeración, pero no de contenido, pasaron a ser los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según el Tratado de Amsterdam (1999) y, desde el Tratado de Lisboa (2009), son los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁸.

I.1.2. La libre competencia: sus objetivos y prácticas sancionadas

Siendo que ya hemos investigado el por qué y en qué circunstancias surgió el derecho a la competencia, analicemos sus objetivos y qué tipo de conductas sanciona. De acuerdo con Baylos, el derecho a la competencia es el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia y la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección²⁹. La legislación de competencia usualmente se divide en derecho de la libre competencia y derecho de la competencia desleal, aunque en muchos países son consideradas ramas completamente separadas, tratando a esta última como más allegada al derecho de propiedad industrial.

Baylos señala que el derecho a la libre competencia comprende “la posición del ordenamiento jurídico frente a las limitaciones impuestas a la competencia por los propios

²⁸ FIGARI, Hugo. Los Objetivos de la Política de Libre Competencia en el Perú. Informe Profesional para optar por el título de Licenciado en Economía. PUCP, 2015. Pág 17.

²⁹ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. “Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica. Disciplina de la Competencia Desleal”. Madrid: Editorial Civitas. 1978. Pág 251.

competidores³⁰, tratando de determinar la licitud o ilicitud de las limitaciones impuestas por los propios competidores, sea por acción individual o por acciones concertadas. Asimismo, señala que el derecho a la competencia desleal es un sistema de limitaciones de orden legal a la libertad de competir prohibiendo utilizar en el desarrollo de la competencia medios ilegales y vedados³¹. Esta rama busca entonces proteger el adecuado desarrollo del proceso competitivo y reprimir aquellas prácticas deshonestas en las transacciones comerciales e industriales³².

Por lo tanto, hemos podido observar que, a pesar de ser estudiados muchas veces dentro de una misma materia, ambas ramas guardan claras diferencias. En nuestro país, la libre competencia es regulada mediante el Decreto Legislativo 1034, el Decreto Legislativo 1205 y el Decreto Legislativo 1395, que conforman la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Por otro lado, la competencia desleal es regulada por el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En este trabajo investigaremos al derecho de la libre competencia, por lo tanto, para analizarlo, es imprescindible discutir sobre sus objetivos. Así, uno de los grandes problemas sobre las políticas de libre competencia es determinar cuál es el objetivo de ellas, siendo que, de acuerdo con los gobiernos, países, situación económica del territorio en particular, política económica, etc., los resultados pueden ser drásticamente diferentes.

³⁰ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. "Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica. Disciplina de la Competencia Desleal". Madrid: Editorial Civitas. 1978. Pág 251.

³¹ BLUME, Ernesto. La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia. Themis: 20 mejores artículos de derecho de la competencia. Pág 8 y 9.

³² LO GRECO, Maria. Unfair Competition and IP. En: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_kipo_kipa_ip_ge_08/wipo_kipo_kipa_ip_ge_08_www_109885.ppt. Revisado: 04/02/19.

Existen dos corrientes principales y con mayor difusión respecto a los objetivos de la política de libre competencia: el derecho antitrust de los Estados Unidos y la competition policy (política de competencia) de la Unión Europea³³. En Estados Unidos se opta por priorizar los objetivos de la maximización del bienestar u obtener una mayor eficiencia económica, mientras que en la Unión Europea se busca una integración de los mercados de los países que lo conforman.

En la primera mitad del siglo veinte, algunos economistas miembros de la escuela de Harvard, como Edward Chamberlin (1933), Edward Mason (1964) y Joe Bain (1956), argumentaron que la estructura de la industria, es decir el número de empresas que operan en el mercado y su respectivo nivel de participación en el mismo, determinaban la manera en que las empresas se comportaban o desarrollaban en dicho mercado. Este planteamiento fue el punto de partida del enfoque de la Estructura-Conducta- Desempeño. De acuerdo con este enfoque, el nivel de concentración de las ventas en una industria en manos de las empresas de mayor tamaño determina el comportamiento de estas en el mercado, y esto origina efectos predecibles sobre la eficiencia y el bienestar de los consumidores. Desde esta perspectiva, un mayor nivel de concentración en la industria determina que las empresas estén más propensas a incurrir en una conducta anticompetitiva. Bajo esta premisa, los miembros de la escuela de Harvard convencieron a muchos jueces a presumir la presunta ilegalidad de cualquier acto vinculado con el incremento de la concentración en el mercado, a pesar del beneficio que los consumidores hubieran podido obtener mediante la reducción de costos y precios como resultado del mismo³⁴.

³³ CALVO-CAVARACA, Alfonso y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANGARA. Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación. Revista General de Derecho. 1993. Pág 3383.

³⁴ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Experiencias de política antimonopólica en el Perú. CIUP, 2009. Pág 12.

Como resultado de las enseñanzas de esta escuela, los tribunales y las agencias antimonopólicas encontraron atractiva la aplicación de la regla per se porque reducía el tiempo y los gastos de las controversias, proporcionaban una guía clara para las empresas y desalentaba la conducta anticompetitiva. La Corte Suprema la utilizó primero para los acuerdos de fijación de precios y hacia fines de los 1960s la extendió a los casos de ventas atadas, distribución de territorios y de clientes y boicots³⁵.

Dicha situación cambió a partir de los aportes de la Escuela de Chicago desde 1973, cuando se empezó a considerar que la competencia había de entenderse como la maximización de la eficiencia económica. Ello exigía un análisis económico porque los Tribunales juzgaban sobre el posible conflicto -cuando éste aparece- entre las pérdidas de eficiencia derivadas de la asignación de recursos y las ganancias derivadas de un uso eficiente de dichos recursos. Por lo tanto, consideraban que el objetivo del derecho antitrust era la máxima eficiencia económica que nos eleve al mayor nivel de riqueza posible. Señalaban que la distribución de dicha riqueza o la consecución de objetivos de índole no económica son objeto de otras leyes y están fuera del ámbito de los jueces que deciden casos de antitrust³⁶.

En los últimos años, la importancia de la Escuela de Chicago en el análisis del antitrust ha decaído notablemente. Dicho menoscabo se debe en gran parte a que, en contrario de lo señalado por los seguidores de dicha Escuela sobre que los objetivos del antitrust serían la preservación de la eficiencia económica, estos conceptos habrían sido desconocidos para quienes habrían elaborado la Sherman Act³⁷.

³⁵ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Experiencias de política antimonopólica en el Perú. CIUP, 2009. Pág 18.

³⁶ BORK, R.H. The Antitrust Paradox. Ed Free Press, Nueva York, 1983. Pág 427.

³⁷ DIEZ, Fernando. Los objetivos del derecho antitrust. Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, nro 224, 2003. Pág 9.

Por eso, en los últimos años, se ha adoptado una teoría ecléctica, que combinaría conceptos de la Escuela de Harvard y la Escuela de Chicago. Este nuevo enfoque reconocía que las teorías de la Escuela de Chicago basadas en la perfección de los mercados son algo simplistas, ya que los mercados no siempre se comportan de manera perfecta. Existen barreras de entrada, información asimétrica, o la existencia de empresas que han alcanzado una posición en el mercado difícil de modificar. Por eso, se juzgó basándose en que, si los efectos competitivos de la conducta cuestionada son suficientemente obvios, las autoridades pueden dar rienda suelta a las presunciones de la escuela de Harvard. Pero, cuando los efectos competitivos no son claros, las autoridades deben aplicar un análisis económico detallado similar al propuesto por la escuela de Chicago.

De esta manera, bajo la teoría ecléctica se determinó que las conductas relacionadas con las restricciones verticales, las fusiones verticales y los joint ventures deben ser juzgados bajo la regla de la presunta legalidad, ya que generalmente estas conductas son diseñadas con propósitos pro-competitivos y tienen efectos mínimos que podrían afectar negativamente la competencia y el bienestar de los consumidores. Por otro lado, los acuerdos horizontales o colusión entre vendedores o compradores para fijar un precio, restringir la oferta o repartirse territorios, generalmente perjudicarían el bienestar de los consumidores. En consecuencia, las autoridades deberían presumir la ilegalidad de tales conductas. Sin embargo, antes de llegar a una conclusión, la parte demandante debe demostrar primero que las empresas estaban coludidas. Dicha colusión puede ser tácita o explícita³⁸. Así, se estableció una clara diferenciación entre un análisis de las conductas

³⁸ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Experiencias de política antimonopólica en el Perú. CIUP, 2009. Pág 20.

sancionadas por su propia existencia y aquellas en las que además era necesario probar la existencia de efectos anticompetitivos.

Por otro lado, la evolución de los objetivos de las políticas de competencia en la Unión Europea se ha desarrollado de manera distinta.

Un aspecto particular de la experiencia europea es que las normas de competencia se han enmarcado en normas de formación y mantenimiento de una comunidad internacional, la actual Unión Europea. La intención primigenia de las normas de competencia, las cuales fueron creadas después de la segunda guerra mundial, fue formar entre países europeos una comunidad económica que, a lo largo del tiempo, estrechados los mercados de los distintos países, se convierta en una comunidad política y en una identidad supranacional, de tal forma que se asegure la paz en la región³⁹.

Dado que las normas de libre competencia para la Unión Europea se enmarcan en los tratados de integración de la unión que hemos mencionado anteriormente, el objetivo de integración de mercados en su aplicación ha estado siempre presente a lo largo de su historia. Una manifestación del objetivo de integración ha sido la sanción de conductas de distribución exclusiva, discriminación de precios, prohibición de importaciones paralelas o similares, que, desde el punto de vista de las autoridades de competencia europeas, lo que hacían era compartimentar el mercado europeo y elevar fronteras artificiales que atentaban contra la integración de dicho mercado⁴⁰.

³⁹ FIGARI, Hugo. Los Objetivos de la Política de Libre Competencia en el Perú. Informe Profesional para optar por el título de Licenciado en Economía. PUCP, 2015. Pág. 17.

⁴⁰ FIGARI, Hugo. Los Objetivos de la Política de Libre Competencia en el Perú. Informe Profesional para optar por el título de Licenciado en Economía. PUCP, 2015. Pág. 18.

A pesar del todavía primordial objetivo de integración en la Unión Europea, las décadas más recientes han dado paso a un mayor protagonismo de objetivos relacionados a la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Así, en los Informes sobre Política de Competencia de la Comisión Europea se considera que las funciones de asignación de recursos, de incentivación e innovativa están orientados a la consecución del objetivo de máxima eficiencia. De manera similar, en las Directrices sobre Restricciones Verticales del año 2000 se ha señalado que la protección de la competencia es el objetivo principal de la política comunitaria de competencia, ya que ello favorece el bienestar del consumidor y consigue una asignación eficiente de recursos⁴¹.

A pesar de estos cambios, el objetivo de integración continúa apareciendo recurrentemente. Así, en las Directrices relativas a las Restricciones Verticales del 2010, se colocó dentro de los objetivos de la directriz que la evaluación de las restricciones verticales es importante en el contexto del objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado⁴². Lianos concuerda con este concepto al señalar que el objetivo de integración del mercado ha marcado considerablemente la historia de la ley de competencia de la UE, y todavía lo hace en estos días. Dicho autor señala que es bien conocido que la asignación territorial, las restricciones a exportaciones o, más generalmente, restricciones al comercio paralelo, están clasificadas como restricciones a la competencia por objeto bajo el artículo 101(1) del

⁴¹ **COMISIÓN EUROPEA. Directrices sobre las Restricciones Verticales 2000/C 291/01. Comunicación de la Comisión.**

Artículo 7.-

La protección de la competencia constituye el objetivo primordial de la política de competencia de la CE, pues mejora el bienestar de los consumidores y permite una asignación eficaz de los recursos (...)

⁴² **COMISIÓN EUROPEA. Directrices sobre las Restricciones Verticales 2010/C 130/01. Comunicación de la Comisión.**

Artículo 7.-

El objetivo del artículo 101 es asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos - en este contexto, acuerdos verticales - para restringir la competencia en el mercado en detrimento de los consumidores. La evaluación de las restricciones verticales también es importante en el contexto del objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado. La integración de los mercados potencia la competencia en la Unión Europea. No se debería permitir que las empresas volvieresen a establecer barreras privadas entre Estados miembros ahora que las estatales han sido eliminadas con éxito las estatales.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incluso si ellos no producen efecto alguno sobre los consumidores finales⁴³.

Por lo tanto, a pesar de que en los últimos años se ha incorporado en algunas normas relativas a la Comunidad Europea los conceptos de eficiencia social y bienestar del consumidor, la importancia de la integración de mercados todavía es primordial frente a los demás objetivos.

Consecuentemente, se estima que los objetivos del derecho antitrust en la comunidad europea son dos: (i) evitar que a través de prácticas abusivas o acuerdos colusorios se llegue a una partición del mercado común europeo; y, (ii) favorecer los procesos de concentración necesarios para, sin entrar en contradicción con el objetivo anterior, que las empresas europeas alcancen el suficiente tamaño para estar en condiciones competitivas equiparables a las de sus homólogas americanas y asiáticas. Todo ello, además, se ve reflejado en los objetivos como integración de mercados nacionales, así como otros objetivos de protección de los pequeños y medianos negocios, protección de los regímenes democráticos en el seno de la Unión Europea y la protección a los consumidores⁴⁴.

Siendo que ya hemos analizado los objetivos de la libre competencia en Estados Unidos y en la Unión Europea, explicaremos la importancia del derecho de la libre competencia y las conductas que sanciona. Como hemos señalado anteriormente, la competencia busca una mantener la confianza del público en el mecanismo del mercado, desalentando y castigando

⁴³ LIANOS, Ioannis. Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law. Centre for Law, Economics and Society CLES. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 3/2013. Enero de 2013.

⁴⁴ DIEZ, Fernando. Los objetivos del derecho antitrust. Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, nro 224, 2003. Pág 12 y 13.

cualquier manifestación de despotismo económico⁴⁵. Así, la libre competencia permite la existencia de distintos ofertantes en un mercado, lo que se traduce en diversidad de opciones para el consumidor.

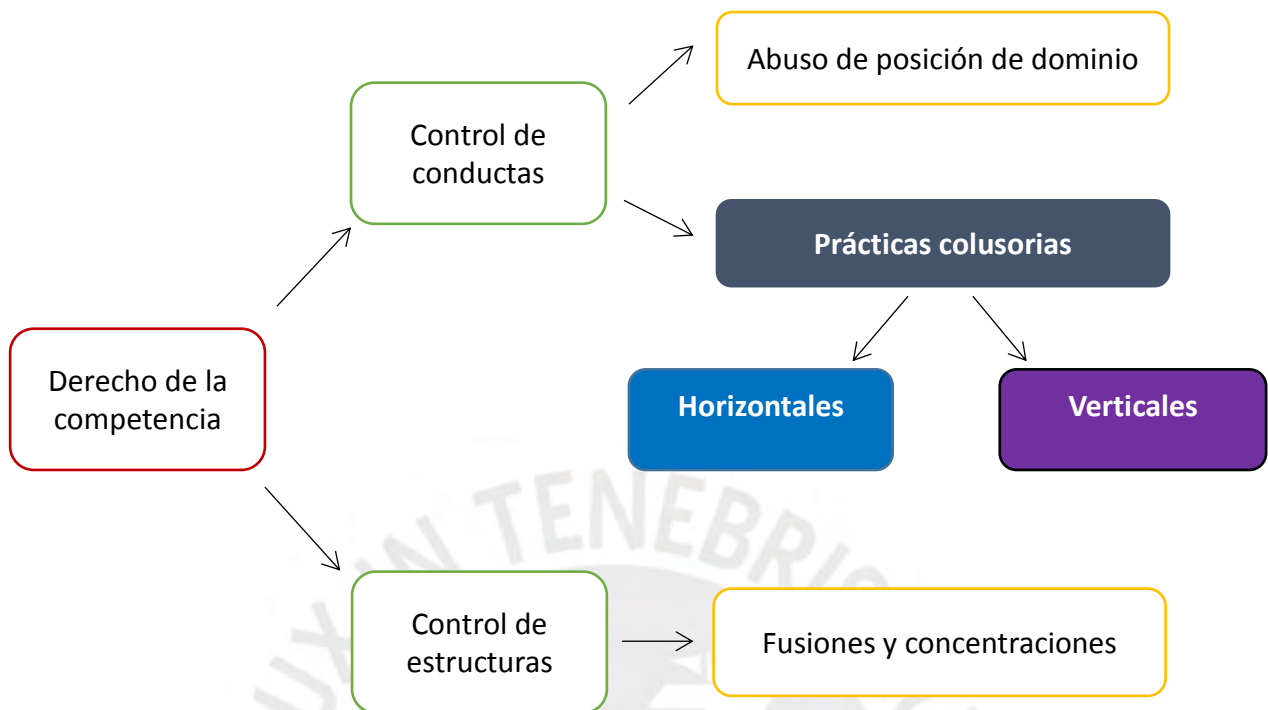
Si bien las empresas usualmente compiten y buscan ser más eficientes para poder tener una mejor posición en el mercado y obtener mayores beneficios producto de dicha posición, muchas veces no se consiguen estos objetivos solo a través de la eficiencia. En este sentido, las empresas podrían incurrir en prácticas para obtener beneficios anticompetitivos o restringir el mercado. Un ejemplo de este tipo de prácticas podría ser una empresa dominante o con gran poder de mercado que imponga barreras estratégicas para impedir que otros competidores ingresen al mercado o establecer limitaciones a sus competidores de manera que no logren una mayor cuota en el mercado en el que compiten.

Por lo tanto, establecer normas que impida la realización de conductas que afecten el libre desarrollo del mercado es importante y es la razón porque los países adoptan legislaciones respecto a la libre competencia. En la actualidad, existen más de 110 países en el mundo con normas sobre libre competencia⁴⁶.

En este sentido, dentro del marco del derecho de la libre competencia, existe el control de conductas y el control de estructuras como podemos ver a continuación:

⁴⁵ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Experiencias de política antimonopólica en el Perú. CIUP, 2009. Pág. 12.

⁴⁶ Kovacic (2013) "Module I-1: The Origins and Aims of Competition Policy". Video conferencia. International Competition Network. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=OkWgJ3ZAgcc>. Revisado: 04/02/19.



Elaboración: Fernández (2014)

En primer lugar, el control de conductas se caracteriza por ser un análisis ex post de la realización de una acción. Así, opera de modo posterior a que la conducta prohibida se ha producido en el mercado; es decir, funciona como una evaluación posterior del comportamiento de las empresas, identificando si el mismo ha sido conforme al marco legal o ha incurrido en la práctica prohibida⁴⁷. Por lo tanto, la agencia o institución de competencia solo puede actuar una vez que la práctica ya ha sido ejecutada en el mercado.

Este tipo de análisis se aplica en los casos en que el poder de mercado se obtiene por medios ilegítimos como producto de comportamientos inválidos de los agentes

⁴⁷ QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. 2013, Indecopi. Pág. 17.

económicos⁴⁸. El control de conductas puede realizarse sobre dos tipos de prácticas: el abuso de posición dominante y las prácticas colusorias.

Dentro de la conducta de abuso de posición de dominio, en el ámbito europeo, la posición de dominio ha sido interpretada por la jurisprudencia comunitaria en 1976 (Sentencia United Brands⁴⁹) como: *“situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos en medida apreciable independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores”*.

Así, Quintana define las conductas de abuso de posición de dominio como los actos mediante los cuales una empresa que cuenta con poder sustancial de mercado o posición de dominio, aprovecha indebidamente ese poder o posición en el mercado para sacar ventaja de ello e impedir la entrada de nuevos competidores u obstaculizar la permanencia de los que ya se encuentran operando en el mercado. Usualmente son actos ilícitos de una empresa; es decir, actos unilaterales para excluir ilegalmente del mercado a los competidores⁵⁰.

⁴⁸ QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. 2013, Indecopi. Pág. 17.

⁴⁹ Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, United Brands c. Comisión, dictada en el asunto 27/76 (Rec.1978, p. 207). Esta fórmula ha sido utilizada en sucesivas ocasiones, en particular, la Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, dictada en el asunto 85/76, Hoffmann La Roche c. Comisión (Rec. 1979, p. 461) donde afirma *“La Posición Dominante referida en el artículo [82] del Tratado se refiere a una posición de poder económico gozado por una empresa que le permite prevenir la competencia efectiva que es mantenida en el mercado relevante afrontándola con el poder de comportarse en un alcance apreciable independientemente de sus competidores, sus clientes y finalmente de los consumidores”*. Ver también la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, publicada en el DO de la Comunidad Económica Europea. N° C 372, del 9 de setiembre de 1997, págs. 0005- 0013 (en adelante, la *Comunicación sobre Mercado de Referencia*).

⁵⁰ QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. 2013, Indecopi. Pág. 18.

El abuso de posición de dominio puede consistir en prácticas exclusorias o prácticas explotativas. Las primeras son aquellas que afectan la competencia pues disminuyen la capacidad de competir de los actuales o potenciales competidores. Por otro lado, las prácticas explotativas son aquellas conductas donde aquella empresa con posición dominante se aprovecha de su poder económico para explotar a los consumidores⁵¹, como podría ser establecer un precio excesivo en el mercado.

Asimismo, las prácticas colusorias son acuerdos entre empresas que actúan en un mercado determinado. Las prácticas colusorias pueden ser verticales y horizontales.

Las prácticas colusorias horizontales se producen entre dos o más agentes que compiten entre sí, es decir, entre empresas que producen y/o venden bienes que son sustitutos (por ejemplo, bienes que cumplen la misma finalidad, pero son de distintas marcas). Por ello, se señala que estas prácticas involucran a empresas que se encuentran en el mismo nivel de la cadena productiva o de comercialización. De igual manera, las prácticas colusorias verticales se producen entre agentes económicos que realizan actividades en distintos niveles de la cadena de producción o comercialización, actividades que –por lo general– son complementarias, como por ejemplo las de un fabricante y su proveedor de insumos, o de un fabricante y sus canales de distribución mayorista y/o minorista; por ello, se las califica como verticales al involucrar una relación de esta naturaleza⁵².

⁵¹ ECHEVERRÍA, David. Beneficios Sociales que genera la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Superintendencia de Control de Poder de Mercado. En: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/01/1.6.-David-Echeverri%20Presentaci%20n-beneficios-LORCPM-15-de-enero-2014.pdf>. Revisado: 04/02/19.

⁵² QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. 2013, Indecopi. Pág 33 y 41.

Entre las atribuciones que tienen los organismos que protegen la libre competencia comúnmente podemos encontrar al control de estructuras o control de fusiones. Este tipo de intervención se caracteriza por realizarse ex ante, es decir, antes de que se realice la referida fusión.

Este tipo de control se manifiesta en normas que establecen un procedimiento a través del cual una autoridad estatal aprueba las operaciones de concentración de empresas. El propósito de estas normas es que la autoridad analice los alcances de la operación de concentración y defina, en términos anticipados, cuáles pueden ser sus efectos sobre la competencia en el mercado respectivo y, en función de ello, concluya si corresponde o no aprobar la operación.

Esto significa que la autoridad evalúa cómo funciona actualmente el mercado con la estructura que tiene (con el número de participantes que tiene y las condiciones de competencia que presenta) y lo compara con la nueva configuración del mercado si se aprobara la operación y el impacto que esto tendría en las condiciones de competencia futuras. Si se identifica que los potenciales efectos de la concentración serán perjudiciales para la competencia y los consumidores, se desaprueba la operación. Este sistema no prohíbe ni impide las operaciones de concentración, salvo en los casos más serios en que puede terminar significando una prohibición de la operación de concentración, aunque esto casi siempre es excepcional. Los tipos de fusiones pueden ser horizontales (involucran a agentes competidores), verticales (involucran a agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo) y de conglomerado (involucran a agentes que realizan actividades no relacionadas entre sí)⁵³.

⁵³ QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. 2013, Indecopi. Pág 47.

De acuerdo con el país donde se realice el análisis, podría considerarse que ha existido una fusión dependiendo de la cantidad de acciones adquiridas de una empresa, posibilidad de controlar una empresa, entre otros elementos. Asimismo, usualmente existirán ciertos umbrales bajo los cuales se analizarán las fusiones, pues no toda adquisición deberá ser analizada por la agencia de competencia pertinente debido a que solo determinadas fusiones podrían tener efectos en el mercado.

En este sentido, en esta sección hemos analizado los principales objetivos del derecho de la libre competencia, así como las conductas sancionadas en esta rama.

I.1.3. Regulación de la libre competencia en el Perú

En el Perú, el derecho de la competencia es una rama relativamente joven pues antes de los años noventa no existía legislación sobre la materia. Si bien desde la Constitución Política de 1933 y, en posteriores constituciones, ya se había plasmado artículos sobre monopolios, no existía una norma específica que regulara el tema, a excepción de algunas normas que regulaban los precios de los bienes.

Así, recién en 1991, se dictó la primera norma sobre libre competencia, el Decreto Legislativo 701, publicado el 7 de noviembre de 1991. El objetivo de dicha norma era eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y los consumidores⁵⁴. A través de dicha norma también se instauró la Comisión Multisectorial de

⁵⁴ Decreto Ley 25868

Libre Competencia, a la cual se le otorgó autonomía técnica y funcional para resolver los casos de la materia. Asimismo, se creó la Secretaría Técnica de dicha Comisión, a la cual se designó el papel de fiscal en el procedimiento, encargándose de la etapa investigadora y emitiendo opinión técnica.

Posteriormente, en noviembre de 1992, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi) a través del Decreto Ley 25868. Dicha institución tiene como función la promoción de la competencia, la protección de la propiedad intelectual y de los consumidores. Recién a partir de la entrada en funcionamiento del Indecopi en 1993, la Comisión Multisectorial de Libre Competencia empezó a ejercer sus funciones.

Bajo la Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, se determinó que la Comisión de Libre Competencia tenía que resolver en primera instancia los procedimientos en su competencia, estableciendo al Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual como segunda instancia, así como se facultó a la Comisión para adoptar las medidas correctivas y las sanciones correspondientes⁵⁵ a quienes infringieran la ley.

Artículo 11.- El Indecopi tiene siete Comisiones destinadas a la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como a facilitar a los agentes económicos el acceso, permanencia y salida del mercado, que son las siguientes:

- a) Comisión de Libre Competencia;
- b) Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios;
- c) Comisión de Protección al Consumidor;
- d) Comisión de Represión de la Competencia Desleal;
- e) Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales;
- f) Comisión de Procedimientos Concursales; y
- g) Comisión de Acceso al Mercado

⁵⁵

Decreto Ley 25868

Artículo 11.- El Indecopi tiene siete Comisiones destinadas a la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como a facilitar a los agentes económicos el acceso, permanencia y salida del mercado, que son las siguientes:

- a) Comisión de Libre Competencia;

Como sabemos, en 1993 se promulgó la nueva Constitución Política del Perú. En ella se incluyó el artículo 61 referido a la protección donde la libre competencia, donde se indicó:

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

De esta manera, a través de la Constitución y acorde con el Decreto Legislativo 701 vigente en ese momento, se buscó que el régimen de competencia peruano no sancionara la existencia de monopolios, sino solo las conductas de abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias horizontales y las prácticas colusorias verticales que afectaran al mercado.

En 1996, se promulgó el Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, donde estableció cuáles eran las facultades que tenían las comisiones y oficinas que conformaban el Indecopi de cara a los procedimientos administrativos que tenían a cargo. Además, se modificó el Decreto Legislativo 701, realizando cambios en la tipificación de algunas conductas, las potestades de la Secretaría

-
- b) Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios;
 - c) Comisión de Protección al Consumidor;
 - d) Comisión de Represión de la Competencia Desleal;
 - e) Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales;
 - f) Comisión de Procedimientos Concursales; y
 - g) Comisión de Acceso al Mercado

Técnica para las investigaciones que realizaban, el procedimiento para el inicio de una acción penal, se creó el sistema de exoneración de sanción, entre otros. Uno de los principales cambios consistió en cambiar el monto máximo de las multas, el cual era de 50 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) a 1000 UIT, estableciendo límites de acuerdo con las ganancias obtenidas por los agentes en el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

En 1997, se promulgó la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, norma que tenía la función de realizar un control de concentraciones en dicho sector. El objetivo principal de la ley es evitar los actos de concentración que tengan por objeto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en el mercado eléctrico.

En el año 2011, si bien se presentó el Proyecto de Ley 972/2011-CR que tenía como propuesta principal que el Indecopi pudiera prohibir, aceptar o modificar las operaciones de concentración en todos los mercados, el mismo no tuvo éxito, a pesar de la opinión favorable que presentara Indecopi en su momento. En posteriores años, se presentaron numerosos proyectos sobre el mismo tema; sin embargo, hasta la actualidad no se ha instaurado un sistema de control de fusiones en todos los mercados.

Por otro lado, en el año 2008, en el marco de la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, se promulgó el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Dicha norma derogaba en su totalidad el Decreto Legislativo 701. Los principales cambios que introdujo la norma son la definición del mercado relevante (tema de suma relevancia, especialmente en casos de abuso de posición de dominio), la especificación respecto a que solo las conductas con efecto excluyente pueden considerarse como anticompetitivas y los criterios para definir qué conductas son

analizadas bajo la regla per se (prohibición absoluta) y la regla de la razón (prohibición relativa)⁵⁶. Asimismo, eliminó la persecución penal a los casos de libre competencia⁵⁷.

En septiembre de 2015, se promulgó el Decreto Legislativo 1205, el cual realizó importantes modificaciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En primer lugar, se determinó que, además de las personas naturales y jurídicas, asociaciones, directores, gerentes o representantes de los investigados, se pueda iniciar un procedimiento administrativo sancionador a aquellas personas o empresas que facilitaran la realización de un cártel, incluyendo a los funcionarios públicos. Asimismo, la solicitud para autorizar la copia de correos personales ya no se hará frente al juez penal, sino al juez especializado en lo contencioso administrativo, el cual podrá también autorizar el levantamiento del secreto de las telecomunicaciones. Por otro lado, se estableció la obligatoriedad de que las entidades se pronuncien respecto a la posible aplicación de los estudios de mercado elaborados por la Comisión. Finalmente, se realizaron modificaciones respecto al programa de clemencia, el compromiso de cese y las medidas correctivas a fin de mejorar la detección de las prácticas anticompetitivas, especialmente los cárteles.

Por último, el Decreto Legislativo 1396 realizó nuevas modificaciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Los principales cambios a la norma fueron el tiempo de los plazos en el procedimiento, los requisitos para la suscripción de un compromiso de cese, las medidas correctivas que podrían imponerse y la incorporación del programa de recompensas, sistema mediante el cual se otorgaría un monto económico a las personas

⁵⁶ RUIZ, Gonzalo. La Nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: Acotando la Discrecionalidad de la Autoridad de Competencia. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12, Año 7. Revisado: 04/02/19.

⁵⁷ Cabe resaltar que, durante su tiempo de vigencia, ninguna empresa o persona natural fue sancionada penalmente por infracción a las normas de libre competencia.

que brinden información importante a la Secretaría Técnica que permita investigar y sancionar cárteles.

Siendo que ya hemos realizado un breve resumen sobre la legislación de libre competencia en el Perú, debemos mencionar el panorama actual de acuerdo a los cambios realizados recientemente.

Los órganos facultados para realizar el análisis de las posibles conductas anticompetitivas en sede administrativa son la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica), la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala).

La Secretaría Técnica tiene el rol de investigación en tanto es el instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora⁵⁸. Para realizar sus labores de investigación, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para realizar visitas de inspección, entrevistas, requerimientos de información, copiado de información comercial, acceder a correos corporativos, solicitar ante un Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo el levantamiento del secreto de las comunicaciones, entre otras facultades, lo cual le permite obtener evidencia que pueda demostrar la existencia de una práctica anticompetitiva.

⁵⁸ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

(...)

Por otro lado, la Comisión tiene la facultad de declarar la existencia de una conducta anticompetitiva y sancionar a los responsables por ella, así como dictar las medidas correctivas que considere⁵⁹. De igual manera, puede elaborar estudios de mercado o informes denominados “abogacías de la competencia”, los cuales buscan fomentar mercados competitivos mediante las recomendaciones que se realiza a otras entidades que buscan modificar o eliminar ciertas medidas que podrían estar afectando la competencia.

Finalmente, la Sala (que forma parte del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica⁶⁰. En caso el agente no se encuentre conforme con la resolución de Sala, podrá imponer una demanda contenciosa administrativa.

⁵⁹ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 14.- La Comisión.-

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

- a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente;
- b) Dictar medidas cautelares;
- c) Dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas;
- d) Expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley;

(...)

⁶⁰ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 16.- El Tribunal.-

16.1. El Tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica.

16.2. El Tribunal, a través de su Secretaría Técnica, está facultado para, de oficio, actuar medios probatorios que permitan esclarecer los hechos imputados a título de infracción.

En materia de control de conductas, la Comisión y el Tribunal del Indecopi se encuentran facultados para sancionar las prácticas de abuso de posición de dominio con efecto excluyente. Es decir, se requiere que la empresa que esté siendo investigada por un presunto abuso de posición de dominio haya podido generar efectos anticompetitivos en el mercado investigado y haya tenido la facultad para perjudicar a un competidor real o potencial. A través del Decreto Legislativo 1034, se zanjó la discusión sobre si las prácticas explotativas podrían ser sancionadas, determinando que la Comisión de Libre Competencia solo podría sancionar conductas con efecto excluyente. Por otro lado, respecto a las prácticas colusorias horizontales, solo son sancionadas bajo la regla per se (solo se debe demostrar la existencia de la conducta para sancionar) la fijación de precios o condiciones comerciales, limitación de producción o ventas, reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas y las licitaciones colusorias. Las demás modalidades de acuerdos horizontales, los acuerdos verticales y el abuso de posición de dominio serán analizados bajo la regla de la razón, es decir, debe demostrarse la existencia de efectos anticompetitivos para poder sancionarlos.

Asimismo, sobre el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la norma ha establecido que pueden ser sancionadas las personas naturales o jurídicas, u otras entidades de derecho público o privado que participan en la planificación, ejecución y realización de una práctica anticompetitiva. A través del Decreto Legislativo 1205, se incluyó dentro del ámbito de aplicación subjetivo a aquellos facilitadores, intermediarios o planificadores de una infracción sujeta a la sanción per se, aun así, estos no realicen actividad económica alguna y sean servidores o funcionarios públicos.

Sobre los mecanismos de enforcement para el cumplimiento de las normas de competencia, en la actualidad no existe sanción penal pues dicha disposición fue eliminada con el Decreto Legislativo 1034.

Para resguardar los derechos de los afectados por prácticas anticompetitivas, la Comisión y el Tribunal tienen la facultad de imponer medidas correctivas que no solo estén destinadas a evitar la reincidencia en la conducta, sino también a restituir el daño causado a los consumidores.

Adicionalmente, con el fin de poder detectar y desincentivar los actos contrarios a la libre competencia, se ha tratado de mejorar el diseño del programa de exoneración de sanción y compromiso de cese de manera que los agentes económicos que hayan incurrido en una infracción sean más proclives a cooperar con la autoridad.

Asimismo, la Secretaría Técnica y la Comisión han realizado a través de los años estudios de mercado donde plasman recomendaciones u opiniones sobre la normativa, disposiciones o acciones de algunos agentes del mercado o entidades estatales que podrían afectar la libre competencia. Dichas abogacías, ahora tendrán que serán respondidas obligatoriamente por las entidades a las cuales son remitidas, bajo responsabilidad.

Por otro lado, el control de concentraciones solo existe en el sector eléctrico. Sobre este punto, diversos autores han manifestado su opinión en contra y a favor de implementar este mecanismo en todos los mercados. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico se ha pronunciado a favor del control de fusiones, indicando que se debería dejar de lado el tono especulativo de lo que ocasionaría la norma y se debería colocar al

país en tono con la legislación mundial⁶¹. Si bien las normas de análisis de concentraciones se encuentran en países de diversos matices de política económica, es complicado determinar si el Perú se encuentra listo o si es el momento correcto para que el Perú implemente esta legislación. Sin embargo, es un tema extenso que merecería que se analice en una tesis por sí sola.

Actualmente, la Comisión y el Tribunal se encuentran facultados para aprobar, aprobar con condiciones o denegar las solicitudes de concentraciones horizontales o verticales, de acuerdo a ciertos requisitos. En caso no se cumpla con lo previsto por la autoridad, se impondrá una multa a la empresa infractora. Asimismo, sin la aprobación respectiva, el acto de concentración no tendrá efecto legal alguno.

Siendo que hemos analizado el contexto actual de la libre competencia en el Perú, procederemos a detallar sobre la conducta en el cual se centra el Programa de Clemencia: los cárteles.

⁶¹ OECD. El Control de Concentraciones Empresariales. En: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>. Revisado: 04/02/19.

I.2. Cáteles

I.2.1. ¿Qué son los cáteles?

Como hemos mencionado anteriormente, las prácticas analizadas bajo el régimen de libre competencia son las prácticas colusorias (horizontales y verticales), el abuso de posición de dominio y el control de concentraciones.

De acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, los cáteles son acuerdos anticompetitivos que pueden ser contratos, convenios, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos⁶².

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) define al cártel como un acuerdo formal entre las empresas en una industria oligopólica. Los miembros del cártel pueden estar de acuerdo en temas como precios, la producción total de la industria, participación del mercado, asignación de clientes, asignación de territorios, licitaciones colusorias, establecimiento de agentes de ventas comunes y la división de ganancias o combinación de estas⁶³.

Asimismo, en el capítulo Conception of Cartels: Definition and Diversity de The Impact of Cartels on National Economy and Competitiveness se señala que un cártel es un acuerdo

⁶² Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Protección de la Competencia. En: <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>. Revisado: 04/02/19.

⁶³ OECD. Glossary of Statistical Terms. En: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3157>. Revisado: 04/02/19.

voluntario, escrito u oral entre empresas financiera y personalmente independientes para acordar o influenciar los valores de sus parámetros de acción, o repartición de territorios, productos o cuotas por un periodo de tiempo⁶⁴.

En la normativa peruana, se define cártel o práctica colusoria horizontal en el artículo 11.1 de la Ley de Libre Competencia, el cual señala lo siguiente:

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

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

(b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;

(c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;

(d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;

⁶⁴ BRUNECKIENE, Jurgita. The Impact of Cartels on National Economy and Competitiveness. Ed Springer. Pág 6. Revisado: 04/02/19.

(e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

(f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

(g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;

(i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;

(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,

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

Como hemos indicado anteriormente, el análisis de conductas anticompetitivas podría realizarse bajo la regla per se y la regla de la razón. En la regla per se ciertos actos o

acuerdos se consideran siempre ilegales sin necesidad de evaluar o probar su impacto negativo sobre la competencia, la eficiencia o el bienestar de los consumidores. Es suficiente demostrar que el acto se ha producido para sancionarlo. Por otro lado, en la regla de la razón se pueden permitir ciertas restricciones a la competencia en cuanto el beneficio que se obtiene producto de la conducta excede su impacto negativo⁶⁵. Bajo este análisis, para sancionar una conducta analizada bajo la regla de la razón, la Secretaría Técnica tienen que demostrar los efectos anticompetitivos de la conducta y que estos sean mayores que aquellos beneficios anticompetitivos existentes.

Asimismo, en el artículo 11.2 se precisa qué conductas horizontales se sancionan bajo la regla per se o absoluta, las cuales son las siguientes:

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;

b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;

c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,

⁶⁵ MOSTAJO, Jorge. Prácticas Anticompetitivas y Derecho de la Competencia en Bolivia. Boletín Latinoamericano de Competencia. N°32, 2012. En: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_32_es.pdf. Revisado: 04/02/19.

d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

La redacción del presente artículo respecto a las prácticas sancionadas bajo la prohibición absoluta ha sido modificada en relación con lo que se había consignado previamente en el Decreto Legislativo 1034⁶⁶. En dicha norma se indicaba que consistían prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales. De esta manera, en tanto solo se indicaba que eran sancionados de manera absoluta los acuerdos horizontales, existía la discusión sobre si las recomendaciones, decisiones o prácticas concertadas también podían estar incluidas bajo el análisis de la regla per se o debían ser analizadas bajo la regla de la razón.

Con los cambios incorporados en el Decreto Legislativo 1205, en el inciso 11.2 se colocó el término “prácticas colusorias horizontales” a diferencia del anterior artículo donde se consignaba “acuerdos horizontales”. De esta manera, en tanto el artículo 11.1 fija que las prácticas colusorias horizontales incluye los acuerdos, recomendaciones, decisiones o prácticas concertadas y el artículo 11.2 señala que son sancionables per se las prácticas colusorias horizontales que incurran en las conductas determinadas desde el inciso a) al d), se zanja la discusión sobre bajo qué regla son analizadas las recomendaciones,

⁶⁶ En el Decreto Legislativo 1034, el artículo 11.2 estaba redactado de la siguiente manera:

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

decisiones o prácticas concertadas y se concluye que también están incluidas dentro del análisis de las prácticas per se⁶⁷.

Adicionalmente, corresponde señalar que al establecer las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que se trata de aquellas “prácticas colusorias horizontales inter-marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos” y que tengan por objeto alguno de los cuatro tipos de prácticas sancionadas bajo la regla per se. Lo mencionado anteriormente indica que estos cuatro tipos de prácticas listadas pueden tener el carácter de complementarias o accesorias de otros acuerdos lícitos, caso en el cual dejarían de encontrarse bajo la prohibición absoluta. De este modo, si fueran accesorias a otras acciones lícitas, las conductas que usualmente son prohibiciones absolutas pueden dejar de tener esa calificación y pasar a evaluarse según el criterio de prohibición relativa⁶⁸.

Otro punto importante por resaltar es que de acuerdo al artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el programa de exoneración de sanción está destinado a aquellas personas naturales o jurídicas, o facilitados que hayan tenido participación en una práctica colusoria, sin aclarar si se refería a práctica vertical u horizontal o si se pudiese solicitar clemencia sobre ambas prácticas.

Sin embargo, a través del Proyecto de Guía de Clemencia publicado por el Indecopi, se precisó que el beneficio de exoneración de sanción solo podría obtenerlo quien hubiera incurrido en una práctica colusoria horizontal sancionado bajo la regla per se, es decir, las

⁶⁷ La Comisión de Defensa de la Libre Competencia había considerado a las recomendaciones como sancionables bajo la regla per se incluso antes de la modificación realizada, pero el artículo era ambiguo, por lo que, de acuerdo a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, a través de la modificación se quiso esclarecer el tema.

⁶⁸ QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. 2013, Indecopi. Pág 64.

conductas consignadas en el inciso 2 del artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, condición que posteriormente confirmó la versión final de la Guía. Posteriormente analizaremos la razonabilidad de solo permitir que este programa de exoneración o reducción de sanción solo esté disponible para cárteles duros.

Siendo que hemos analizado qué son los cárteles y cómo son regulados actualmente en el Perú, procederemos a explicar la razonabilidad de la existencia de estas prácticas.

I.2.2. ¿Por qué se coluden las empresas?

El objetivo de las empresas es obtener ganancias mediante la actividad económica que realizan. Sería irrazonable que un grupo de personas constituyan una persona jurídica con el objetivo de perder dinero, pues siempre el objetivo de ellas es que se pueda obtener más de lo que se invirtió inicialmente en un proyecto determinado.

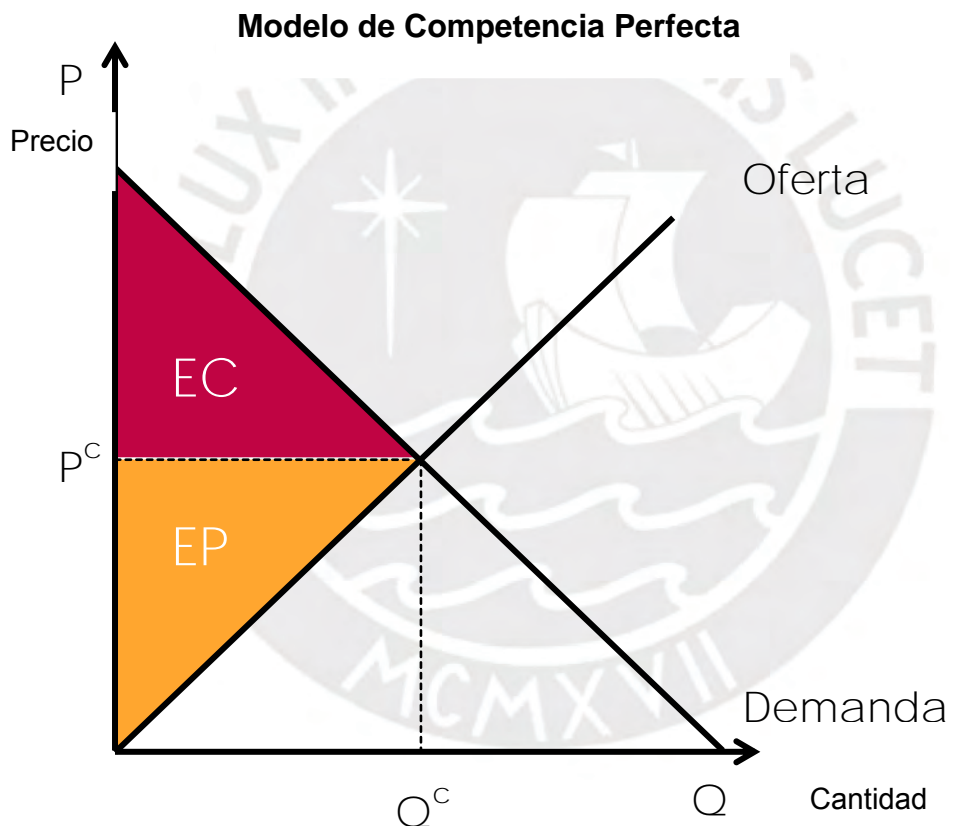
Por otro lado, debemos también tomar en cuenta que las personas que toman decisiones lo realizan basándose en sus intereses u objetivos primarios. Por lo tanto, una persona es racional en tanto utilice todos los posibles mecanismos para lograr el objetivo que se ha trazado⁶⁹. Siendo que uno de los objetivos primordiales de las empresas es obtener ganancias que les permitan distribuir utilidades y obtener mayores ganancias, las empresas y sus trabajadores si actuaran racionalmente, deberían perseguir estos objetivos.

Considerando lo anterior y sus objetivos de obtener ganancias, usualmente el objetivo principal de un ofertante en el mercado es llegar a la posición de monopolista. ¿Por qué?

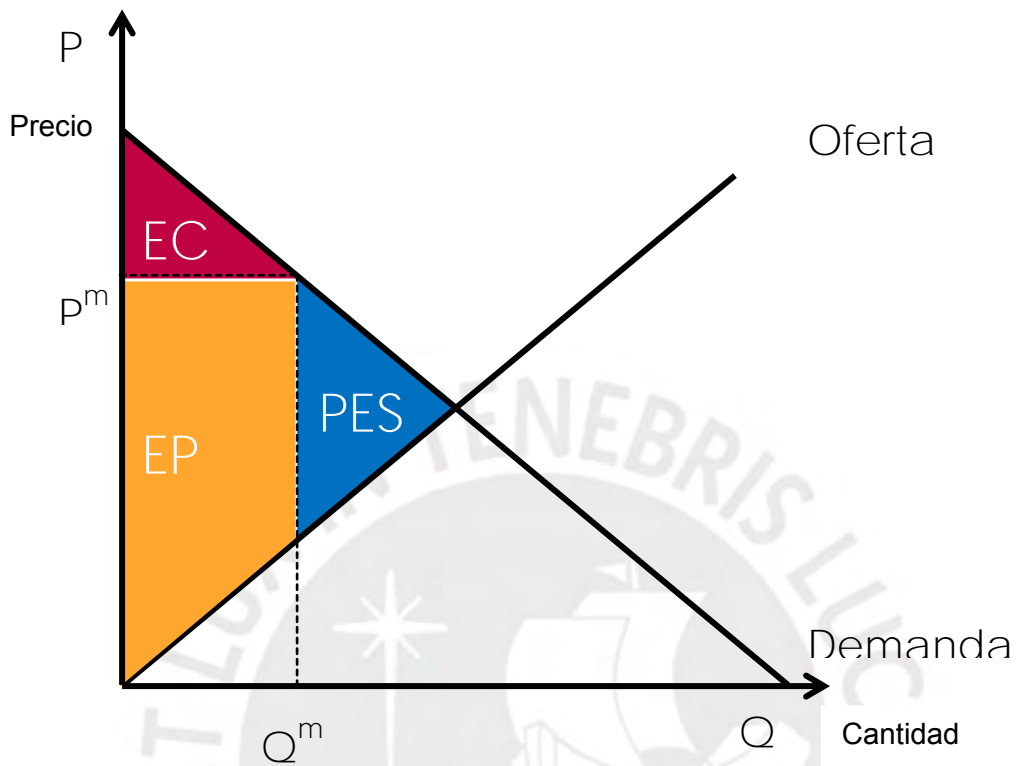
⁶⁹ FRANK, Robert. Microeconomía y conducta. Interamericana de España, 2005, pág 81.

Pues el monopolista tiene la ventaja de poder controlar la oferta y la demanda a su antojo si es que no existe una disposición legal que se lo impida (usualmente, mediante la regulación).

Existen pues características de un mercado en monopolio que favorecen a la empresa que tiene posición monopolística. Para poder entender estos conceptos, utilizaremos gráficos referentes a un mercado monopolista y un mercado en competencia perfecta:



Modelo de Monopolio



EC: Excedente del Consumidor

EP: Excedente del Productor

PES: Pérdida de Eficiencia Social

Elaboración: Fernández (2014)

Por lo tanto, un mercado monopolista, a diferencia de un mercado en competencia perfecta, tiene las siguientes características:

- Al ser contrastado con el equilibrio de un mercado perfectamente competitivo, se puede apreciar claramente que, en el equilibrio, un mercado monopolístico ofrecerá una menor cantidad producida en un escenario competitivo y a un mayor precio.

- En el mercado monopolista se puede apreciar un traslado de parte del excedente de los consumidores hacia el monopolista. Es decir, se trata de un efecto redistributivo de la riqueza existente. Esto se debe a que, en un escenario competitivo, frente a una cantidad Q_m , la oferta hubiera podido aceptar un precio menor a P_m . Sin embargo, debido a que no existe dicha presión competitiva, el monopolista puede elevar el precio hasta P_m , obteniendo un excedente adicional que en el gráfico se aprecia como la parte rectangular (en amarillo) entre P_r y P_m . Más aun, la teoría económica observa que si el monopolista es capaz de reconocer la disposición al pago de cada consumidor (discriminación perfecta), puede extraer todo el excedente de los consumidores.
- En el punto de equilibrio, la eficiencia en la asignación de recursos es máxima, debido a que la existencia de información perfecta genera que no se produzca una cantidad mayor a la estrictamente demandada.
- Asimismo, en el escenario de competencia perfecta se maximiza el excedente de los consumidores, que representa aquella parte de la riqueza que los consumidores (como conjunto) estuvieron dispuestos a utilizar, pero que se ahorraron como consecuencia del precio competitivo. Por otro lado, en el modelo de monopolio el excedente de los productores (o del monopolista) puede incrementarse debido a las condiciones poco competitivas, a costa del excedente de los consumidores.

En este sentido, la posición de monopolista es beneficiosa pues si no existe otro ofertante de un bien en el mercado, las personas interesadas en adquirir ese producto o servicio pagarán un monto más elevado del que hubieran pagado en caso hubieran existido más competidores. Esto se debe a que, si existieran otros ofertantes de su mismo producto, el

consumidor podría escoger entre cualquiera de ellos, por lo que empieza una guerra de precios, calidad, ventajas, etc., con el objetivo de mantener la preferencia del público objetivo. Sin embargo, al existir un solo productor de un bien o servicio, el ofertante puede cambiar la cantidad que oferta en el mercado, el precio, la calidad, entre otras características de lo que ofrece sin preocuparse de si el consumidor elegirá su producto o servicio pues conocen que lo hará debido a que no tiene otra opción.

En este escenario, al existir solo una empresa en el mercado se generan problemas para el consumidor. Para ejemplificar dicha situación, podemos imaginar una situación donde solo exista un ofertante de audífonos en todo el Perú. Es muy difícil que se encuentre un bien sustituto a este bien debido a que generalmente la gente que compra audífonos lo hace precisamente porque no desea que otras personas escuchen la música o audios que él está escuchando. Entonces, nos encontramos ante un único ofertante que puede poner el precio que desee porque conoce que el consumidor está obligado a comprarle. Sin embargo, él también es consciente de que estableciendo el mismo precio en todas las ciudades del Perú no va a tener la misma respuesta del público. Por esta razón, establece que el precio de los audífonos en Lima es de 100 dólares, mientras que cambia este monto en Madre de Dios, estableciendo el precio a 80 dólares. Esta acción la realiza porque conoce que muchas menos personas comprarán los audífonos a 100 dólares en Madre de Dios, donde el poder de adquisición podría ser menor, lo que lo llevaría a obtener ganancias menores a las que conseguiría si vende el mismo producto a 80 dólares. De esta manera, obtiene la máxima ganancia posible en ambos lugares.

Debido a que en un mercado donde existen bastantes ofertantes y los bienes son similares entre sí, es complicado ser un monopolista, algunas empresas optan por coludirse para obtener beneficios extra competitivos que no podrían obtener si compitieran. Así, si varias

empresas actúan de manera coordinada y uniforme forman una sola voluntad, y si esta unión de empresas tiene una participación considerable en el mercado, actuarían como una gran empresa que puede realizar acciones independientemente de las condiciones del mercado, operando de manera similar a la de un monopolista. De esta manera, este conglomerado de empresas obtiene todos los beneficios que obtendría una empresa monopolista.

Así, bajo esta teoría podríamos explicar por qué se coluden las empresas. Realizan esta acción para evitar competir, realizando juegos cooperativos para buscar el beneficio de todos los miembros del cártel. Tomando esto en cuenta nos pondremos en situaciones hipotéticas que explican estos efectos. En la primera situación se analizará cómo actúan las empresas enfocándose en su mayor beneficio individual, sin tomar en cuenta a terceros y en el segundo cómo actúan para obtener el mayor beneficio posible, tomando en cuenta la posibilidad de cooperar entre ellos y la forma de actuar de sus competidores.

Así, en la primera situación, la gaseosa Coca Cola y Pepsi (asumiéndolos enteramente como bienes sustitutos) podrían competir para que una mayor cantidad de consumidores adquieran sus productos, reduciendo sus precios. Este comportamiento los llevaría a una guerra de precios, reducir sus ganancias y obtener menos dinero por producto vendido pues, si antes vendían una gaseosa de medio litro por S/2.00 Soles, con la competencia agresiva de precios se ha reducido hasta S/1.00 Sol. Sin embargo, en la segunda opción podrían optar por actuar coordinadamente, compartiendo información entre ellos. Así, pactarían elevar conjuntamente los precios a fin de obtener mayor rentabilidad sobre sus productos vendidos y recibir un mayor excedente del consumidor. De esta manera, ahora la Coca Cola y la Pepsi pactarían vender su gaseosa de medio litro a S/3.00 Nuevos Soles.

Así, obtendrían mayores beneficios por actuar coordinadamente, compartiendo información entre ellos en vez de tratar de buscar su propio beneficio individual únicamente.

Un caso que ejemplifica esta situación es la de Archer Daniels Midland y los competidores amistosos. Archer Daniels Midland (ADM) era una de las empresas agrícolas más grandes del mundo. Desde 1966, el presidente de la compañía era Dwayne Andreas, un ejecutivo duro que había empujado la empresa hacia una mayor productividad y una rápida expansión. Andreas nombró a su hijo, Michael D. Andreas como vicepresidente ejecutivo de ventas y marketing. En 1989, Dwayne y Michael Andreas decidieron que ADM debía entrar al negocio de la lisina, aminoácido derivado del maíz usado como aditivo en alimento para animales porque promueve el crecimiento de músculos sin grasa. A fin de poder ingresar a este mercado, contrataron a Mark Whitacre, el cual se convirtió en presidente de la nueva división de lisina.

Para ingresar al mercado, ADM empezó a construir la planta de lisina más grande del mundo en 1989, terminándola en 1991. Dicha planta tenía capacidad para producir 250 millones de lisina al año, monto suficiente para cubrir la mitad de la demanda mundial del producto. Cuando comenzaron a vender, el precio de lisina era de 1.30 por libra; sin embargo, debido a la enorme cantidad de lisina producida por la planta de ADM, los precios comenzaron a bajar con rapidez. ADM creía que, para una empresa nueva, el colocar precios bajos en el mercado era la clave para obtener la preferencia de los consumidores. El resultado de este accionar fue la guerra de precios entre las cinco principales empresas de lisina en el mundo (Ajinomoto, Kyowa, Miwon, Cheil y la propia ADM).

Cuando el precio de la lisina llegó a 0.60 céntimos por libra, producto de la guerra de precios, ADM estaba perdiendo muchos millones de dólares. Por lo tanto, decidieron

cambiar de estrategia. Terry Wilson, presidente de la división de procesamiento de maíz de ADM conversó con Mark Whitacre, sugiriéndole la posibilidad de fijar precios con sus otros cuatro competidores. En junio de 1992, se convocó a una reunión entre las cinco empresas, pero solo asistieron ADM, Ajinomoto y Kyowa. En dicha reunión, Terry Wilson se paró en frente de los directivos de todas las compañías y les preguntó cuántos millones de libras de lisina producía cada uno (realizando un aproximado de la cantidad producida por las empresas que no asistieron). Posteriormente, les pidió que estimaran la cantidad de lisina que se adquiriría en el mundo. Al comparar ambos números, encontraron el problema: producían 25% más de la cantidad demandada. Asimismo, comparó el precio de la lisina cuando ingresó al mercado (1.30) al precio en ese momento (0.60) y lo multiplicó por la cantidad demandada: el resultado fue 200 millones de dólares. Wilson explicó que esta guerra producía beneficios a sus clientes y no a las cinco empresas que ofertaban en este mercado. En dicho discurso pronunció la ahora conocida frase “creemos que el competidor es nuestro amigo y el consumidor es nuestro enemigo”.

Así, las empresas acordaron conversar con sus pares que no habían participado en la reunión para convencerlos de subir el precio a 1.05 por libra y, posteriormente, a 1.20 por libra. Wilson además sugirió que crearan una asociación comercial con una agenda falsa a fin de reunirse y coordinar precios⁷⁰. Podemos apreciar como ADM, a pesar de inicialmente optar por una estrategia competitiva, optó por coludirse cuando consideró que no le sería conveniente seguir vendiendo a precios bajos.

Se ha demostrado, entonces, que el fin máximo de la empresa es el monopolio debido a los grandes beneficios que otorga y la obtención de las máximas ganancias posibles, es

⁷⁰ VELASQUEZ, Manuel. Ética en los negocios: conceptos y casos. Ed Pearson Educación, 2008. Pág 200 y 201.

razonable, como hemos mencionado anteriormente, que los gerentes o directores dirijan todas sus acciones a poder acceder o mantenerse en esta posición monopólica. Las empresas, buscando este objetivo primordial, se puede asumir que no actúan basándose solo en la respuesta natural a un acto, sino con un sistema preparado para contrarrestar el ingreso de nuevos ofertantes en el mercado. Esta situación se agrava cuando nos encontramos frente a un monopolista que puede incurrir en costos enormes con tal de preservar su condición monopolista debido a que, si logra su objetivo de impedir el acceso al mercado a otros agentes, después puede recuperar los costos incurridos subiendo el precio del producto o servicio ofertado.

Asimismo, debemos tomar en cuenta también las razones psicológicas por las cuales las personas naturales que forman parte de los cárteles se coluden. Así, una de las razones es considerar que, si bien los cárteles son ilegales, estos están justificados por la necesidad de la empresa. En una encuesta realizada a empresarios en Estados Unidos, en una de las empresas investigadas por colusión, el gerente explicó lo siguiente:

“Hemos tratado duramente de recalcar que la colusión es ilegal. Señalamos que las prácticas anticompetitivas dañan el estándar ético la compañía, su imagen pública, moral interna y ganancias. Sin embargo, terminamos en problemas continuamente. Cuando tratamos de descubrir porque los empleados se ven involucrados, tienen las agallas de decir que solo estaban buscando los mejores intereses para la compañía. Ellos parecen pensar que el mensaje de la compañía es para todos, menos para ellos”⁷¹

⁷¹ Traducción libre de: “We’ve tried hard to stress that collusion is illegal. We point out that anticompetitive practices hurt the company’s ethical standards, public image, internal morale, and earnings. Yet we wind up in trouble continually. When we try to find out why employees got involved, they have the gall to say that they ‘were only looking out for the best interests of the company.’ They seem to think that the company message is for everyone else but them”.

Otro gerente, directamente involucrado en una colusión, señaló lo siguiente:

“Creo que entendimos que estaba en contra de la ley. El asunto moral no parecía ser tan importante... era un periodo de tratar de obtener estabilidad, el poner un paraguas sobre los pequeños productores. He visto la situación cambiar, por el problema de la sobre capacidad hacia una situación donde la gente consideraba que era una medida de supervivencia...”⁷²

De igual manera, otro ejecutivo consideró que el cártel debía realizarse por el bien de la compañía, por lo que escogió ignorar el hecho que la conducta era ilegal. En este sentido, declaró lo siguiente:

“El estado enfermo que caracteriza esta industria ha, por supuesto, afectado esta compañía también. Nosotros no somos crueles enemigos en la industria, sino personas unidas de manera similar. Siempre he pensado sobre mí mismo como un ciudadano honorable. Nosotros no hacíamos estas cosas por nuestro propio beneficio. Era hecho probablemente por la mejora de la compañía”⁷³

SONNENFELD, Jeffrey and LAWRENCE, Paul. ¿Why do companies succumb to price fixing? En: <https://hbr.org/1978/07/why-do-companies-succumb-to-price-fixing>. Revisado: 04/02/19.

⁷² Traducción libre de: “I think we understood it was against the law. The moral issue didn’t seem to be important at that time...it was a period of trying to obtain stability, to put an umbrella over the smaller manufacturers. I’ve seen the situation change, primarily due to overcapacity, to almost a situation where people thought it was a survival measure...” SONNENFELD, Jeffrey and LAWRENCE, Paul. ¿Why do companies succumb to price fixing? En: <https://hbr.org/1978/07/why-do-companies-succumb-to-price-fixing>. Revisado: 31/07/17.

⁷³ Traducción libre de: “The unhealthy state which characterizes this industry has of course afflicted this company as well. We’re not vicious enemies in this industry, but rather people in similar binds. I’ve always thought of myself as an honorable citizen. We didn’t do these things for our own behalf. It was presumably done for the betterment of the company.” SONNENFELD, Jeffrey and LAWRENCE, Paul. ¿Why do companies succumb to price fixing? En: <https://hbr.org/1978/07/why-do-companies-succumb-to-price-fixing>. Revisado: 31/07/17.

Las personas citadas anteriormente consideran que existe una justificación por la cual incurrieron en prácticas colusorias. Los funcionarios parecen pensar que no lo están haciendo por ellos, sino lo están haciendo por el bien de la empresa. Los gerentes conocen que están realizando una acción ilegal, pero no la consideran errónea, sino necesaria, por lo que la continúan realizando. Este efecto se ve también en los trabajadores de la compañía que, a pesar de no tener un cargo gerencial, tienen que ejecutar los acuerdos de precios entre las compañías colusoras:

“Yo creo que somos particularmente vulnerables cuando tenemos un vendedor con dos hijos, muchas necesidades financieras, y una preocupación por la seguridad de su trabajo. Hay una cierta cantidad de laxitud respecto al nuevo conjunto de normas. Él puede aceptar prácticas cuestionables sintiendo que tal vez no conozca el sistema. No hay procedimientos específicos que deba seguir diferente a lo que los otros vendedores le dicen”⁷⁴

Los trabajadores tienden a seguir las indicaciones de sus jefes sin cuestionarlas por una serie de factores: miedo al despido, consideración de que si lo está haciendo mi jefe debe estar bien, acción institucionalizada en la compañía, entre otros.

En este sentido, podemos diferenciar dos tipos de personas que participan en una colusión de acuerdo con su rol: planificadores y ejecutores. El razonamiento de por qué realizan prácticas anticompetitivas por parte de estos dos tipos de personas podría ser distinto.

⁷⁴ Traducción libre de: “I think we are particularly vulnerable where we have a salesman with two kids, plenty of financial demands, and a concern over the security of his job. There is a certain amount of looseness to a new set of rules. He may accept questionable practices feeling that he may just not know the system. There are no specific procedures for him to follow other than what other salesmen tell him”
SONNENFELD, Jeffrey and LAWRENCE, Paul. ¿Why do companies succumb to price fixing? En: <https://hbr.org/1978/07/why-do-companies-succumb-to-price-fixing>. Revisado: 04/02/19.

En primer lugar, tenemos a los que han organizado el cártel, que usualmente se excusan pensando que su acción era necesaria en tanto la compañía necesitaba que se realizara este acto para poder cumplir con sus objetivos. Pueden estar presionados por objetivos de rentabilidad, ganancias, utilidades, entre otros por los directores o accionistas de la empresa. Así, para recibir bonos o simplemente para mantenerse en el trabajo que les da considerables ganancias, deciden realizar una práctica colusoria con sus competidores.

Diferente es la situación sobre los que se encuentran por debajo del líder o gerente en la organización de la empresa, quienes pueden ejecutar los acuerdos colusorios y monitorear el mercado para revisar que se cumplan los acuerdos o pactos realizados por los gerentes. Muchas veces en la visión que ellos tienen de su actuar, si su gerente les dice que realice una acción, ellos no pueden discutirla, por lo que solo tienen que ejecutarla. Incluso algunos podrían pensar que ellos no serían imputados por el cártel en tanto solo están siguiendo órdenes de sus superiores y no son los creadores de la conducta.

Este tipo de comportamiento se origina en que la gente sigue actuando como sus compañeros lo hacen. Esta manera de comportarse fue explicada por Dan Ariely, el cual encontró que, una vez que las personas ven a otros individuos descargando ilegalmente libros, música y películas, piensan que este comportamiento es socialmente aceptable, por lo que lo realizan también. De manera similar, Triadic Closure encontró que las personas siguen el comportamiento de aquellos en que confían o que se identifican con ellos. Incluso, a veces lo realizan de una manera inconsciente sobre el efecto que tienen sus compañeros sobre ellos⁷⁵. Así, si una persona ingresa a una compañía donde todos conocen y aceptan la existencia de una colusión, va a tener tendencia a seguir actuando como sus demás

⁷⁵ SCOTT, Stephen. Follow the leader. The effects on situational and power control. En: <http://starlingtrust.com/follow-the-leader-the-effects-of-situational-power-and-control/>. Revisado: 04/02/19.

compañeros o jefes y no tendrá problema en formar parte de los actos anticompetitivos pues considera que es comportamiento es aceptable.

Las ideas y los comportamientos se transmiten de persona a persona, sin guardar mucha diferencia de la propagación de las enfermedades. De hecho, en recientes estudios se ha encontrado que incluso comportamiento negativo leve, como la grosería, se transmite como contagio en una organización, incluso a veces llevando a desencadenar en peores comportamientos. Así, se ha encontrado que la transmisión del mal comportamiento puede compararse a la transmisión de las enfermedades de persona a persona. Si vacunas a 96% de las personas contra alguna enfermedad, el efecto es tan bueno como vacunar al 100% de personas, pues no hay suficientes personas para transmitir la enfermedad a los 4% que permanecen vulnerables. Sin embargo, si vacunamos al 30% de personas, es como si no vacunáramos a nadie, la enfermedad puede transmitirse indiscriminadamente entre el 70% restante. El buen o mal comportamiento funciona de manera similar. Pero hay un elemento importante, cuando se vacuna a una minoría de la población, como un 30%, lo importante es cuán conectados están ellos. Si un grupo pequeño de personas que ejercen mucha influencia en un gran grupo de personas, al “vacunarlas” se tiene el efecto de si hubieras vacunado al 100% de la población. Una minoría de personas de confianza tiene un efecto incremental en el grupo. Por ejemplo, si 30% de los aeropuertos de Estados Unidos cierra de un momento para otro, se podrían hacer otras rutas de manera que los viajes continúen con pequeños retrasos. Sin embargo, si ese 30% son el eje del sistema (LAX, JFK, DFW, Ohare, Miami), todo el tráfico aéreo se detiene⁷⁶.

⁷⁶ SCOTT, Stephen. Follow the leader. The effects on situational and power control. En: <http://starlingtrust.com/follow-the-leader-the-effects-of-situational-power-and-control/>. Revisado: 04/02/19.

Lo explicado previamente es importante para demostrar que, si gente con gran influencia en una empresa realiza o participa en prácticas anticompetitivas sin mayor problema alguno, los demás trabajadores se verán influenciados por estos actos y también participarán de la ejecución de estos acuerdos colusorios. Por lo tanto, si los gerentes y directores de una compañía avalan el realizar acuerdos con competidores, es altamente probable que los demás trabajadores sigan este comportamiento ilegal debido al grado de influencia que cumplen estas personas. Así, podemos apreciar cómo actuar anticompetitivamente puede institucionalizarse dentro de una empresa, afectando desde los gerentes hasta los trabajadores de menor rango.

Por lo tanto, mediante el análisis realizado en esta sección hemos determinado que los cárteles son rentables para las empresas, debido a que obtienen beneficios anticompetitivos, similares a los de un monopolio, por lo que es razonable que se coludan. Asimismo, desde el aspecto psicológico, los trabajadores de las empresas optan por coludirse porque consideran que es lo necesario a realizar por la empresa y en muchas oportunidades, influenciados por el actuar de sus compañeros o jefes.

I.2.3. ¿Por qué son dañinos los carteles?

Los cárteles dañan a los consumidores y tienen efectos perjudiciales sobre la eficiencia económica. Un cártel exitoso sube los precios encima de un nivel competitivo y reduce la producción. Ante esta situación, el consumidor puede elegir entre no pagar el precio más alto de uno o más productos que han sido colocados en el mercado, de esta manera, renunciando al producto; o, puede pagar el precio producto del cártel y, de ese modo, transferir su riqueza a las empresas colusoras. Por lo tanto, el consumidor es afectado en cualquiera de las dos formas, porque o deja de consumir un producto el cual podría haber

adquirido si hubiese mantenido en un precio competitivo, o estaría pagando más por un producto necesario para él, recursos que podría haber destinado para adquirir otros bienes.

Además, un cártel protege a sus miembros de la exposición a las fuerzas del mercado, reduciendo las presiones sobre ellos de controlar los costos en que incurren e innovar. Todos estos elementos causan efectos adversos en la eficiencia en una economía de mercado⁷⁷. Por esta razón, no solo se afecta a los consumidores en cuestión de precios, sino que el cártel quita los incentivos para que las empresas desarrollen mejores tecnologías y ofrezcan productos innovadores, productos de la investigación de las preferencias del consumidor.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE, los cárteles desnudos son la violación más seria al derecho de la competencia. Estos dañan a los consumidores al elevar los precios y restringir la oferta, haciendo que los bienes y servicios sean completamente inaccesibles para algunos compradores e innecesariamente caros para otros. Las categorías de conducta usualmente definidas como cárteles desnudos son la fijación de precios, las restricciones de la oferta, la repartición de mercado y las licitaciones colusorias⁷⁸.

En el trabajo realizado por John M Connor. "Price Fixing Overcharges" se determinó que en 381 decisiones judiciales respecto a mercados donde se habrían producido cárteles

⁷⁷ OECD.Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. (2002). Pág 71

⁷⁸ OECD.Cartels and anticompetitive agreements.En: <http://www.oecd.org/competition/cartels/>. Revisado: 02/04/19.

alrededor del mundo, dichos cárteles cobran 23% más que los precios en estado competitivo⁷⁹.

De igual manera, en el artículo Estadísticas sobre Cárteles Privados Internacionales de Connor y Helmers se concluyó que, desde 1990 hasta el 2005, los montos extras cobrados al consumidor sobre los productos de los cárteles internacionales han sumado el monto de 500 billones de dólares⁸⁰. Asimismo, en los estudios realizados por Connor y Bolotova en el 2004 y 2005 se calculó un promedio de alza en el precio de un 28% en un análisis estadístico de más de 600 cárteles estudiados⁸¹.

Asimismo, el Comité de Derecho y Políticas de Competencia ha reportado que respecto a los últimos 10 cárteles analizados por dicha entidad costaron a los individuos y a las empresas millones de dólares anualmente, afectaron el comercio de Estados Unidos en más 10 billones de dólares, con sobrecargos por un billón de dólares y causaron pérdidas económicas por el monto de 1 billón de dólares⁸².

Los cárteles, como anteriormente hemos explicado, obtienen el excedente del consumidor, causando ineficiencias asignativas y distributivas en el mercado. Asimismo, a través de los datos expresados anteriormente podemos apreciar como la diferencia de los precios del cártel sobre los precios competitivos pueden costar billones de dólares al consumidor. Esto

⁷⁹ CONNOR, John M. Price Fixing Overcharges. 2010. Pag 28. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1610262. Revisado: 02/04/19.

⁸⁰ CONNOR, John y Gustav HELMERS. Statistics on Modern Private International Cartels. Working Papers, Purdue University, College of Agriculture, Department of Agricultural Economics. (2006) Pág 1.

⁸¹ MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. University of California – Berkeley. 2007. Pág 4. En: http://eml.berkeley.edu/~webfac/gilbert/e221_f07/miller.pdf. Revisado: 02/04/19.

⁸² OECD. Reports: Hard Core Cartels 2000. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>. Revisado: 04/02/19.

no solo causa que posean menos dinero para poder consumir otros productos, sino que incluso existen consumidores que dejarían de comprar el producto debido al alto precio al cual se oferta, el cual hubieran adquirido si hubiera sido vendido a un precio competitivo. Por estas razones, en la materia de libre competencia, son las conductas más perjudiciales para los consumidores.

I.2.4. Experiencia de cárteles en el Perú

Si bien con el Decreto Legislativo 701, se creó la Comisión Multisectorial de Libre Competencia, solo desde que Indecopi inició funciones en 1993, es que dicha Comisión pudo empezar a sancionar prácticas anticompetitivas, incluyendo las prácticas colusorias horizontales en el Perú. Sin embargo, debido a que el Indecopi se encontraba en una etapa inicial, las resoluciones emitidas durante esa época no tenían demasiado desarrollo analítico, lo cual fue cambiando con el paso del tiempo.

En los últimos años, y tomando en cuenta la especial gravedad de estas prácticas, se ha tratado de reforzar las herramientas para detectar y sancionar estas conductas. Así, podemos determinar, a través de un cuadro comparativo, la cantidad de casos donde la Comisión inició un procedimiento administrativo o sancionó a empresas, personas naturales o asociaciones por la comisión de prácticas colusorias horizontales:

Año	N° de acuerdos horizontales iniciados	N° de acuerdos horizontales sancionados	N° de recomendaciones iniciadas	N° de recomendaciones sancionadas
1999	0	1	0	1
2000	1	4	0	0
2001	6	0	0	0
2002	3	3	0	0
2003	4	2	0	0
2004	2	3	0	0
2005	0	2	0	1
2006	2	1	0	0
2007	0	1	0	0
2008	1	1	1	0
2009	4	1	3	2
2010	2	3	1	1
2011	1	2	2	0
2012	3	0	1	1
2013	3	1	2	1
2014	3	4	2	3
2015	4	2	1	2
2016	3	2	0	1
2017	2	5	0	0
Total	44	38	13	13

Elaboración Propia

Hemos podido apreciar a través de este cuadro la cantidad de procedimientos iniciados por acuerdos horizontales desde 1999, el cual es alrededor de 2,3 casos por año. Dicho número es bajo considerando que los casos iniciados no reflejan necesariamente que se haya cometido una práctica anticompetitiva, sino la existencia de indicios de presuntas prácticas. Sobre los casos donde se determinó que sí existía un acuerdo horizontal encontramos que la tasa de casos resueltos es 2 por año. Por otro lado, respecto a las recomendaciones anticompetitivas el promedio de casos iniciados por estas conductas es 0,7 al año. Sobre a los casos resueltos por recomendaciones anticompetitivas, el número es el mismo: 0,7 al año.

Por lo tanto, realizando un cálculo aproximado, en los últimos años de historia del Indecopi no se habrían sancionado a más de 70 cárteles. Si bien no es posible determinar la cantidad de cárteles no detectados por la agencia de competencia, en economías similares a la peruana se han detectado muchos más cárteles en el Perú, lo cual nos haría suponer que los limitados casos que hemos tenido en el Perú no se deben a la poca ocurrencia de dichas prácticas, sino a la dificultad que habría tenido la agencia de competencia peruana para develarlos.

Para efectos de este trabajo y analizar la necesidad del Programa de Clemencia en los cárteles, es importante analizar a los casos más emblemáticos respecto a cárteles en el Indecopi, con énfasis en descubrir cómo se dio la formación de la conducta y la detección por parte de la agencia de competencia.

CASO AVÍCOLAS

En el presente caso se sancionó a la Asociación Peruana de Avicultura y empresas avícolas por haber concertado los precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción del pollo en el periodo comprendido entre mayo de 1995 y julio de 1996.

Una de las evidencias que se obtuvieron de la comisión de la conducta fueron las actas de las sesiones del Comité de Productores de Pollo. En dichas actas se evidenció cómo se formó una Comisión de Trabajo de Estadísticas que contenían información y datos que podían ser utilizados para tomar acuerdos referidos respecto a qué cantidad convenía producir, los niveles de precios, entre otras condiciones que podrían contribuir a mejorar la situación de las empresas avícolas. Asimismo, buscaron soluciones para la pérdida de dinero que se enfrentarían por la sobreproducción de pollo, entre las cuales encontraron que se debían congelar pollos, eliminación de reproductoras y mantener un peso promedio de los pollos. Finalmente, en el acta del 3 de mayo de 1995 se evidenciaba el acuerdo de todas las empresas que formaban el Comité de controlar el peso del pollo pues incidía en el precio, a lo cual solo uno de los productores dejó constancia de su inconformidad con el acuerdo. Las prácticas acordadas fueron implementadas por las empresas participantes del Comité casi en su totalidad. Estas actas fueron obtenidas mediante la realización de visitas de inspección realizadas a los agentes imputados.

CASO PROQUINSA

En este procedimiento, se sancionó a la empresa Proquinsa y a Silicatos en tanto concertaron precios y se repartieron el mercado respecto a la venta de silicato de sodio durante el periodo comprendido entre agosto de 1993 y octubre de 1994.

La conducta fue detectada por la Secretaría Técnica por las comunicaciones enviadas en febrero y agosto de 1994 entre ambas empresas donde se evidenciaba la remisión de información comercial entre ellas y los acuerdos tomados⁸³.

CASO PETRÓLEOS DEL PERÚ

En este caso, se sancionó a las empresas Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. por concertación de precios en los procesos de adquisición de cilindros de acero de 55 galones para envasar aceites lubricantes. La conducta fue investigada por la Secretaría Técnica gracias a la denuncia presentada por Petróleos del Perú S.A., la cual es una empresa que se dedica a la explotación, producción y comercialización de hidrocarburos, para lo cual requiere el suministro de cilindros de acero de 55 galones.

En 1987, la empresa Rheem era la única que proveía de los cilindros de acero a Petroperú; sin embargo, a partir de 1992 Envases Metálicos empezó a producir y comercializar este producto. En los tres años siguientes, se produjo una guerra de precios entre ambas compañías, que redujo el precio de los cilindros de \$28 a \$17.

En octubre de 1995, Petroperú solicitó cotizaciones a las empresas denunciadas para adquirir 10 000 cilindros, frente a lo cual cada una solo ofertó 5 000 cilindros a un precio de casi \$24 dólares, a diferencia del promedio de \$17 dólares a lo cual habían ofertado en otras licitaciones. De esta manera, Petroperú pudo notar que al mismo tiempo hubo un cambio en los precios y las cantidades ofertadas por ambas empresas, situación que solo podría haberse explicado por un acuerdo o conversaciones entre ellas. Así, en esta

⁸³ Al respecto, ver Resolución 020-97-INDECOPI/CLC.

situación la Secretaría Técnica detectó la existencia de la práctica debido a una denuncia presentada por el ente del Estado que realizaba la licitación.

CASO SOAT

En este caso se sancionó a diversas empresas de seguros por haber concertado el precio de las primas de las pólizas correspondientes al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT durante el periodo comprendido entre diciembre de 2001 y febrero de 2002.

En el marco de la APESEG, asociación civil que agrupaba a las empresas aseguradoras del país, se realizaban reuniones a finales de 2001 y comienzos de 2002 por parte del Comité de Automóviles respecto a la solicitud de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, la SBS) sobre las tarifas, planes, condiciones de sus seguros para vehículos de transporte público, taxis, particulares, entre otros. Esta solicitud de la SBS se da en el marco de que, a partir del 1 de enero 2002, el SOAT iba a ser exigible para los vehículos destinados al transporte público y a partir del 1 de febrero de 2002 para los taxis y vehículos de transporte particular y escolar, dichas fechas fueron prorrogadas hasta febrero y marzo, respectivamente. Mediante las Actas del Comité de Automóviles se evidenció que las empresas aseguradoras contrataron al señor Amadeo Vallejo para la elaboración de las notas técnicas que consisten en calcular los costos de vender el servicio de seguro.

Las notificaciones enviadas a la SBS con los precios de las pólizas de seguro eran todas iguales para todas las empresas, excepto Interseguro. Asimismo, en una de las sesiones del Comité de Automóviles se determinó reducir el precio de \$60 dólares a \$55 dólares, frente a la solicitud de asesores del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de reducir

el precio de una de las pólizas de seguro. Estas pruebas permitieron determinar a la Comisión y la Sala la existencia de un acuerdo entre las aseguradoras para fijar las tarifas que cobrarían por el SOAT.

De acuerdo al Informe 008-2002-INDECOPI/CLC, se detectó la existencia de indicios sobre esta práctica debido al paralelismo que se evidenció en las tarifas de las empresas, lo que produjo que la Secretaría Técnica requiriera información a las empresas, frente a lo cual estas remitieron las copias de las notas técnicas elaboradas que enviaron a la SBS. De esta manera, la práctica analizada en este caso se detectó mediante el análisis del mercado y requerimientos de información por parte de la Secretaría Técnica⁸⁴.

CASO OXÍGENO

En el presente caso, se sancionó a Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. por haber incurrido en una conducta colusoria consistente en reparto del mercado referentes a los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud-EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a nivel nacional durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

Se acreditó la existencia de la conducta debido a que Praxair solo obtuvo las licitaciones ofertadas en la zona sur y Lima, Aga en la zona norte y Messer en la zona centro. Estas empresas ejecutaron la práctica postulando a las licitaciones, pero intentando descalificarse a propósito con una oferta muy alta en los lugares donde no les tocaba ganar la buena pro.

⁸⁴ Al respecto, ver Informe 008-2002-INDECOPI/CLC.

Se detectó la conducta debido a que EsSalud notó la existencia de coincidencias en las propuestas económicas presentadas por Praxair, Aga y Messer en las licitaciones públicas de 1999, 2000 y 2001 que indicarían un reparto de mercado. Asimismo, la Secretaría Técnica requirió información a las empresas investigadas, EsSalud y al Ministerio de Salud relacionada con los procesos de selección llevados a cabo para la adquisición de oxígeno medicinal. Finalmente, la Secretaría Técnica, a fin de obtener mayor evidencia, realizó visitas de inspección a las empresas mencionadas anteriormente⁸⁵. Por lo tanto, en este caso, la conducta fue detectada gracias a la denuncia presentada por Essalud y a las visitas de inspección realizadas por la Secretaría Técnica.

CASO SEGUROS VEHICULARES

La Sala ha confirmado la Resolución de la Comisión que sancionó a empresas aseguradoras y a APESEG por la realización de una práctica concertada consistente en la fijación de primas mínimas y deducibles mínimos correspondientes a los segmentos seguro básico y completo de vehículos particulares.

Se determinó que las reuniones que tenían las aseguradoras en agosto, septiembre y octubre de 2000 en la APESEG habían correspondido a la implementación de acuerdos colusorios como la fijación de primas mínimas y deducibles mínimos en el mercado de seguros de vehículos.

⁸⁵ Al respecto, ver Informe 051-2010/CLC-INDECOPI.

La conducta se detectó por el paralelismo de precios que tenían las empresas aseguradoras, frente a lo cual la Secretaría Técnica realizó múltiples requerimientos de información y entrevistas a los principales involucrados⁸⁶.

CASO INGENIEROS

En el 2014, la Comisión sancionó al Colegio de Ingenieros del Perú (CIP) y a la Asociación Peruana de Consultoría (APC) con una multa de 1 000 unidades impositivas tributarias (UIT), equivalente a US\$ 1 279 070, por realizar recomendaciones anticompetitivas, que afectaron los costos de las obras ejecutadas por Provías Nacional en las principales carreteras del país.

La Comisión determinó que tanto el CIP como la APC recomendaron a las consultoras de ingeniería que exijan a Provías Nacional (la unidad del Ministerio de Transportes y Comunicaciones encargada de las carreteras de interés nacional) el incremento de las tarifas del personal y gastos generales, en la contratación de sus servicios para la elaboración de estudios definitivos y supervisión de obras. Los estudios definitivos son aquellos que establecen las características del proyecto vial a trabajar, sea este de construcción, mejoramiento o rehabilitación de las vías. La supervisión de obras es la vigilancia de la realización de una obra en los términos contratados, para garantizar el éxito del proyecto. Las tarifas del personal (remuneraciones de los ingenieros) y los gastos generales (costos indirectos de los servicios de consultoría en ingeniería) son dos componentes que, en conjunto, representaban el 50% de los valores referenciales de la contratación de servicios de ingeniería.

⁸⁶ Al respecto, ver Resolución 036-2004-INDECOP/CLC.

La Comisión impuso, además de la sanción monetaria, medidas correctivas para que el CIP y la APC se abstengan de difundir los documentos que establecen las recomendaciones anticompetitivas sancionadas. Asimismo, dispuso eliminar disposiciones del Código Deontológico del CIP y de su Estatuto que pueden distorsionar la libre determinación de los precios por parte de las consultoras y profesionales en ingeniería. El presente caso es un ejemplo de la aplicación de la Ley de Competencia sobre acciones implementadas por gremios o asociaciones que, por su importancia en los mercados, pueden distorsionar la competencia entre sus miembros⁸⁷.

Esta conducta fue detectada gracias a la denuncia presentada por Provías que informó a la Secretaría Técnica que el CIP había solicitado al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a Provías Nacional que revisaran los valores referenciales correspondientes a Tarifas de Personal y Gastos Generales de sus procesos de selección y los adecuaran a los establecidos por el CIP. Asimismo, se realizaron entrevistas a funcionarios del CIP y APC⁸⁸.

CASO HEMODIÁLISIS

La Comisión sancionó a 34 empresas dedicadas a la prestación del servicio de hemodiálisis por la realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios en el marco de 5 procesos de selección llevados a cabo por EsSalud entre los años 2010 y 2012. Dichos procesos fueron realizados en el contexto del Concurso Público 1-2010-

⁸⁷ INDECOPI. Boletín de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. En: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/197143/Boletin_2014-1.pdf/876b37c5-0b87-4312-8f0d-caefd7000be9. Revisado:04/02/19.

⁸⁸ Al respecto, ver Resolución 015-2011/ST-CLC-INDECOPI.

ESSALUD/CNSR y la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria.

La existencia de irregularidades en los procesos de contratación fue detectada por EsSalud, por lo que presentó su denuncia a la Secretaría Técnica, la cual realizó visitas de inspección a las empresas prestadoras del servicio de hemodiálisis⁸⁹, con lo cual obtuvieron correos que permitieron demostrar la existencia de la conducta.

CASO FARMACIAS

En 2016, la Comisión sancionó a cinco cadenas de farmacias, Arcángel, Fasa, Inkafarma, Mifarma y Felicidad por concertar precios de medicamentos y complementos nutricionales desde enero de 2008 hasta marzo de 2009. El alza coordinada de precios se produjo en 36 productos y, si bien las farmacias no se comunicaron entre ellas para realizar las coordinaciones referidas al alza, utilizaron a laboratorios para poder comunicarse, monitorear el acuerdo y realizar el acuerdo anticompetitivo. Las multas impuestas en conjunta sumaron un monto cercano a los 9 millones de soles.

Dicho cártel fue identificado a través de un monitoreo de precios y las visitas de inspección realizadas en las instalaciones de las cadenas de farmacias y sus proveedores. A través de estas comunicaciones se pudo evidenciar la existencia de comunicaciones que prueban las coordinaciones entre los laboratorios y las cadenas de farmacias para aumentar el precio de 36 productos⁹⁰. En este caso se impuso el primer programa de cumplimiento a empresas

⁸⁹ Al respecto, ver Resolución 015-2014/ST-CLC-INDECOPI

⁹⁰ INDECOPI. El Indecopi multa a 5 cadenas de farmacias, en primera instancia, por concertar precios de medicamentos y les ordena cumplir un programa de prevención. En: https://www.indecopi.gob.pe/en/inicio/-/asset_publisher/ZxXrtRdgbv1r/content/el-indecopi-multa-a-5-cadenas-de-farmacias-en-primera-instancia-por-

a fin de que mejoraran sus procedimientos de detección y reporte de conductas anticompetitivas.

CASO PAPEL HIGIÉNICO

En diciembre de 2015, la Secretaría Técnica inició un procedimiento administrativo sancionador contra Kimberly Clark y Protisa y diecisiete personas naturales por haber participado en un acuerdo anticompetitivo de precios y condiciones comerciales en el mercado de papel higiénico y otros productos de papel tissue durante el año 2005 hasta el año 2014.

La Comisión sancionó dicha conducta en marzo de 2017 e impuso un programa de cumplimiento a las empresas que les ordenaba la contratación de un oficial de cumplimiento, la identificación de riesgos respecto a la probabilidad de violación a las normas de libre competencia y la realización de capacitaciones.

Dicho caso ha sido la primera evidencia de la efectividad del Programa de Clemencia, en tanto una de las empresas hizo pública su colaboración con Indecopi al haberse acogido al Programa. Explicaremos con mayor amplitud dicho caso posteriormente.

Como podemos observar, si bien inicialmente, en las actividades iniciales del Indecopi, los casos podían detectados a través de actas suscritas por las empresas que realizaron una colusión o a través de la declaración de unos de los directores o gerentes de una empresa

colusora que, sin saber de su ilegalidad, indica que la decisión de subir los precios ha sido coordinada.

En este sentido, podemos apreciar que, en los últimos años, existe una mayor conciencia respecto a la ilegalidad de los cárteles por parte de los gerentes, directores y personal dedicado al aspecto comercial de la empresa. Así, es improbable que se encuentre actualmente actas que refieran a un cártel o una declaración reconociendo haber incurrido en esta conducta. Así, ante el conocimiento de ilegalidad de los cárteles, muchos trabajadores optan por ser más cuidadosos respecto a la posibilidad de ser detectados. En este sentido, recientemente los agentes económicos son más cautos con la forma de realizar y coordinar un cártel, utilizando correos electrónicos, celulares, whatsapp, entre otros.

De esta manera, se trata de dejar la menor evidencia posible de la existencia de acuerdos para evitar que pueda ser fácilmente detectable por la agencia de competencia. Por estos motivos es que casos iniciados recientemente por la Secretaría Técnica, como los de Gas licuado de petróleo o gas natural vehicular se dieron a través de monitoreo del mercado y visitas de inspección que presentaron indicios razonables de la existencia de una colusión entre las empresas. Asimismo, podemos notar que la comunicación puede darse a través de intermediarios que se encuentran en otra escala de la cadena productiva, para evitar dejar evidencia del acuerdo mediante correo a competidor. En este sentido, a medida que pase el tiempo, las empresas se tornarán más creativas en tratar de ocultar la evidencia existente por lo que las herramientas que posea la Secretaría Técnica y la Comisión para detectar dichas prácticas son fundamentales.

I.3. Enforcement en la Libre Competencia

I.3.1. ¿Qué es enforcement?

El término enforcement no tiene una traducción exacta al idioma español, aunque algunas acepciones cercanas son ejecución, aplicación e imposición⁹¹. El profesor Alejandro Falla, en el artículo “¿Zanahoria o garrote: de qué depende?: De los estilos de enforcement de la regulación”, indica que enforcement es un término anglosajón referido a la actividad que debe realizar alguien para hacer cumplir o aplicar las normas. Comprende todas las acciones necesarias para cumplir con ese objetivo⁹².

De similar manera, la Comisión de Estadística de Justicia del Departamento de Justicia estadounidense indica que el enforcement es el término que describe a las personas y agencias responsables por el cumplimiento de la ley y el mantenimiento del orden y seguridad pública. El enforcement de la ley incluye la prevención, detección e investigación del crimen y la aprehensión y captura de aquellos sospechosos de haber violado una norma⁹³. Esta definición estaría más orientada a las personas encargadas del cumplimiento de la regulación existente.

El enforcement es importante pues permite a las agencias de competencia realizar determinadas actividades para que se cumplan las normas. Así, el diseño de políticas

⁹¹ WORD REFERENCE. Disponible en: <http://www.wordreference.com/es/translation.asp?tranword=enforcement>. Revisado: 04/02/19.

⁹² FALLA, Alejandro. ¿Zanahoria o garrote: de qué depende?: De los estilos de enforcement de la regulación. En: “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General,” libro tributo a José Alberto Bustamante Belaunde, Apuntes de Derecho y Economía, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009. Pág 488.

⁹³ BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. <http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=tp&tid=7>. Revisado: 04/02/19.

públicas debe estar orientado a que se protejan los bienes jurídicos que son objetivos de la respectiva legislación. Los hacedores de políticas públicas deben tener en cuenta al momento de diseñar una determinada legislación los siguientes factores: (i) el diseño de las reglas bajo las cuales se tratará de desincentivar cierto tipo de conductas; (ii) qué aparato burocrático se encargará de ejecutar las reglas; y, (iii) el diseño de reglas para cumplir la normativa⁹⁴.

Existen distintos tipos de enforcement que los organismos reguladores y las agencias de competencia utilizan para hacer cumplir las normas. Una entidad puede ser más formalista o apegada a la letra de la ley al momento de supervisar las infracciones a la regulación, mientras que otra puede ser más flexible; una puede tener una orientación y vocación sancionadora de cualquier infracción que detecte, mientras que otra puede preferir tener un acercamiento informal a la infracción y al infractor recurriendo al uso de consejos, advertencias y hasta la negociación⁹⁵.

Si bien es improbable encontrar un regulador o agencia de competencia que aplique un sistema puro de enforcement, podríamos identificar dos extremos opuestos: el estilo conciliador y el estilo orientado a la sanción. El primero está orientado a asegurar el cumplimiento de la regulación a través de la adopción de medidas para prevenir infracciones sin recurrir formalmente a un proceso o a la aplicación de sanciones a los infractores, el último busca la adecuación de la conducta de los agentes a la regulación mediante la detección de infracciones, y la identificación y sanción de infractores.

⁹⁴ HIGA, César y Francisco SIGUEÑAS. Incentivos para el cumplimiento de la Ley De Represión De Conductas Anticompetitivas. Compromiso de cese, exoneración de responsabilidad y sanción en los procedimientos por infracción a las normas de libre competencia. En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Año 8, número 14, 2012. Pág 6

⁹⁵ FALLA, Alejandro. ¿Zanahoria o garrote: de qué depende?: De los estilos de enforcement de la regulación. En: "Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General," libro tributo a José Alberto Bustamante Belaunde, Apuntes de Derecho y Economía, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009. Pág 490

Existen algunas características que pueden llevar a que una agencia de competencia sea más proclive a utilizar un tipo de enforcement. Entre ellas se encuentran el diseño institucional, los recursos de las entidades, conducta expuesta al control, perfil del regulado, perfil de las víctimas, ambiente regulatorio, poder del regulado, ambiente político, los fiscalizadores, el líder del encargado de investigar las prácticas sancionadas, entre otras. Sin embargo, de acuerdo con Falla, si bien el estilo de enforcement de un regulador es producto de diversos factores independientes, ninguna variable por sí sola es suficiente para explicar las razones que han conducido a un regulador a elegir determinado estilo de enforcement⁹⁶.

En este sentido, si bien la existencia de múltiples empresas infractoras de las normas de competencia, la poca reincidencia en las infracciones, entre otros factores, podrían determinar que la agencia de competencia tenga una orientación más sancionadora que conciliadora, no siempre estos factores han sido determinantes en el tipo de enforcement utilizado. Por ejemplo, en 1993 y 1994, la Comisión Nacional de Supervisión de la Publicidad⁹⁷ utilizó un estilo sancionador; sin embargo, en los años siguientes, los procedimientos sancionadores iniciados redujeron, tomando una actitud preventiva, donde se les informaba a los posibles infractores a través de cartas las posibles faltas cometidas⁹⁸. Por lo tanto, una misma entidad podría tener distintos tipos de enforcement en diferentes periodos de su actuación por más que se dedique a supervisar las mismas infracciones.

⁹⁶ Ibidem. pág 523

⁹⁷ Ahora, Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

⁹⁸ FALLA, Alejandro. ¿Zanahora o garrote: de qué depende?: De los estilos de enforcement de la regulación. En: "Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General," libro tributo a José Alberto Bustamante Belaunde, Apuntes de Derecho y Economía, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009. Pág 511

Teniendo en cuenta que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (antes, Comisión Nacional de Supervisión de la Publicidad), encargada de supervisar la publicidad emitida por empresas con incidencia en el Perú, tiene características similares a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a estructura, organismo del cual forma parte y número de empresas que fiscalizan, no debería sorprendernos que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia pueda tomar distintos tipos de enforcement en diversos periodos, no debiendo darse por cierto que siempre tenga un carácter confrontacional y sancionador.

Incluso, muchas veces el rol del líder⁹⁹ ejerce una influencia considerable en el actuar del organismo regulador. Así, el Indecopi, desde su fundación en 1992, se caracterizaba por un estilo reactivo y orientado al tratamiento de las infracciones a la regulación por intermedio de procedimientos sancionadores. En cambio, en 1995, debido al ingreso de Beatriz Boza a finales de 1994, su estilo fue orientado hacia la persuasión y puesto en práctica a través de elementos de evaluación, soluciones informales de reclamos y quejas, la eliminación de participación de abogados en bastantes procedimientos del Indecopi, entre otros¹⁰⁰.

Por lo tanto, podemos ver como elementos como la persona a cargo de la institución puede ser determinante en el papel que va a tomar la agencia de competencia y el tipo de enforcement que aplicará para el cumplimiento de las normas.

En este sentido, el estilo de enforcement utilizado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia podrá depender de la coyuntura política, las personas que hayan participado

⁹⁹ Ibidem. 519.

¹⁰⁰ Ibidem.pág 521 y 520

en la gestión del Indecopi, los actores regulados, entre otros. Sin embargo, el estilo de enforcement no estaría obligado a siempre ser confrontacional de una manera que solo busque sancionar a las empresas que han cometido una práctica anticompetitiva, sino utilizar mecanismos que permitan al infractor adecuarse a la norma. Si bien el Programa de Clemencia que desarrollaremos a continuación no tiene características puras de un estilo de enforcement, se enfoca más a la adecuación a la norma y conciliación pues se exonera de sanción a un agente económico con la condición de entregar toda la información posible respecto al cártel en el que se ha visto involucrado. Esta característica del Programa de Clemencia es importante en un país como el Perú, donde no todas las empresas que actúan en el mercado conocen de la ilegalidad de los cárteles.

Por lo tanto, si bien el Indecopi y en especial la Comisión de Defensa de la Libre Competencia tienen la función de sancionar los cárteles, no olvidemos que lo primordial es el desincentivo de las conductas, lo cual, si bien puede intentar lograrse a través de multas fuertes, existen otros mecanismos disponibles conciliadores, como lo es el Programa de Clemencia.

Además, es importante también resaltar que existe un problema con el enforcement público. Debido a que los recursos del Estado son trascendentales en tanto se utilizan para prestar servicios a los ciudadanos, estos no pueden ser desperdiciados. Por eso, tiene que maximizarse el bienestar social. Así, deben analizarse los beneficios que los individuos obtienen al realizar una conducta, menos los costos en los que incurren para evitar causar daño, los daños que sí causan, el costo de atrapar a los infractores, el costo de imponerles sanciones, entre otros¹⁰¹.

¹⁰¹ POLINSKY, Mitchell y Steven SHAVELL. The Theory of Public Enforcement of Law. En: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/07-Polinsky-Shavell-Public%20Enforcement%20of%20Law-Hdbk%20LE.pdf>. Pág 406. Revisado: 04/02/19.

Por eso, al implementar herramientas de enforcement para mejorar el sistema de libre competencia en el Perú, tiene que realizarse a través de mecanismos efectivos, que logren los objetivos de desincentivar, detectar y sancionar las prácticas anticompetitivas con la menor cantidad posible de recursos gastados por el Estado. Así, tienen que promoverse entonces aquellas herramientas que puedan tener mayor éxito en el Perú, implementándolas en un marco normativo que les dé efectividad.

I.3.2. Herramientas de enforcement en libre competencia

Siento que anteriormente hemos explicado la definición de enforcement, sus distintos tipos, ahora explicaremos las herramientas de enforcement en materia de libre competencia y la utilización de ellas por parte de la Comisión y su Secretaría Técnica.

El sistema de defensa de la competencia busca evitar que se cometan conductas anticompetitivas antes que sancionar aquellas que se realizan, motivo por el cual la sanción debe servir como un instrumento que prevenga la realización de futuras conductas anticompetitivas, sea por el mismo agente o por otros que vean en la sanción impuesta una acción ejemplificadora frente a este tipo de situaciones¹⁰². Así como las sanciones, las herramientas de enforcement que se implementen deben estar orientadas en primer lugar a erradicar las prácticas ilegales, en segundo lugar, a detectarlas, en un tercer lugar a sancionarlas y finalmente, en resarcir los daños ocasionados por los cárteles.

¹⁰² HIGA, César y Francisco SIGUEÑAS. Incentivos para el cumplimiento de la Ley De Represión De Conductas Anticompetitivas. Compromiso de cese, exoneración de responsabilidad y sanción en los procedimientos por infracción a las normas de libre competencia. En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Año 8, número 14, 2012. Pág 20

El objetivo de la Comisión y su Secretaría Técnica es utilizar las herramientas a su disposición de acuerdo con la legislación peruana para evitar, detectar y sancionar las prácticas que puedan afectar a la libre competencia. En este punto, los principales mecanismos utilizados han sido las visitas de inspección, el compromiso de cese, la exoneración de sanción, las multas, entre otros.

I.3.2.1 Las visitas de inspección

Las visitas de inspección (*dawnraids*) son inspecciones sin previo aviso¹⁰³ en el domicilio de las empresas o personas naturales sospechosas de cometer una infracción a las normas de competencia.

El Decreto Legislativo 807, publicado en abril de 1996, dispuso como una de las facultades de las comisiones del Indecopi el realizar visitas de inspección en los locales de las personas naturales y jurídicas, pudiendo examinar libros, registros u otros bienes y tomando la declaración de personas que se encuentren en el lugar¹⁰⁴.

¹⁰³ ASHURST. Dawn raids: dealing with inspections by competition authorities. En: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiRkr3trtDLAhXH4iYKHQpZC0EQFggbMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.ashurst.com%2Fdoc.aspx%3Fid_Resource%3D8438&usq=AFQjCNFapnoZ_xR597afYRfYI3potNKPvQ. Revisado: 04/02/19.

¹⁰⁴ **Decreto Legislativo 807, Ley Sobre Facultades, Normas y Organización Del Indecopi**
Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:
(...)
c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas.

En el Decreto Legislativo 1034 se mantuvo en gran parte lo ya contemplado por la norma anterior, agregándose que las visitas de inspección también podrían realizarse en los domicilios de sociedades irregulares y patrimonios autónomos, así como podrá realizarse la copia de archivos magnéticos, físicos o electrónicos, siendo que la norma anterior solo contemplaba a los dos primeros.

El elemento más importante incluido en el Decreto Legislativo 1034 es el requisito de autorización judicial previa para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos¹⁰⁵. De igual manera, con las modificaciones realizadas mediante el Decreto Legislativo 1205, se aclaró que la Secretaría Técnica no requiere de autorización judicial para acceder a cuentas de correo corporativos y ahora para solicitar acceso a cuentas de correo personales se requiere autorización del Juez Contencioso Administrativo.

En los últimos años la Secretaría Técnica ha tenido un rol más proactivo en la detección de conductas anticompetitivas. De esta manera, debemos tener en cuenta que el papel que ha jugado el rol del líder dentro de la Comisión. Así, podemos observar cómo la Comisión se ha tornado más activa de cara a las infracciones a la ley de competencia.

¹⁰⁵

Decreto Legislativo 1034

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.3. Para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para:

(...)

(c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. La Secretaría Técnica deberá obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso hubiera negativa a la entrada en los locales o éstos estuvieran cerrados, así como para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos(...)

Al respecto, manera de ejemplo, podemos observar en el siguiente cuadro las visitas de inspección realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión desde el 2010 hasta el 2015¹⁰⁶:

	2011	2012	2013	2014	2015
Número de empresas visitadas por ciudad					Lima (74)
					Chimbote
				Lima (13)	(18)
			Lima (17)	Chiclayo	Chiclayo
		Lima (1)	Huancayo	(10)	(9)
		Chachapoyas	(3)	Chimbote	Cusco (4)
		(5)	Piura (5)	(8)	San
			Tacna (2)	Piura (7)	Martín (2)
				Trujillo	Cajamarca
				(11)	(1)
				Huancayo	
				(1)	
				Trujillo (5)	
Total empresas	6	6	27	49	124

Fuente: Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Al respecto ver Informe 040-2015/ST-CLC-INDECOPI

¹⁰⁷ Día de la Competencia en el Perú: 2016. Exposición: Jesús Espinoza Lozada

Podemos apreciar un cambio progresivo en el número de visitas de inspección realizadas antes del 2013 y después de esa fecha. En el año 2011 y 2012 se realizaron 6 visitas de inspección cada año y en el 2013 se cuadruplicaron a veintisiete, en el 2014 alcanzaron 49 y en el 2015 se realizaron 124 visitas de inspección.

Asimismo, debemos notar que la diferencia en trabajadores en la Secretaría Técnica de la Comisión ha aumentado; sin embargo, no en la proporción en la que lo han hecho las visitas de inspección. Así, la cantidad de trabajadores de la Secretaría Técnica desde el 2010 hasta el 2015 ha sido la siguiente:

Año	Cantidad de Trabajadores
2011	23
2012	27
2013	28
2014	28
2015	29

Elaboración propia

En el cuadro anterior podemos apreciar que la diferencia entre el número de trabajadores entre el año 2012 y 2013 fue solo una; sin embargo, la diferencia en visitas de inspección fue de veintiuno. ¿Por qué a pesar del limitado aumento de personal cambiaron drásticamente la cantidad de visitas de inspección realizadas?

La respuesta la encontraríamos analizando el rol proactivo de la Secretaría Técnica, pues antes del 2013 la Secretaría Técnica no había utilizado a menudo las visitas de inspección para la detección de conductas anticompetitivas. A partir del 2013, se comenzaron a

emplear distintas herramientas para detectar cárteles y otras prácticas dañinas, lo que se reflejó en el aumento exponencial de las visitas de inspección alrededor del Perú¹⁰⁸ y en distintos mercados.

Las visitas de inspección son determinantes para poder detectar la existencia de prácticas anticompetitivas. Así, en el capítulo referido a la Experiencia de Cárteles en el Perú hemos podido observar cómo existieron casos fueron detectados mediante visitas de inspección y estas herramientas no solo sirven para detectar la conducta, sino para obtener información determinante que pueda permitir su sanción. Asimismo, en tanto las empresas actualmente son cada vez más conscientes de la ilegalidad de la conducta, tratan de ocultar dicha información del público y de las entidades del Estado. Por esta razón, la información incriminatoria solo la tendrían dentro de su propia empresa. En este sentido, la facultad de la Secretaría Técnica para poder requerir información de la empresa sin previo aviso (para evitar la destrucción de ella) es primordial para obtener evidencia que permita probar la existencia de acuerdos anticompetitivos entre empresas.

I.3.2.2. Las multas

Las leyes peruanas en materia de competencia han dispuesto diversas herramientas para desincentivar la comisión de carteles, así como de otras conductas anticompetitivas. En diversos trabajos se ha analizado la importancia de las multas como mecanismo para evitar la colusión.

¹⁰⁸ Al respecto, debemos notar que anteriormente las visitas de inspección realizadas antes del 2013 se realizaban solo en Lima. Sin embargo, solamente en el año 2015 solamente se realizaron en ocho distintos departamentos.

No siempre es fácil cuantificar los daños causados por los cárteles. Para poder determinarlos se requeriría comparar la situación del mercado en un cártel, en comparación a un hipotético mercado competitivo. Los funcionarios mundialmente que analizan temas de libre competencia por lo general no realizan un cálculo de este tipo, tanto porque es difícil de hacer y porque sus leyes por lo general no lo requieren. Cuando es necesaria una estimación, sin embargo, la mayoría de funcionarios emplean un aproximado, el cual es la ganancia ilícita resultante de la actividad de los miembros del cártel. En su forma más simple, esta estimación es el sobreprecio producto del cártel en referencia al precio competitivo y tomando en cuenta el comercio afectado por el acuerdo horizontal. Incluso este cálculo puede ser complicado, pues requiere una evaluación tanto de la cantidad de “comercio afectado” y cuál hubiera sido el precio competitivo si no hubiera existido un acuerdo¹⁰⁹.

Asimismo, existe un debate sobre si tomar en cuenta para multar el beneficio ilícito o el daño ocurrido. La literatura económica señala que esta debe tomar en consideración el daño cuando las infracciones deben ser condicionalmente disuadidas, es decir, cuando es posible que las infracciones generen o sean resultado de la realización de actividades que tienen un beneficio social superior al daño que genera. Por otro lado, considerarían el beneficio ilícito si lo que se persigue es la disuasión absoluta de las infracciones¹¹⁰. En la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se ha determinado que se tomará en cuenta el beneficio ilícito para sancionar a los infractores de la norma, la probabilidad de detección, la dimensión del mercado afectado, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la duración de dicha restricción, entre otros.

¹⁰⁹ OECD.Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.(2002) Pág 71.

¹¹⁰ DÁVILA, Santiago. ¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracción? En: Revista de Economía y Derecho Vol 9 Nro 35, UPC. Pág 99.

En materia de multas, en el Decreto Legislativo 701 se determinó, respecto a cárteles, que, si la infracción cometida fuera calificada como leve o grave, se impondrá como máximo una multa de 1000 UIT que no supere el 10% de los ingresos o ventas brutas percibidas por el administrado en el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión¹¹¹. Mediante el Decreto Legislativo 1034¹¹², se cambiaron los parámetros de multa establecidos, determinando que, si la falta era leve, no se podrían superar el 8% de los ingresos o ventas brutas percibidas el año anterior, si la falta era grave el porcentaje es

111

Decreto Legislativo 701

Artículo 23.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas:

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

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

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

(...)

112

Decreto Legislativo 1034

Artículo 43.- El monto de las multas.-

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

- a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión;
- o,
- c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

43.2. En caso de tratarse de colegios profesionales o gremios de empresas, o agentes económicos que hubieran iniciado sus actividades después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1 000) UIT.

43.3. Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

10% y 12% si la falta es muy grave. Asimismo, se puede sancionar hasta un monto de 100 UIT a las personas naturales que sean representantes legales o hayan ejercido un órgano de dirección o administración en la empresa imputada y hayan participado o ejecutado la práctica anticompetitiva. Como mencionamos anteriormente, con las modificaciones del Decreto Legislativo 1205 ahora también los facilitadores de la práctica pueden ser sancionados.

Si bien uno de los mecanismos más conocidos es la imposición de multas, también son importantes las sanciones no monetarias. Nos referimos a lo anterior porque debemos recordar que el hombre no es puramente racional, realizando cada actuación tomando en cuenta los beneficios y perjuicios que le causara. Así, se ha realizado una crítica al enfoque económico para imponer sanciones pues no sería posible explicar todos los cambios en la conducta de los individuos (por ejemplo, la decisión de infringir la ley o no) solo a partir de cambios en los precios o ingresos, desconociendo el hecho que los individuos viven en sociedad y, por consiguiente, que sus decisiones se basan solamente en un análisis beneficio-costos individual, sino también en la moral pública, en el servicio a la comunidad, y en otros valores¹¹³.

En este sentido, a efectos de decidir si participar en un cártel, la persona natural no toma en cuenta solo los beneficios que obtendrá y la posibilidad de que detecten su conducta, sino que su conducta sería un poco más irracional. En este sentido, Donald Langevoort en el artículo "Ilusiones organizadas: una teoría conductual sobre por qué las corporaciones engañan a los inversionistas en el mercado de valores"⁵ explica que las personas tenemos

¹¹³ DÁVILA, Santiago. ¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracción? En: Revista de Economía y Derecho Vol 9 Nro 35, UPC. Pág 90.

exceso de optimismo y confianza, además de una creencia sobrevalorada del control que tenemos sobre los eventos que suceden y el riesgo que pueden ocasionar.

Por ejemplo, este efecto se ve reflejado en que la gran mayoría de la gente piensa ser menos propensa que el resto a accidentes automovilísticos, a contraer VIH, a sufrir ataques cardíacos, al asma u otros riesgos para la salud, por lo que por más que los adviertas de la probabilidad de sufrir una de estas enfermedades, considerarán que es improbable que a ellos les den. Así, los esfuerzos por educar a la gente sobre el riesgo que supone realizar una conducta ilegal pueden entrar en conflicto con este optimismo irreal, por lo tanto, puede que el mero conocimiento estadístico no logre producir información adecuada⁶ que logre impedir dicha conducta. En este sentido, si bien aquellas personas involucradas en un cártel conocen que existe una probabilidad de que la agencia de competencia detecte su participación en dicha práctica colusoria horizontal y sean sancionados por su participación en dicha conducta anticompetitiva, la persona será excesivamente optimista, considerando que esta situación no le ocurrirá a él, no siendo suficientemente desincentivado de cometer la infracción.

Asimismo, los seres humanos tenemos tendencia a pensar en el corto plazo. Así, una persona en un momento determinado piensa “un cigarrillo no va a matarme”; sin embargo, ese pensamiento lo lleva a consumir miles⁷. De esta manera, las personas al pactar un acuerdo de precios estarían enfocadas a obtener ganancias anticompetitivas y hacer más rentable su negocio, ignorando los posibles perjuicios que le podría conllevar dicho actuar posteriormente: pérdidas monetarias, mala reputación, tiempo gastado en procedimientos administrativos y judiciales, etc. Debemos entender también que existe una experiencia limitada del colusor, la persona que cometa una infracción a la norma de competencia probablemente solo sufrirá los perjuicios de ser sancionado solo una vez y de manera

gravosa. Por lo tanto, este tipo de conductas son distintas a aquellas que se incurrirían múltiples veces por sus características y de las cuales podrían aprenderse a evitar a través de la repetición.

A manera de ejemplo, es muy probable que una empresa que interactúa muchas veces con sus consumidores vaya a sufrir sanciones por infracciones a la normativa de protección al consumidor; sin embargo, debido a la posibilidad de repetición de la conducta, puede ir aprendiendo qué conductas no realizar a fin de no ser sancionado. Así, por no tener el libro de reclamaciones, un restaurante será sancionado con 1 UIT. Ahora que ha terminado el procedimiento, para evitar ser sancionado nuevamente, dicho restaurante colocará el libro de reclamaciones visible en su local. El costo que incurrió por no adecuarse a la norma probablemente haya sido la sanción más los gastos del procedimiento administrativo. Sin embargo, en los casos de libre competencia, la posibilidad de reincidencia es mínima y la sanción pecuniaria a recibir es alta. Por lo tanto, el agente económico no adecua su conducta por una aplicación de juegos repetidos, sino son otros factores los que juegan un papel importante. De esta manera, recibirá una sanción considerablemente alta por haber infringido la norma una sola vez.

Debido al exceso de optimismo, la tendencia a corto plazo y, en algunas ocasiones, la falta de conocimiento de parte de las personas de la ilegalidad de una colusión podría llevarlas a realizar estas prácticas.

Entonces, de acuerdo con lo señalado anteriormente, determinemos cómo es que actuaría un ser humano con racionalidad limitada. Supongamos que un Gerente General es invitado a ser parte de un cártel que tener muchos beneficios potenciales a la compañía, pero no quiere involucrar a otros empleados debido al temor de ser descubierto. En este caso, si

bien se estaría coludiendo y fijando precios con otras empresas, la decisión de ser parte del cártel solo la ha tomado él y no un grupo de asesores de la compañía. Así, es difícil que todas las personas que hayan participado en una colusión hayan hecho previamente un análisis económico que tome en cuenta la probabilidad que sean detectados, la multa impuesta, el beneficio que obtendrá por bonos, etc. En realidad, como precisamos anteriormente, muchos acceden a ser partícipes en una colusión simplemente porque consideran que es lo mejor para la compañía y resguardando sus intereses personales.

Entonces, si el ser humano no puede ser completamente racional e interioriza todos los cálculos económicos mencionados anteriormente, ¿cómo servirían multas altas para desincentivar conductas? La respuesta es que las sanciones económicas también sirven como una función simbólica. Estas pueden indicar al objeto (en este caso, los empresarios o trabajadores de una empresa) y al mundo, qué es y qué no es aceptable como comportamiento ético¹¹⁴.

Entonces, si bien las multas son importantes para desincentivar la comisión de prácticas anticompetitivas en tanto impactaría la pérdida considerable de dinero a una compañía o persona, también es importante la publicidad de las resoluciones y decisiones que toma Indecopi en dicha materia. Debemos tomar en cuenta que, en el aspecto psicológico, una persona natural se verá gravemente afectada si es encontrada responsable por participar en un cártel. No solo podría perder su trabajo actual, sino en una búsqueda rápida en Internet se podría encontrar las acciones que realizó y eso podría influenciar en la decisión de una empresa por contratarlo o no.

¹¹⁴ BOOMEN, Marcus. The Effectiveness and Ethics of Economic Sanctions. En: <http://sevenpillarsinstitute.org/essays/effectiveness-and-ethics-of-economic-sanctions>. Revisado: 04/02/19.

De la misma manera, la realización de prácticas anticompetitivas podría afectar la reputación de una empresa y no solo reducir sus ventas, sino recibir una percepción general negativa por parte del consumidor. A manera de ejemplo, en Chile, el inicio de un procedimiento sancionador por la colusión del confort o papel higiénico a las empresas CMPC y SCA produjo una reducción importante de sus ventas, pues los consumidores optaron por comprar el papel de la empresa que no se había coludido: Kimberly Clark¹¹⁵. De igual manera, hubo una percepción generalizada de rechazo por parte de la población chilena a las empresas CMPC y SCA.

En este sentido, es importante no solo que el Indecopi multe ejemplarmente a aquellas empresas y personas naturales que se han visto involucradas en una práctica anticompetitiva, sino también es determinante el factor notoriedad de estas sanciones para los administrados. No solo deben sentirse afectados porque vaya a dañar su reputación, sino publicitar de tal manera los casos sancionados que pueda ser escuchado por la mayor cantidad de trabajadores y gerentes posibles. Y, ¿por qué es tan importante que los funcionarios conozcan casos sancionados? Se ha comprobado a través de la economía del comportamiento que quienes infringen la ley se ven desincentivados cuando conocen que la conducta tiene una alta probabilidad de detección¹¹⁶. Por estas razones, es importante que los agentes económicos sean informados sobre los casos sancionados por prácticas colusorias, de manera que piensen que existe una alta probabilidad de que si cometen la

¹¹⁵ Otros efectos negativos reportados en la reputación de las empresas que participaron en el papel del confort fue el rechazo del público a dichas marcas, al punto que una señora escupió y gritó corrupta a una trabajadora de CMPC. Fuente: El papel higiénico en Chile: Correos entre altos ejecutivos develan nuevos detalles de colusión. En: <http://peru21.pe/mundo/cartel-papel-higienico-remece-chile-esta-historia-completa-2231398>. Revisado: 31/07/17. Fuente: El cartel del confort : el papel higiénico que ensucia la imagen empresarial en Chile. En: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151029_chile_cartel_del_confort_papel_higienico_ilm. Revisado: 04/02/19

¹¹⁶ EYAL, Doron. The Oxford Handbook of Behavioral Economics. Oxford University Press. Pág 579.

conducta, vayan a ser sancionados. Este efecto, sumado al hecho de conocer que recibirán una multa considerable, los haría desistir de cometer una práctica anticompetitiva.

Por estas razones, las multas juegan un papel determinante en la erradicación de prácticas anticompetitivas, pero un rol igual (o incluso mayor) es aquél referido a la publicidad de estas sanciones, de manera que los posibles infractores de la norma conozcan que si infringen la ley existe una alta posibilidad de ser sancionados y con una multa considerable.

I.3.2.3. La sanción penal

Existen países en el mundo los cuales ha establecido la posibilidad de sancionar penalmente a aquellos infractores de las normas de competencia. Entre ellos se encuentra a Estados Unidos, Brasil, Reino Unido, Japón, Korea del Sur, Australia, Sudáfrica. Francia, Grecia, Rumania, Alemania, Australia, Polonia, Italia, Israel, Filipinas, Dinamarca, Oman, entre otros. Si bien muchos de ellos sancionan con pena efectiva de cárcel a los cárteles, otros países solo sancionan con cárcel las licitaciones colusorias¹¹⁷.

En el Perú, se ha discutido en muchas oportunidades sobre la posibilidad de imponer sanciones penales a aquellas personas naturales que infrinjan las normas de competencia. Al respecto, debemos tomar en cuenta que el costo para la sociedad de imponer multas es inferior al costo social de la sanción penal¹¹⁸. Esto se debe a que para imponer sanciones penales no solo se debe detectar la práctica anticompetitiva e incurrir en los costos del

¹¹⁷ SIMPSON, Mark. The criminal cartel offence in the world. Norton Rose Fulbright. En: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/140758/the-criminal-cartel-offence-around-the-world>. Revisado: 04/02/19.

¹¹⁸ DÁVILA, Santiago. ¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracción? En: Revista de Economía y Derecho Vol 9 Nro 35, UPC. Pág 94.

procedimiento administrativo, sino implementar un procedimiento penal para determinar la responsabilidad de las personas, la manutención de la persona dentro de la cárcel, gastos de instrucción respecto a la materia de libre competencia a los jueces, entre otros gastos.

De igual forma, debemos tomar en cuenta el principio de última ratio, el cual señala que el Derecho Penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas "formales e informales". Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso¹¹⁹.

De la misma manera, es importante tomar en cuenta que existen cárteles que incluso la Comisión de Defensa de la Libre Competencia ha considerado de poca relevancia para el mercado por la afectación que este supone o la circunstancia especial en que se llevó a cabo el acuerdo anticompetitivo. En este sentido, la Secretaría Técnica inició un procedimiento administrativo sancionador contra la Cámara Peruana de Libro y su presidente, el señor Jaime Carbajal por presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendación anticompetitiva, destinada a modificar el precio de los textos escolares. En dicho caso, en febrero de 2012 se había iniciado un procedimiento en la Comisión de Protección al Consumidor pues a través de un reportaje periodístico se había descubierto que las editoriales pagaban comisiones o daban regalos a los colegios para que estos compraran sus libros. De acuerdo con el señor Carbajal, para mejorar la imagen menoscabada de la Cámara Peruana de Libro se tomaron dos medidas: (i) suspender a las

¹¹⁹ CARNEVALI, Raúl. Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext. Revisado: 04/02/19.

editoriales involucradas; y, (ii) recomendar la reducción de precios de los libros en un 10% a 25%¹²⁰.

En este caso, el señor Carbajal y la Cámara Peruana de Libro presentaron un compromiso de cese sobre infracción cometida. La Secretaría Técnica determinó, mediante el Informe 025-2015/ST-CLC-INDECOPI, aceptar el compromiso de cese en tanto consideró que no existió una grave afectación a los consumidores y se ofrecieron medidas correctivas que restauraban el proceso competitivo.

En el caso se incorpore la sanción penal en los casos de libre competencia, el poder judicial podría investigar los casos de prácticas colusorias horizontales, aun así, representen casos donde no ha existido una grave afectación a los consumidores o el mercado afectado sea muy pequeño.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que tendríamos que invertir muchos recursos en la implementación de la sanción penal (enseñar el derecho a la libre competencia en los juzgados penales, realizar gastos en mantenimiento de los presos, adecuar las cárceles para los procesados, etc), considero que podrían mejorarse las herramientas existentes para el *compliance* de las normas de libre competencia, en vez de instaurar la sanción penal¹²¹.

¹²⁰ Al respecto, ver Informe Técnico 025-2015/ST-LC-INDECOPI.

¹²¹ Sin embargo, reconozco que debido a la amplitud de este tema, la posibilidad de imponer una sanción penal en el sistema de libre competencia es una disyuntiva delicada que ameritaría una tesis de investigación por sí misma.

Por otro lado, cabe resaltar que la posibilidad de imponer una sanción penal a aquellas personas que se vean involucradas en un cartel podría perjudicar el éxito del Programa de Clemencia pues desincentivaría a las personas naturales a presentar una solicitud. Este tema se ampliará posteriormente.

En este sentido, si a través de otros mecanismos se puede lograr la disuasión de los cárteles y a menor costo para la sociedad, no tendría sentido utilizar la sanción penal para este fin. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el diseño de las herramientas desincentivadoras debe realizarse de manera que se cumpla con la función de compliance de las normas de competencia y también se resguarden los derechos de las personas.



II. Programa de clemencia: Conceptos Generales

II.1. ¿Qué es el Programa de Clemencia?

El Programa de Clemencia ofrece a aquellas empresas involucradas en un cártel que reportan su participación en él y entregan evidencia sobre dicha participación, la inmunidad total sobre las multas a imponerse o la reducción de la multa que la agencia de competencia le hubiera impuesto. Este Programa también beneficia a la respectiva agencia, permitiéndole no solo perforar el manto de secretitud sobre el cual los cárteles operan, sino también obtener evidencia de la infracción cometida. La política de clemencia también tiene un efecto disuasorio en la formación de cárteles pues desestabiliza a aquellos que están operando al sembrar la desconfianza y la sospecha dentro de sus miembros¹²².

Esta herramienta es similar a la utilizada dentro del derecho penal en Estados Unidos y en otros países del mundo, conocida como “colaboración eficaz”, donde una persona informa al Estado sobre su participación y conocimiento de un acto delictivo con tal de recibir beneficios que reduzcan o eliminen su posible pena. A partir de esta figura, muchas agencias de competencia han adoptado el Programa de Clemencia para poder detectar prácticas ilegales y obtener pruebas de ellas de manera mucho más rápida y sencilla.

Si bien es discutible la existencia de una herramienta que exima de la sanción que le corresponda a una empresa o persona por cometer una infracción a las normas de libre competencia, debemos considerar que esta herramienta aporta considerables beneficios a la agencia al permitirle detectar y desincentivar la existencia de cárteles. Como señalamos,

¹²² European Commission: Leniency. En: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>. Revisado: 31/07/17.

incluso en el derecho penal, donde se cometen las infracciones más dañinas para el ser humano, se permiten los sistemas de colaboración eficaz, donde aquel que colabora puede eximirse de responsabilidad y sanción con tal de que brinde suficiente evidencia que permita investigar y posteriormente sancionar a los responsables de un delito.

La figura de la colaboración eficaz data desde 1811 cuando Jeremías Bethan en su obra “La Teoría de las Recompensas”, señalaba que es preferible la impunidad de uno de los cómplices que la de todos. De igual manera, en Italia y en Estados Unidos, por más que tengan sistemas judiciales distintos, habían incorporado la figura del delator arrepentido durante bastantes décadas atrás. Esta nueva rama del derecho penal se conoce como Derecho Penal Premial o del Arrepentimiento y pretende incentivar, premiar o prometer algún beneficio –ya sea de carácter sustantivo o procesal- a aquella persona involucrada con el sistema penal, a efectos de que colabore con la administración de justicia. Según la regulación premial, es el Estado quien discrecionalmente define cuál será el premio para el procesado, la proporción según su colaboración y establece un procedimiento especial para dicho fin¹²³.

La novedad de esta técnica de control social descansa en valorar positivamente el comportamiento procesal de un sujeto que, respondiendo a modelos predefinidos, puede alcanzar el premio de la exención o la reducción de pena, lo que se conoce como arrepentimiento de la militancia de participación en las organizaciones delictivas, en la composición de bandas armadas o de otras hipótesis de conductas legislativamente previstas. El favorecimiento al desaliento se desplaza a través del cauce que señale la pena, constituyendo a la par un estímulo azuzado por el premio de reducción o exención de la

¹²³ ROJAS, Fredy. Alcances y Cuestiones Generales del Procedimiento Especial de Colaboración Eficaz en el Nuevo Código Procesal Penal. Revista Derecho & Sociedad número 39. Pág 52 y 53.

misma. Nos hallamos pues frente a una técnica de estímulos mediante incentivos de reducción de la pena que es diferente a la técnica de desaliento de comportamientos de la cual se vale el Derecho Penal mediante la amenaza de la pena¹²⁴.

Así, en el Derecho Penal, el éxito en la detección de hechos de corrupción depende de quienes poseen información denuncien las infracciones. Para ello, los funcionarios directivos suelen tener que prometer indulgencia a alguno de los implicados. Esto da lugar a una importante paradoja en la tarea de hacer cumplir la ley: aunque la posibilidad de castigos severos debería desalentar la corrupción, una alta probabilidad de detección solo puede lograrse si se prometen sanciones leves a algunos implicados¹²⁵.

Como podemos apreciar, esta herramienta ha sido utilizada por décadas en el derecho penal para detectar y desincentivar conductas, por lo que también podría ser utilizable para el derecho a la libre competencia ya que muchos delitos en materia penal comparten una cualidad con los cárteles: la secretitud. En este sentido, debemos notar que la razón por la que se otorga beneficios al convicto en colaboración eficaz o se elimina o reduce la multa en Programa de Clemencia se debe principalmente a la dificultad de detectar y conocer todos los alcances de estas conductas, por lo que usualmente es necesaria la información que pueda aportar uno de los involucrados en el delito o en el cártel.

Además, debemos tener en cuenta que los efectos favorables del Programa de Clemencia como el desincentivo de los cárteles, genera menores precios para el consumidor y un sistema exitoso de libre mercado. En este sentido, al contrapesar la eliminación de la

¹²⁴ Ibidem. Pág 53 y 54.

¹²⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption and the criminal law. En: http://www.unodc.org/pdf/crime/publications/corruption_criminal_law.pdf. Revisado: 04/02/19.

sanción para un solo infractor versus todos los grandes beneficios que aporta este Programa, debería escogerse la implementación del mismo. Adicionalmente, existen ciertos requisitos, así como en la colaboración eficaz, que deben cumplir los colaboradores para hacerse acreedores del beneficio de exoneración o reducción de la sanción: el aportar pruebas determinantes de la ocurrencia de la infracción.

Para hacerse acreedores a los beneficios de la clemencia, el participante del cártel debe satisfacer numerosas condiciones dentro del Programa de Clemencia. Por ejemplo, a los solicitantes clemencia se les requerirá que proporcionen evidencia de la existencia del cártel y que cooperen con la agencia de competencia a medida que se desarrolla la investigación¹²⁶. Esto requiere que exista una constante comunicación entre el Colaborador y la agencia de competencia, la cual le puede requerir cualquier tipo de pruebas, incluso información importante respecto a su empresa, el mercado y las relaciones que mantiene con otras compañías. En este sentido, no es puramente un beneficio que se otorgue a discrecionalidad y sin ningún objetivo.

Existen diferentes mecanismos o herramientas utilizadas en la aplicación de un Programa de Clemencia a fin de que funcione exitosamente, tomando en cuenta los objetivos de la respectiva agencia de competencia. No tendría sentido la existencia de un Programa de Clemencia en nuestro ordenamiento jurídico si no generara incentivos para que las empresas que hayan participado en un cártel, solicitaran postular a él. Por eso, no solo se debe diseñar un Programa donde se ofrece eximir de sanción a quien deleve su participación en un cártel, sino también deben generarse protocolos que permitan obtener

¹²⁶ WISH, Richard. Leniency: Introduction, terminology and history. International Competition Network. Kings College London. En: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/sg%201%20call%20series/leniency%20-%20introduction,%20terminology%20and%20history.pdf>. Revisado: 31/07/17.

seguridad jurídica a las empresas y personas naturales que le permita ser una herramienta eficaz utilizable para la agencia de competencia y se pueda desincentivar y detectar los cárteles.

Alrededor del mundo, las principales herramientas utilizadas en los Programas de Clemencia son los siguientes:

- Exoneración al primero: La exoneración total sobre la multa es otorgada al primer solicitante de clemencia que reporta su participación en un cártel y brinda suficiente información o evidencia sobre el cártel.
- Reducción de sanción: Posibilidad de reducción de sanción a aquellos solicitantes de clemencia después que haya iniciado una investigación o que no hayan aplicado en primer lugar en un mercado determinado. Dicha disposición ocurre solo en algunos programas.
- Sistema de “markers”: Consiste en la práctica de reservar un lugar al solicitante de clemencia por un determinado periodo mientras la empresa realiza una mayor investigación interna y trata de perfeccionar su solicitud. La posición del solicitante de clemencia está reservada por un tiempo acordado, usualmente con la condición de que en dicho periodo provea más información y evidencia. Así, el solicitante de clemencia recibe un “marker”, el cual provee cierta claridad y certeza al potencial beneficiado con el Programa de Clemencia e incentiva una carrera para contactar a la agencia de competencia.

- Anonimato: Se debe proveer de que exista una manera anónima de contactar a la agencia de competencia para permitir al solicitante discutir las circunstancias particulares del caso y si se encuentra disponible la exoneración de sanción en un determinado mercado. Consultas antes de presentar la solicitud son una práctica común; sin embargo, sería importante colocar salvaguardas a fin de evitar que algunas personas intenten jugar con el Programa de Clemencia para averiguar si la agencia de competencia ha iniciado una investigación en ese mercado.
- Colaboración del solicitante: Se exige al solicitante de clemencia (y a sus trabajadores) que coopere constantemente, incluyendo la actualización y corrección de la información y evidencia dada, incluso después de que ha aceptado responsabilidad por la infracción. La colaboración es constante y durante todo el procedimiento administrativo.
- Cese: Se requiere generalmente que el solicitante de clemencia cese su participación en el cártel. Dicha situación sucede en algunos programas como requisito para obtener el beneficio; sin embargo, en determinadas jurisdicciones el cese de la conducta no es requisito en tanto podría convenirle a la agencia de competencia por un tema de probanza la continuación de la conducta por cierto tiempo.
- Consideración del líder o coaccionador: Algunas agencias de competencia no permiten participar en el Programa de Clemencia a los líderes o agentes que han ejercido coacción para la formación del cártel.

- Reconocimiento: Generalmente, en los programas de clemencia a nivel mundial, se requiere que los solicitantes acepten la existencia de un cártel y reconozcan su participación en él.
- Amnesty plus: Estrategia de enforcement con el objetivo de atraer solicitantes de clemencia, incentivando a aquellas compañías que están siendo investigadas sobre un cártel a que develen la existencia de otros cárteles desconocidos para la autoridad de competencia. En general, la política de “amnesty plus” significa que aquel solicitante de clemencia que no pudo obtener la exoneración de sanción en un cártel (por no haber solicitado primero la clemencia), pero informa sobre la existencia de otro cártel y cumple con todos los requisitos para aplicar a este segundo cártel, podrá recibir una exoneración de sanción por el segundo cártel y una sanción menos severa por el primer cártel.
- Penalty plus: Si el solicitante de clemencia en un mercado no reporta su participación en otro cártel en el cual ha participado, la agencia de competencia considerará la no cooperación de la empresa o de los trabajadores de la empresa involucrados en la conducta en el segundo cártel como un agravante de una posible multa o la pérdida de la exoneración de sanción en el primer cártel.
- Waiver: Las agencias de competencia usualmente requieren waivers a los solicitantes de clemencia que permiten a dichas agencias conversar sobre el caso con sus pares internacionales. Estos podrían identificarse como permisos que permiten a las agencias compartir información entre ellas que puedan ayudar a la efectividad de sus investigaciones.

- Clemencia afirmativa: En algunas legislaciones se contempla la posibilidad de que la agencia de competencia se aproxime a la compañía, la cual podría no saber si ella o sus competidores están siendo investigados, e invitarla a cooperar con ella y solicitar clemencia¹²⁷. Este tipo de práctica podría ser controversial en tanto se estaría discriminando a los investigados sin ninguna razón objetiva, sino por un tema estratégico de la agencia que considera que algunas personas o empresas involucradas tendrían información más relevante para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Estas herramientas son utilizadas comúnmente en los Programas de Clemencia para hacerlo más atractivo ante los posibles solicitantes y lograr que más personas o empresas postulen a él, así como lograr reglas claras que permitan obtener predictibilidad para los administrados que colaboran con la agencia. Si bien hemos descrito en esta introducción a grandes rasgos las herramientas utilizadas, discutiremos más ampliamente las implicaciones de la utilización de éstos y su efectividad para lograr los objetivos que se plantean las normas de competencia: el desincentivo, detección y sanción de los cárteles, e indemnización de los perjudicados por ellos.

II.2. Funciones del Programa de Clemencia

La adopción del Programa de Clemencia en diversas legislaciones en el mundo ha avanzado exponencialmente. Este hecho se da por los múltiples beneficios que da para poder detectar colusiones y erradicar las prácticas anticompetitivas que puedan perjudicar a los consumidores.

¹²⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy. En: Anti-Cartel Enforcement Manual (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>). Pág 9 y 10. Revisado: 31/07/17.

Muchas jurisdicciones han implementado el Programa de Clemencia como una política de enforcement para las normas de libre competencia debido a los grandes beneficios que esta otorga. Este Programa provoca que los participantes de un cártel confiesen su conducta infractora e impliquen en su confesión a sus co-conspiradores, dando información de primera mano y la evidencia de dicha conducta. Asimismo, ayudan a descubrir conspiraciones que podrían no haber sido detectadas y pueden desestabilizar cárteles. De igual manera, actúa desincentivando a aquellas empresas o personas que contemplan ingresar a un cártel pues conocen que en cualquier momento podrían ser delatados.

Además, la información o evidencia puede ser obtenida de manera más rápida por las agencias de competencia e incurriendo en costos menores en comparación con otros métodos de investigación, lo que nos lleva a una mayor eficiencia en cuestión de tiempo de resolución de casos, incluso tomando en consideración que se realicen medidas adicionales de investigación. Para obtener dicha información o evidencia, a los colaboradores que proveen esta información a las agencias de competencia se les puede haber prometido en un compromiso de exoneración o reducción de multas, sentencias de prisión más cortas, o incluso inmunidad completa dependiendo de la legislación de cada país.

Así, los principales beneficios de implementar un Programa de Clemencia pueden ser divididos en los siguientes ítems:

- Desincentivo: El Programa de Clemencia cumple el objetivo de hacer que la posibilidad de participar en un cártel sea menos atractiva pues hay un riesgo latente y mayor que uno de los participantes del cártel reporten la existencia de éste.

- Detección: Permitir el descubrimiento de cárteles, pues hay una mayor probabilidad de que la empresa participante del cártel sea reportada. En tanto se reciben beneficios para aquellas personas naturales o jurídicas que delatan su participación en un cártel, es probable que los participantes develen su participación y entreguen a la agencia de competencia información sobre la conducta.
- Sanción: El Programa de Clemencia logra que sea más probable el castigo a los co-conspiradores pues provee a las agencias de competencia de información o evidencia de primera mano que podría ser difícil de obtener de otra manera.
- Cese: Causa que los cárteles fracasen pues si uno o más de los participantes termina su participación, ya sea porque han solicitado ingresar al Programa de Clemencia o porque sospechan que algunos de sus pares conspiradores han postulado o postularán al Programa, la continuación del cártel sin todos los participantes podría ser dificultosa.
- Resarcimiento: Muchos consumidores son afectados por los precios supra competitivos que establecen los cárteles respecto a sus productos o servicios. El Programa de Clemencia, al permitir detectar los cárteles, consigue que aquellas personas que se han visto afectadas por dicha conducta, puedan solicitar una indemnización por el daño causado.
- Cooperación: Facilita la cooperación internacional en investigaciones de cárteles pues muchas legislaciones sobre programas de clemencia requieren que los postulantes al Programa señalen en qué otros países han solicitado clemencia y

podrían presentar una exención que permita que las agencias de competencia se comuniquen entre ellas¹²⁸.

La necesidad de la utilización del Programa de Clemencia con el fin de desincentivar, detectar y sancionar cárteles se ha tornado incluso más relevante dado que la detección de dichas conductas es cada vez más complicada, pues los agentes económicos están descubriendo nuevas formas de ocultar evidencia, los casos son más complejos y con mayor dificultad de probanza y existe cada vez más reincidencia, por lo que los infractores saben qué tipo de evidencia busca la agencia de competencia¹²⁹. Por estas razones, la promoción del Programa de Clemencia es fundamental para incentivar a que los agentes acudan a la autoridad a delatar su conducta.

Si bien el Programa de Clemencia tiene numerosos beneficios para lograr los fines de las normas que protegen la libre competencia, debemos señalar la ponderación que existe entre ellas. La función de una agencia de competencia es detectar la mayor cantidad de cárteles posibles y sancionarlos, pero una agencia más efectiva es aquella que realiza actividades que desincentivan a los agentes económicos de realizar los cárteles. Por lo tanto, en función del tercer capítulo de esta investigación, consideramos que el primordial objetivo del Programa de Clemencia debería ser el desincentivo de las conductas y posteriormente, el cese, la detección, sanción y resarcimiento a los consumidores que se hayan visto afectados por el cártel.

¹²⁸ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy. En: Anti-Cartel Enforcement Manual (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>) .Pág 4 y 5. Revisado: 04/02/19.

¹²⁹ TAVARES, Mariana. Conferencia en el Día de la Competencia en Perú en 2016, organizado por Indecopi.

II.3. Teoría de juegos del Programa de Clemencia

La Teoría de Juegos o Game Theory es una herramienta económica que busca el análisis matemático de conflictos entre sujetos con intereses disímiles. Así, en el año 1944, a partir de las teorías elaboradas por John Von Neumann y Oskar Morgenster en “Theory of Games and Economic Behavior” se comenzó a analizar ciertos tipos de juegos como el póker y ajedrez, las estrategias que desarrollaban los jugadores para ganar el juego, así como su comportamiento estratégico.

Si bien los trabajos John Von Neumann y Oskar Morgenster son la base de la Teoría de Juegos, no es hasta el desarrollo que realiza John Forbes Nash Jr., Premio Nobel de Economía en 1994, que la relevancia de ésta se expande a numerosos campos, inclusive con aplicaciones armamentistas. John Forbes Nash en su célebre artículo “Non-Cooperative Games” desarrolló el denominado Equilibrio de Nash para demostrar situaciones en las cuales los jugadores jugaban su mejor estrategia respecto de las estrategias jugadas por el resto de los jugadores y no tenían incentivos para cambiar su estrategia unilateralmente¹³⁰.

Una de las aplicaciones del Equilibrio de Nash puede ser utilizada dentro del Dilema del Prisionero. El juego del Dilema del Prisionero toma su nombre de una historia en la que la policía captura a dos sospechosos de un crimen, los interroga en habitaciones separadas y cada uno de ellos sabe que:

¹³⁰ GARCÍA, Javier. Mechanism Design o Reverse Game Theory: Una Propuesta para la Asignación Eficiente de Obras Públicas de Infraestructura en el Perú. Pág 83. En: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6702>. Revisado: 04/02/19.

1. Si ambos confiesan obtendrán 10 años de cárcel cada uno.
2. Si sólo uno de ellos confiesa, el que confesó irá a prisión un año, mientras que el que no lo hizo será sentenciado a 25 años.
3. Si ninguno de ellos confiesa, no será posible aplicarles todos los cargos y sólo podrán ser sentenciados a 3 años de cárcel¹³¹.

De acuerdo con las reglas, podríamos predecir cuál será la opción o estrategia dominante, tomando en cuenta los factores que influyen en cada uno de los agentes.

		Prisionero 1	
		Confesar	Silencio
Prisionero 2	Confesar	(10; 10)	(25; 1)
	Silencio	(1; 25)	(3; 3)

*El número en la izquierda es la decisión del Prisionero 1 y el número en la derecha es la opción del Prisionero 2.

Podemos observar que la estrategia dominante es confesar. ¿Cómo podemos determinar esto? Es importante resaltar que los resultados para los dos prisioneros son idénticos y que no hay manera que se comuniquen entre ellos. Asimismo, no importa la opción que el otro prisionero escoja, siempre será más beneficioso confesar. Si el prisionero 1 opta por confesar, podría recibir una pena de 10 años si el prisionero 2 confiesa y una pena de 1 año si el prisionero 2 opta por no confesar. Sin embargo, si se mantiene callado, podría recibir una pena de 25 años si el prisionero 2 confiesa y una pena de 3 años si el prisionero 2 opta por no confesar. En este sentido, sin conocer la decisión del otro, su opción

¹³¹ PARRA-GARCÍA, Eduardo y otros. Elección en palomas: Un análisis a través del dilema del prisionero. En: Acta Comportamental. Vol 22, num 3. Pág 248.

dominante es confesar, como lo es también la del prisionero 2. Por lo tanto, el resultado sería que ambos recibirían una pena de 10 años en tanto ambos confesarían.

Sin embargo, distinta sería la situación si tuvieran mecanismos de información adecuados entre ellos. Por ejemplo, si pudieran conversar entre ellos, notarían que la opción idónea para los dos es no confesar, pues solo recibirían 3 años de pena cada uno y recibirían en conjunto una pena menor que todas las otras opciones disponibles. Este podría ser una solución; sin embargo, el hecho de que el prisionero 1 conozca que el prisionero 2 va a optar por no confesar, podría llevarlo a confesar para solo obtener 1 año de prisión.

Entonces, tal vez no solo tendrían que utilizarse los mecanismos de información para poder obtener el resultado óptimo entre los dos jugadores, sino también mecanismos de sanción. Así, si el prisionero 1 coordina con el prisionero 2 para mantenerse callados ambos y no confesar, tendrían que existir sanciones si cualquiera de los involucrados no cumple con el pacto. En el ejemplo, las sanciones podrían ser que, si alguno de los dos no cumple con lo pactado, la agrupación criminal lo buscaría cuando saliera de la prisión y le haría daño, o podría hacerle daño a su familia. Por estas razones, para que los prisioneros tomen la mejor opción coordinada, deberían existir mecanismos de información y sanción entre ellos que los lleve a cumplir lo acordado.

Ahora analicemos cómo el dilema del prisionero puede influenciar en el diseño del Programa de Clemencia. El Dilema del Prisionero es comúnmente un juego teórico utilizado para explicar comportamiento que no tiene que ver con prisioneros y fiscales. Pero en el caso de las investigaciones de cárteles, el lenguaje del modelo se asemeja a lo que ocurre en la realidad. Las agencias de competencias buscan obtener confesiones de aquellos sospechosos de haber cometido una práctica anticompetitiva. El trato es el siguiente:

coopera y te otorgamos clemencia. También, las agencias de competencia anuncian que cualquiera puede obtener el mismo trato¹³².

En el contexto del Programa de Clemencia, tanto el prisionero 1 y el 2 son participantes de un cártel, los cuales llamaremos colusor 1 y colusor 2. En estas circunstancias, tanto el colusor 1 como el colusor 2 recibirán la completa exoneración de sanción si es que delatan su participación en la práctica colusoria y colaboran con la autoridad. Sin embargo, si no colaboran podrían ser sancionados con una multa considerable. Pero ¿qué sucede si ninguno confiesa? Tampoco la agencia de competencia detectaría la práctica colusoria. Veremos cómo se daría el gráfico en dichas circunstancias.

		Colusor 1	
		Confesar	Silencio
Colusor 2	Confesar	(0; 0)	(25;0)
	Silencio	(0; 25)	(0;0)

*El número en la izquierda es la decisión del Colusor 1 y el número en la derecha es la opción del Colusor 2.

Si el colusor 1 confiesa, no recibiría multa en cualquier circunstancia, independientemente de lo que hiciera el colusor 2. En cambio, si optara por mantenerse en silencio, en una de los posibles necesarios podría ser multado con 25UIT y en el segundo, si el colusor 2 también se mantuviera en silencio, podría no recibir sanción. En este sentido, la estrategia dominante sería que ambos confiesen pues le asegura el menor daño posible.

¹³² LESLIE, Christopher. Antitrust Amnesty, Game Theory and Cartel Stability. Pág 4. En: <http://lesliecaton.com/wordpress/wp-content/uploads/2012/01/10-LESLIE-FINAL.pdf>. Revisado: 04/02/19.

Sin embargo, el gráfico presenta graves errores de lo que en realidad implica una práctica colusoria y su relación con el Programa de Clemencia. En primer lugar, el delatar la existencia de la práctica colusoria implica cesar con el cártel, por lo que dejaría de recibir las ganancias anticompetitivas que recibía anteriormente. En este sentido, el gráfico debería reflejar que no es lo mismo para la empresa el seguir recibiendo los beneficios del cártel y mantenerse callado, a delatar ante la agencia de competencia su actuar e incurrir en los costos de colaboración con dicha agencia, así como la afectación reputacional que la empresa tendría.

Asimismo, si ambos colusores no delataran la existencia de la conducta anticompetitiva, el resultado no sería que no recibirían ninguna sanción. Debemos tomar en cuenta que las agencias de competencia constantemente están realizando visitas de inspección y monitoreando el mercado, por lo que en caso ambos no delaten su conducta, existe una probabilidad de ser detectados y recibir la multa correspondiente.

Debemos tener en cuenta también que existen mecanismos de información y sanción entre los cárteles, por lo que podrían haber acordado e implementado sanciones si uno de ellos confiesa. En este sentido, de acuerdo con el ejemplo señalado, si tuvieran manera de asegurar cual sería la opción del otro, optarían por quedarse callados debido a que eso les permite continuar recibiendo los beneficios del cártel.

Tomando estos factores, los resultados respecto a la Teoría de Juegos en el Programa de Clemencia recae también en el rol proactivo de la agencia de competencia. Sería difícil encontrar un agente colusor que delatara la existencia de la práctica anticompetitiva cuando no existe la posibilidad de que la agencia pueda detectar la existencia de dicha práctica.

En este sentido, analicemos la situación que encontraríamos si fuera una agencia de competencia que no realice visitas de inspección, no monitoree los mercados y sanciones con multas bajas:

		Colusor 1	
		Confesar	Silencio
Colusor 2	Confesar	(3; 3)	(4;3)
	Silencio	(3; 4)	(0;0)

*El número en la izquierda es la decisión del Colusor 1 y el número en la derecha es la opción del Colusor 2.

Consideramos que el confesar costaría 3 a las empresas en tanto es el factor reputacional, los costos que incurrirían en ser partícipes del Programa de Clemencia y los beneficios anticompetitivos que estarían dejando de recibir por la comisión de la conducta. Por otro lado, costaría 4 a las empresas el no confesar si el otro delata la conducta, en tanto la multa impuesta por la agencia de competencia no es muy alta e incluso es comparable con los costos que recibiría una empresa si participara en el Programa de Clemencia.

En este sentido, el colusor 1, si confesara, podría recibir una sanción de 3, independientemente de lo que realice el colusor 2. Sin embargo, si se mantuviere callado, podría recibir una sanción de 4 o podría no recibir sanción alguna y continuar recibiendo los beneficios de la práctica anticompetitiva.

En este caso, si bien la opción a tomar no es clara, considero que es muy probable que ambos colusores no delaten la existencia de la conducta, pues el delatar la conducta lo hace acreedor a una pena equivalente a 3, muy similar a la pena equivalente a 4 que

recibirían si no delataran y su par en la otra empresa sí lo hiciera. Asimismo, si ambos se mantuvieran en silencio, no recibirían sanción alguna y podrían recibir los beneficios supra competitivos de la comisión de la conducta. Dado que ambos tienen canales libres de comunicación y pueden existir mecanismos de sanción entre ellos, resulta razonable que acuerden no acudir a la agencia de competencia, por lo que el Programa de Clemencia no funcionaría.

La situación sería drásticamente distinta si existiera una agencia de competencia proactiva que realizara visitas de inspección, utilizara todas sus facultades y sancionara fuertemente a aquellos que realizan conductas ilegales. De acuerdo con estos parámetros, analicemos cómo funcionaría el Programa de Clemencia:

		Colusor 1	
		Confesar	Silencio
Colusor 2	Confesar	(3; 3)	(25;3)
	Silencio	(3; 25)	(8;8)

*El número en la izquierda es la decisión del Colusor 1 y el número en la derecha es la opción del Colusor 2.

De acuerdo con el gráfico anterior, consideramos que los gastos en que incurriría una persona al postular al Programa de Clemencia, las ganancias que dejaría de recibir y el daño reputacional que tendría su empresa. Por otro lado, si un colusor delata, aquél que no delataría recibiría como sanción 25, tomando en cuenta el daño reputacional, la multa y la indemnización por daños y perjuicios que tendría que dar a los consumidores. Finalmente, si ninguno de los dos delata la existencia de la práctica colusoria, existiría una probabilidad de detección de la práctica, el cual es alto cuando la agencia de competencia es proactiva.

Por lo tanto, si bien la detección no es segura, tomando en cuenta las características de la agencia, las empresas esperarían una sanción de 8 (si bien serían sancionadas con 25 si son descubiertas, calculando la probabilidad de detección, la sanción esperada sería 8).

Tomando en cuenta estos datos, debemos analizar cuál sería la estrategia dominante para los colusores. El colusor 1 si delata, recibiría 3 de sanción, independientemente de cuál sería la acción del colusor 2. Por otro lado, si colusor 1 opta por no delatar las opciones podrían ser recibir una sanción de 25 si el otro colusor delata o recibir una sanción de 8, tomando en cuenta la probabilidad de detección de la agencia de competencia. En este sentido, la estrategia dominante es que ambos confiesen en tanto solo recibirían 3 de sanción.

Así, para que funcione el Programa de Clemencia no solo basta con implementarlo, sino que tienen que darse las condiciones necesarias para que este funcione. De esta manera, necesitamos una agencia de competencia proactiva, de manera que el colusor considere altamente probable que, si él no delata la conducta, la agencia pueda detectarla de otra manera. Asimismo, es necesario que la sanción de la conducta sea desincentivadora, pues de lo contrario la sanción esperada sería tan mínima que el colusor preferiría esperar a que se detecte su conducta y pagar la multa en vez de incurrir en todos los costos correspondientes a colaborar en el Programa de Clemencia.

En este sentido el Programa de Clemencia genera incentivos de no incurrir en el cártel pues el colusor no puede saber con certeza si el otro participante del cártel lo delatara. El nivel de incertitud sobre si la otra empresa delatará la conducta ilegal lleva a los competidores a considerar no iniciar el cártel en un primer momento, pues conocen que es altamente

probable que el cártel sea inestable, su duración sea corta y al ser delatado por un competidor, reciba una sanción monetaria y reputacional.

II.4. Incentivos para delatar

II.4.1. Reglas claras

Los principales objetivos que busca el diseño de un Programa de Clemencia son la claridad y certeza de dicho Programa. De esta manera, aquella persona natural o jurídica que esté contemplando la posibilidad de colaborar con la autoridad para que su posible sanción sea eximida o reducida, tiene que conocer exactamente qué ocurrirá en el proceso.

Mariana Tavares, ex Secretaria de Derecho Económico en el Ministerio de Justicia en Brasil, ha precisado que se tienen que cumplir dos elementos fundamentales para que el Programa de Clemencia sea exitoso en un país: los solicitantes de clemencia tienen un alto grado de confiabilidad en la agencia de competencia y debe existir transparencia y predictibilidad en el Programa¹³³.

De esta manera, los agentes tomarán una mejor decisión si poseen la información adecuada de cómo será procesada su solicitud de clemencia, qué deberes tiene tanto él como la agencia, qué responsabilidades tiene cada uno, cuándo podría recibir la exoneración, la confidencialidad de su colaboración, etc. Si el posible solicitante no posee la información respecto a qué ocurrirá una vez que presente su solicitud, probablemente prefiera mantener su postura de continuar con el cártel pues, debido a la poca información

¹³³ Conferencia dada por Mariana Tavares en el "Día de la Competencia" en Perú en 2016, organizado por Indecopi.

que posee, podría considerar que participar del Programa lo perjudicaría al no solo finalizar los beneficios que obtenía por el cártel, sino también la mala reputación que recibiría la empresa y las personas que han participado en esa conducta frente a los consumidores y a otros actores en el mercado.

Por ejemplo, supongamos que a Juan le ofrecen 1000 dólares si es que gana un partido de críquet contra un experto, pero ese partido será transmitido por televisión nacional, así que se arriesgaría a hacer el ridículo frente a un gran público si no lo hace bien. Juan no conoce las reglas del críquet y tampoco están disponibles por ningún medio. En este punto, Juan tiene dos opciones, o presentarse y tratar de hacer lo mejor que pueda, aunque no sabe claramente qué hacer, o no presentarse pues al no saber qué hacer, prefiere ahorrarse el ridículo. Así, Juan decide no jugar ese partido y ahorrarse el ridículo, sabiendo que al no saber qué hacer, casi es 100% seguro de que perderá.

Situación similar ocurrirá con el posible solicitante de clemencia. La empresa conoce que puede obtener una reducción o exoneración de sanción si es que devela su participación en un cártel, pero podría perder los beneficios obtenidos por dicho cártel, además de ver perjudicada su reputación. En este punto jugará un papel muy importante la claridad y disponibilidad de las normas y políticas que serán aplicadas dentro del Programa de Clemencia. Si el posible solicitante no conoce las normas o estas no tienen la suficiente claridad que le permita predecir lo que ocurrirá, pueden ocurrir dos escenarios: o el solicitante se presenta pero no realiza un buen papel como colaborador porque no conoce las políticas que tiene cumplir y le es denegada la solicitud, o simplemente no se presenta al Programa de Clemencia debido a que al no conocer las obligaciones que tendría, sabe que la autoridad de competencia probablemente no le otorgará el beneficio que esperaba.

Así, las normas que se establezcan dentro de un Programa de Clemencia deben ser tan claras y atractivas para la empresa que ha participado de un cártel que, independientemente del cambio de funcionarios que se realice en la agencia de competencia, los resultados deberían ser los mismos. En capítulos anteriores hemos señalado que a veces el estilo de los funcionarios hace que el tipo de *enforcement* sea más sancionador o conciliador; sin embargo, al establecer reglas claras para el Programa de Clemencia, se logrará mantener los incentivos para que las personas develen su participación en el cártel, aun así, se replacen todos los funcionarios en competencia de la agencia.

En este sentido, el Programa de Clemencia debe ser claro y predecible para el solicitante. De esta manera tendrá toda la información respecto a lo que ocurrirá si es que presenta una solicitud y conocerá que, independientemente de la conformación de la Comisión o Secretaría Técnica, su caso será tratado de acuerdo con las normas y políticas respecto al Programa. Finalmente, a fin de que el interesado pueda obtener la información relevante, la agencia de competencia debe preocuparse en hacer que el Programa de Clemencia sea conocido por las empresas y sus funcionarios, pues si bien pueden conocer que existen las prácticas anticompetitivas, podrían no saber de la existencia del Programa, cómo se aplica y sus beneficios.

II.4.2. Posibilidad de detección

En el capítulo de teoría de juegos hemos explicado cómo solo si el agente económico que se encuentra involucrado en un cártel considera que su conducta puede ser detectada, se vería incentivado a solicitar clemencia. Por estos motivos, es importante utilizar las otras

herramientas de *enforcement* que puedan advertir al colusor de que su conducta puede ser detectada en cualquier momento.

De acuerdo con Miller el programa de clemencia en los Estados Unidos reducía las probabilidades de la formación de un cártel en 59% y aumentaba la probabilidad de detección del cártel en 62%¹³⁴. Así, el Programa de Clemencia ha demostrado ser una herramienta fructífera en la eliminación de conductas anticompetitivas y su detección rápida y eficiente. Debemos tener en cuenta que para lograr que el Programa de Clemencia tenga efectividad y se presenten mayor cantidad de solicitudes que develen la existencia de cárteles, no solo basta con la existencia del Programa, sino también tienen que confluír otros factores que hagan considerar al posible solicitante de que la agencia de competencia detectará su conducta.

De esta manera, las agencias de competencia tienen que demostrar un compromiso con una investigación vigorosa de los cárteles usando todos los poderes de investigación que puedan, utilizando no solo herramientas como las visitas de inspección, sino las entrevistas, el careo entre sospechosos, mecanismos de recompensas de gente que conoce la existencia de una conducta¹³⁵, entre otros. Aquellas empresas que participen en los cárteles deben percibir que existe un riesgo muy alto de ser detectadas. Esto logrará que los participantes del cártel develen la existencia de este antes de que sean descubiertos por la autoridad. Estos beneficios se ven maximizados cuando el Programa de Clemencia está diseñado de manera que cree una carrera entre los participantes en ser el primero en

¹³⁴ MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. University of California – Berkeley. 2007. Pág 4. En: http://eml.berkeley.edu/~webfac/gilbert/e221_f07/miller.pdf. Revisado: 04/02/19.

¹³⁵ Este mecanismo se diferenciaría del Programa de Clemencia, en tanto propone que personas no involucradas en la participación del cártel, pero con conocimiento de él, aporten la información que conocen a la autoridad, la cual podría darle un porcentaje de la multa a cambio o un máximo definido por la legislación o autoridad.

presentarse ante la autoridad (pues solo el primero recibiría la inmunidad total) y/o antes que las otras empresas o personas que pudieran recibir beneficios por el Programa¹³⁶. (en tanto se reciben más beneficios si fueras el segundo en postular al Programa que si fueras, por ejemplo, el cuarto).

Asimismo, debemos tomar en cuenta que cuando consideran reportar el cártel, una compañía o un individuo podrían realizar un análisis costo-beneficio para determinar su “mejor opción”. Al diseñar e implementar una política de clemencia es importante para una agencia de competencia considerar no solo si el Programa tiene los incentivos correctos, sino si tiene desincentivos que desalienten a los participantes del cártel a que reporten su conducta¹³⁷.

La colaboración en marco del “temor” por parte de las empresas a ser sancionadas se ha podido apreciar a través de la historia de Indecopi. A manera de ejemplo, en los años 1998 y 1999 las empresas más denunciadas ante la entidad eran los bancos. Por este motivo, Indecopi implementó estrategias no coercitivas (acciones educativas y preventivas) para alcanzar soluciones estructurales que llevaran a estas instituciones a cumplir con la ley. La predisposición de los bancos a cooperar surgió después de la publicación de resoluciones en las cuales algunos de ellos fueron declarados responsables y condenados al pago de multas por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor¹³⁸. De esta manera, los

¹³⁶ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy. En: Anti-Cartel Enforcement Manual (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>) .Pág 4 y 5. Revisado: 04/02/19.

¹³⁷ Ibidem. Pág 6.

¹³⁸ FALLA, Alejandro. ¿Zanahora o garrote: de qué depende?: De los estilos de enforcement de la regulación. En: “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General,” libro tributo a José Alberto Bustamante Belaunde, Apuntes de Derecho y Economía, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009. Pág 490.

bancos se mostraron más proclives a considerar cooperar con la autoridad porque existía un peligro real de que puedan ser sancionados.

Por lo tanto, si la agencia de competencia se mostrara pasiva y no realizara acciones de fiscalización, la empresa no tendría ninguna razón para considerar que el cartel podría ser detectado y le sería mucho más beneficioso continuar realizando la práctica anticompetitiva, en vez de presentar una solicitud de clemencia.

Otras razones por las cuales el colusor podría solicitar clemencia, es la existencia de investigaciones sobre el mercado en foros internacionales. En este sentido, debemos tener en cuenta el caso sancionado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia mediante Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI contra las empresas Kimberly Clark, Protisa y catorce personas naturales por una práctica colusoria en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios y condiciones comerciales en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tissue¹³⁹. En dicho caso, Kimberly Clark y Protisa hicieron pública su solicitud de clemencia, aceptando haber participado en dicho cártel.

La investigación sobre este caso es por el periodo comprendido entre el año 2005 y el 2014. Por lo tanto, cabe preguntarnos si se había mantenido un acuerdo de precios por tanto tiempo, ¿qué es lo que habría llevado a un agente económicos a develar su posible participación en el cártel, renunciando a las rentas anticompetitivas que podría obtener producto de él? La respuesta la encontramos en Colombia.

¹³⁹ Al respecto, ver: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/197841/Nota+24/4c1bb540-1834-4b8f-bf05-d83ef4975c06>. Revisado: 04/02/19.

El 24 de noviembre de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio inició un procedimiento administrativo contra cinco empresas comercializadoras de papel higiénico en Colombia y cuarenta y dos personas naturales. Si había indicios de que Drypers, la filial de CMPC Tissue (grupo al cual pertenece Protisa) y Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (perteneciente a Kimberly Clark) habrían participado de un cártel, había una probabilidad de que sus pares peruanos también lo hubieran hecho. Si bien esto no era seguro, por lo menos ameritaría que la agencia de competencia realice una investigación al respecto. Por lo tanto, si es que Kimberly Clark y Protisa estaban involucrados en el cártel también en el Perú, era racional admitir su participación en él pues eran conscientes de que probablemente la agencia de competencia empezaría a investigar este mercado y detectarlo por sí solo.

De esta manera, la agencia de competencia tiene que guardar especial atención a los casos internacionales debido a que existe evidencia de que usualmente estas prácticas se dan de manera corporativa entre las transnacionales. Si bien ya hemos señalado el mercado de papel higiénico, donde existe una resolución sancionatoria en Colombia y un procedimiento abierto en Chile y Perú, hay otros casos similares. Uno de estos casos es la colusión de precios en farmacias que ha sido sancionada en Chile y también en Perú. De igual manera, si bien el caso inicialmente fue investigado en Perú, se descubrió posteriormente que en Chile también había existido un acuerdo colusorio respecto al mercado de pollos.

Por lo tanto, podemos observar que es común que las empresas realicen prácticas colusorias de manera institucionalizada, por lo que, si existe un mercado investigado en un país cercano al nuestro o incluso internacionalmente, el Indecopi también debería monitorear dicho mercado. La cooperación entre agencias de competencias podría también alertar al colusor de que es muy probable la detección de su conducta anticompetitiva.

En este sentido, el Indecopi tiene que utilizar todos los poderes que le ha otorgado la norma para realizar visitas de inspección, entrevistas, monitorear los mercados, realizar acuerdos de colaboración con entidades del Estado, entre otros, de manera que la probabilidad de detección sea alta y las empresas conozcan que, si han cometido una práctica anticompetitiva, existe una posibilidad altísima de que esta sea detectada. Finalmente, estas actividades deben ser promovidas también a través de la publicidad de los casos y las facultades del Indecopi, de manera que las empresas sean conscientes de que en cualquier momento podrían ser investigadas.

II.4.3. Caída del cártel

La existencia de una colusión, así como del monopolio está destinada inevitablemente a erradicarse por su propia existencia. Así como el monopolio solo puede mantenerse en tanto sea dificultosa la entrada de otros competidores al mercado, la colusión puede cesar por distintos motivos.

La duración de un cártel puede variar de acuerdo con las características del mercado, agentes económicos, mecanismos de regulación entre miembros del cártel, entre otros. Si bien existen cárteles que duran menos de un año, el promedio de duración es de cinco a seis años. Dentro de su proceso de formación, los principales objetivos que tendría que perseguir un cártel son los siguientes: (i) seleccionar y coordinar que el comportamiento de todos los participantes del cártel y sus estrategias colusorias sean coherentes entre sí; (ii) monitorear el comportamiento de los participantes del cartel para detectar y evitar que se

desvíen de las estrategias colusorias coordinadas; y, (iii) prevenir la entrada (o expansión) de empresas que no participan del cártel¹⁴⁰.

¿Por qué es importante determinar los retos que tiene un cártel en su formación y desarrollo? En un cártel funcionando en perfectas condiciones donde todas las empresas colusoras están recibiendo considerables beneficios como producto de la práctica, es difícil que uno de los participantes solicite clemencia. En este sentido, es importante detectar qué es lo que causa el declive del cártel, tomando en consideración cuáles son los principales objetivos y retos que tendría que realizar un cártel para formarse, tener éxito y no extinguirse.

En primer lugar, exploremos el reto de seleccionar y coordinar el comportamiento entre todos los participantes del cártel. Ellos deben coordinar su comportamiento de manera que la actuación de uno no perjudique el funcionamiento de la práctica colusoria, pues si alguno no está de acuerdo con lo pactado o considera que se debería ejecutar de distinta manera, un cártel incluyendo a este agente no tendría el éxito esperado.

Sobre este punto, los objetivos de las empresas colusoras también tendrían que ser similares, pues si uno necesita mayor cantidad de ventas y no rentabilidad, tal vez no quisiera elevar el precio como aquel agente económico que busca rentabilidad. Asimismo, podría participar del cártel un recién ingresante al mercado, el cual su objetivo sería obtener participación del mercado, efecto que tal vez no pueda obtener si acepta elevar el precio de sus productos en demasía con sus otros competidores.

¹⁴⁰ LEVENSTEIN, Margaret y SUSLOW, Valerie. What determines cartel success? Journal of Economic Literature Vol 44 (Marzo 2006) Pág 44.

Respecto a la inestabilidad de los cárteles, se han determinado las siguientes características en la formación y el declive de los mismos: (i) las empresas participantes del cártel acuerdan el porcentaje del mercado que tendrá cada uno de ellos acuerdo a las participaciones de mercado que han tenido en el año (o en años pasados recientes) de la formación del cártel; (ii) cuando las empresas inicialmente se coluden, algunos de los miembros de cartel pueden descontentarse con la incapacidad que pueden tener de aumentar sus ventas, especialmente cuando tienen capacidad instalada; y, (iii) la incongruencia entre la cuota asignada para una empresa miembro del cártel y su deseo de ventas puede ser una fuente de inestabilidad para el cártel¹⁴¹.

Por ejemplo, revisemos nuevamente el caso sobre la venta de lisina de ADM y otras cuatro empresas. Habíamos señalado que en junio de 1992 las cinco empresas comercializadoras habían pactado subir el precio de la lisina de 0.60 céntimos a 1.20. En un primer momento (alrededor de septiembre de 1992) las empresas tuvieron éxito y lograron subir el precio hasta 1.05. Sin embargo, no lograron elevar el precio hasta 1.20 y posteriormente volvió a decaer hasta 0.70 en abril de 1993. ¿Cuál había sido el problema? No controlaron la cantidad producida por el lado de la oferta. De esta manera, cada compañía había intentado producir y vender toda la lisina que podían. Por lo tanto, si seguían produciendo mayor cantidad de la que necesitaba el consumidor, el precio del producto iba a seguir bajando. Para evitar que esto sucediera y el acuerdo fracasara, se reunieron representantes de Ajinomoto y ADM, los cuales intentaron acordar restringir las cantidades de producción con el objetivo de mejorar el precio. Terry Wilson les explicó que una vez que acordaran el volumen, ni siquiera tendrían que supervisar los precios pues vender su volumen designado por menos dinero, los haría recibir menos ingresos.

¹⁴¹ HARRINGTON, Joseph y otros. The discontent cartel member and cartel collapse: The case of the German cement cartel. *International Journal of Industrial Organization* 42 (2015). Pág 107.

El problema era que un acuerdo para limitar el volumen de lisina que vendería cada compañía requería la aceptación de las cinco compañías. En este sentido, estas cinco empresas se reunieron en junio de 1993. Lograron pactar un acuerdo sobre precios, pero pelearon sobre las restricciones de la cantidad que cada uno vendería, porque, como uno de ellos señaló: “Todos querían una participación mayor”¹⁴². De esta manera, podemos observar cómo uno de los principales problemas que tenían las empresas que ya habían pactado sobre precios sería el volumen de producción que tendría cada empresa. Este factor es primordial, pues pactar una cantidad establecida de productos ofertados significaría probablemente que no lograrían una mayor participación en el mercado.

Por lo tanto, apreciamos cómo existe una primera oportunidad para utilizar el Programa de Clemencia en este punto. Pongámonos en la situación donde hay cinco empresas del sector de venta de libros que quiere coordinar el precio al cual ofertan sus best sellers. Cuatro de las cinco empresas están de acuerdo en subir el precio de todos sus best sellers en 30%; sin embargo, el quinto considera que el alza va a alejar a los consumidores hacia la piratería o de lo contrario, dejarían de comprar sus productos. Entonces, si bien inicialmente había decidido participar del cártel, no está conforme con lo propuesto por sus competidores.

Es exactamente en el punto antes descrito donde podría actuar el Programa de Clemencia. En la formación y pactos acordados por las partes puede haber diferentes intereses, factor que tiene que aprovechar la agencia de competencia. De esta manera, si un agente económico quiere retractarse de participar en el cártel, conocería que acudiendo a Indecopi y develando los hechos ocurridos, no recibiría sanción alguna. Por lo tanto, la existencia del

¹⁴² VELASQUEZ, Manuel. Ética en los negocios: conceptos y casos. Ed Pearson Educación, 2008. Pág 200 y 201.

Programa de Clemencia y sus efectos tienen que ser conocidos por todas las partes involucradas.

Si las empresas superan esta primera fase de ponerse de acuerdo respecto a las acciones que se tomaran en el cártel, la segunda fase o problema que tendrán es monitorear y supervisar que todas las partes estén cumpliendo lo acordado por el cártel. El mantener lo acordado por todas las empresas puede ser complicado en tanto una desviación por una de las partes podría representar grandes ingresos para esta empresa.

Un hecho que ejemplifica esta situación ocurrió en el cartel del cemento en Alemania que duró desde 1991 hasta 2002. Readymix era una de las empresas que había participado del cártel e incluso sus precios hasta el 2001 eran relativamente mayores que aquellos otros participantes de dicho acuerdo. Sin embargo, Readymix bajó drásticamente sus precios en 2001. Así, optó por desviarse del cártel bajando sus precios, en vez de secretamente ofrecer descuentos y mantener su lista de precios similar a la del cártel. Esta estrategia era concordante con el propósito que tenía Readymix al creer que su anuncio significaría el declive del cártel, por lo que al decidir hacer esto, sería óptimo enfocarse en maximizar sus ganancias. La diferencia que otorgaba en precios, que incluso estaba debajo del precio competitivo anterior, se sustenta en el descontento que tenía respecto a su participación en el mercado y, por lo tanto, decidió dar más importancia que las otras compañías a sus ventas¹⁴³.

¹⁴³ HARRINGTON, Joseph y otros. The discontent cartel member and cartel collapse: The case of the cement cartel. *International Journal of Industrial Organization* 42 (2015) Pág 117.

Esta situación es una conducta habitual en cárteles. Es usual que los participantes de un cártel, a fin de obtener mayor participación de mercado o aumentar sus ventas, se desvíen del cártel, ofertando un precio menor al acordado en el mercado o infringiendo las pautas acordadas en la colusión. Cuando este tipo de conductas se repite constantemente, el cártel deja de funcionar pues aquel que ha “engañado” al cártel estaría obteniendo mayores beneficios monetarios que las otras empresas colusorias. De esta manera, es altamente probable que el cártel se desactive en poco tiempo. Si bien es factible superar pequeños desvíos por parte de una empresa en ciertos momentos, si esta conducta se hace constante, solo se estaría beneficiando la empresa que no cumple lo pactado al tener mayores ventas, ganar participación de mercado, preferencia del consumidor, entre otros elementos, lo que perjudicaría a sus competidores.

Stigler considera que la traición es el principal reto que los carteles enfrentan. Para lidiar con dicho problema, las empresas colusoras no solo toman acciones post cartel (como guerra de precios), sino también realizan monitoreo constante de las acciones que realizan las otras empresas del cártel¹⁴⁴.

Así, a fin de evitar que uno de los agentes que forman parte del cártel lo abandone o no siga lo acordado, muchas veces se ejercen mecanismos de coerción o sanciones para evitar la “traición” de uno de los miembros del cártel. Sin embargo, incluso estos mecanismos pueden llevar a que el cártel se desestabilice. Cuando uno de los participantes del cártel se desvía de lo acordado, los demás participantes podrían caer en una guerra de precios, hasta que decidan volver a realizar acuerdos que beneficie a todos. Aun así tomaran otro tipo de represalias, como dejar de venderle algún producto necesario para su

¹⁴⁴ STIGLER, George. A Theory of Oligopoly. The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue 1, 1964. Pág 46 y 47.

producción o tratar de forzarlo a volver al cártel, sería evidente que el cártel no estaría funcionando de manera exitosa si los episodios de desviación son numerosos. En esta situación también una de las empresas que no está conforme con el desarrollo del cártel o que prevé la destrucción de este, podría postular al Programa de Clemencia a fin de no recibir sanción por su participación. De esta manera, el posible solicitante tiene que conocer que mediante esta herramienta podría recibir beneficios por su colaboración y no ser sancionado.

Finalmente, el tercer reto que tienen los cárteles es la posible entrada de otros participantes en el mercado donde se desarrolla el cártel, por lo que tienen que realizar diferentes acciones para impedir tal situación. Según Marinus¹⁴⁵, la empresa cuando ve perjudicada la posición que mantiene en una actividad económica, su actuar más común es la utilización de diferentes barreras de entrada para tardar el ingreso de un nuevo participante en el mercado o impedirla completamente. De acuerdo con el autor, una de las principales razones de por qué los cárteles no perduran es la amenaza de posibles nuevos competidores. Por esta razón, usualmente los acuerdos colusorios entre empresas funcionan hasta que los otros agentes no colusorios empiecen a obtener ganancias significativas provenientes de la ventaja competitiva que tienen en relación con los agentes colusorios. Si las empresas colusoras no realizan ninguna acción para impedir el ingreso de ofertantes, el nuevo competidor podrá entrar al mercado y las ganancias de los miembros del cártel se reducirán. Por eso, la entrada de otros competidores se intenta evitar de diversas maneras, por ejemplo, realizando lobby con el gobierno para que emita normas legales que dificulten la entrada de nuevos competidores en el mercado o impidiendo la

¹⁴⁵ MARINUS, Bastian. Essays of Theory of Collusion
(<http://www.rug.nl/research/portal/files/10372652/12complete.pdf>). En:
dissertations.ub.rug.nl/FILES/faculties/feb/2009/b.m.../12complete.pdf, pág. 14. Revisado:31/07/17.

venta de facilidades esenciales a dichas empresas. Sin embargo, un aspecto importante de dicha actuación es que no es necesario que todas las empresas que forman parte del cártel realicen la acción para evitar el ingreso de otros. De esta manera, si solo uno de los colusores realizara todas las gestiones para que se promulgue una norma que dificulte la entrada de otros competidores en su mercado, se generarían beneficios para todos los colusores y solo habría incurrido en costos aquél que impidió la entrada al mercado de otros competidores. Por lo tanto, solo una de las empresas habría incurrido en costos para beneficiar a todos sus otros pares.¹⁴⁶ La falta de acuerdo para determinar quién sería esta empresa “sacrificada” podría perjudicar al cártel pues al mantenerse inactivos todos, permitirían que nuevos competidores ingresen al mercado.

Por lo tanto, Marinus considera que una de las principales razones por las cuales los cárteles pueden no funcionar, se debe al hecho que puede tomar cierto tiempo determinar cuál de los agentes participantes en el cártel debe iniciar el procedimiento o proceso para impedir la entrada de un nuevo competidor que afecte el acuerdo tomado. Esto se debe a que uno de los participantes del acuerdo incurrirá en costos en los cuales los otros no incurrirán. Entonces, las empresas dentro de la colusión se podrían ver perjudicadas por dos situaciones: (i) el tiempo que demore determinar cuál sería la empresa que tendría que sacrificarse e incurrir en costos para impedir la entrada de otros competidores y (ii) los actos realizados por esta empresa para crear barreras significativas a la entrada no podrían surtir los efectos esperados, lo que ocasionaría el ingreso de nuevas empresas a dicho mercado.

Dicha situación podría destruir el cártel, pues existiría una empresa con posiblemente precios más bajos y condiciones comerciales mejores que obtendría la preferencia del

¹⁴⁶ MARINUS, Bastian. Essays of Theory of Collusion
(<http://www.rug.nl/research/portal/files/10372652/12complete.pdf>). En:
dissertations.ub.rug.nl/FILES/faculties/feb/2009/b.m.../12complete.pdf, pág 14. Revisado:04/02/19

consumidor, lo que perjudicaría gravemente a los miembros del cártel. En el siglo XIX, existieron intentos repetidos de los productores de sal para coludirse exitosamente. Entre los acuerdos se incluían fijar precios, controlar su producción y repartirse el mercado geográficamente. A pesar de que utilizaron mecanismos legales e ilegales para lograr que el cártel funcione, todos los acuerdos colapsaban en máximo uno o dos años. El problema era que no importa cuánto trabajo y cuan comprometidas estén las empresas colusoras en que el cártel funcione, no había suficientes barreras a la entrada en dicho mercado que permitan la colusión¹⁴⁷. El hecho descrito puede haberse replicado numerosas veces, incluso si las empresas siguen todos los pasos para que su colusión funcione, no siempre pueden evitar la entrada de nuevos agentes al mercado, especialmente si no existen barreras significativas en dicho mercado.

En dichas circunstancias, también podría utilizarse el Programa de Clemencia, debido a que los agentes colusores pueden percibir que la entrada de nuevos competidores es inminente y el cártel podría entrar en peligro, por lo que decidirían acogerse al Programa con el objetivo no de recibir una sanción.

En este sentido, tenemos que tener en cuenta que los cárteles no son perfectos. Presentan numerosas dificultades para crearse, mantenerse y no destruirse a través del tiempo. Por eso, el Programa de Clemencia, que busca incentivar a una persona o agente económico a develar su participación en un cártel es crucial en los momentos o situaciones donde dicha práctica es débil o inestable, de manera que aquellos que estén involucrados opten por confesar ante la autoridad al notar que el cártel inminentemente terminará y podrían ser sancionados por participar en él. Además, debido a que los beneficios dependen del

¹⁴⁷ GROSSMAN, Peter Z. How cartels endure and how they fail: studies of industrial collusion. Edward Elgar Publishing. Pág 34.

momento en que se informe a la agencia de competencia, al notar problemas en el cártel, cualquiera de las empresas sospecharía que su competidor puede acudir al Estado antes que él, por lo que se apresuraría en ser el primero en presentar una solicitud al Programa de Clemencia. Esto es comúnmente conocido en Estados Unidos como “a race to the court house”¹⁴⁸.

Por estas razones, se necesita un fuerte Programa de Clemencia. La agencia de competencia tiene que lograr que los incentivos para delatar la existencia del cártel sean más fuertes que las posibles sanciones que podría recibir una de las empresas colusoras por informar la práctica anticompetitiva a la agencia de competencia. Así, también Indecopi tiene que informar sobre los beneficios del Programa, de manera que, ante la posibilidad de inestabilidad o dificultades en el cártel, las empresas que han participado en la colusión se apresuren en ser las primeras en presentar su solicitud de clemencia.

II.4.4. Multas

Como hemos mencionado anteriormente, las multas son un pilar importantísimo del mecanismo de *compliance* de las normas de competencia. Así, uno de los incentivos principales para aplicar a un Programa de Clemencia es evitar la posible multa que pueda obtener la persona natural o jurídica por su participación dentro del cártel.

Sin embargo, a fin de que la medida de evitar una multa tenga un efecto positivo en el colusor, los participantes del cártel deben creer firmemente que, si no postulan al Programa de Clemencia, otras acciones de enforcement permitirán que la agencia de competencia

¹⁴⁸ “Una carrera hacia el palacio de justicia”.

pueda detectar su conducta y una sanción considerable les será impuesta¹⁴⁹. De esta manera, las sanciones impuestas a los participantes de un cártel que no son parte del Programa de Clemencia (e incluso aquellos que solo son beneficiados con una reducción de sanción), deben ser significativas. Si las sanciones son inadecuadas, los participantes del cártel no develarán su conducta ilegal pues los beneficios de la clemencia serían muy reducidos o inexistentes. Esencialmente, el valor que le dan al cártel las empresas o personas participantes de la colusión debe ser menos que el costo que representaría que se deleve su participación en la conducta¹⁵⁰.

En este sentido, puede ser que el agente colusor sea racional, haya determinado la posibilidad de detección y la multa, razones por la que, si se quiere desincentivar la conducta, tendría que colocarse multas altas a quienes cometen estos actos. Si el ente administrativo impone sanciones menores a \$10 000 dólares a Gerentes General de empresas grandes, entonces no se verán desincentivados de incurrir en un cártel, debido a que el daño que recibirían si se prueba la existencia de la conducta, no sería considerable tomando en cuenta el dinero que ganan. Esta situación se ejemplifica aún mejor con las empresas que pueden recibir millones de dólares por haber participado en un cártel, pero si la agencia de competencia estima erróneamente la multa, podría serle conveniente seguir concertando y pagar la multa respectiva. Por lo tanto, es necesario imponer multas que representen en realidad el beneficio ilícito que ha obtenido el agente económico o la persona pues, de lo contrario, le convendría seguir realizando actos anticompetitivos en tanto los beneficios que obtendría serían mayores que los perjuicios.

¹⁴⁹ MARINUS, Bastian. Essays of Theory of Collusion
(<http://www.rug.nl/research/portal/files/10372652/12complete.pdf>). En:
dissertations.ub.rug.nl/FILES/faculties/feb/2009/b.m.../12complete.pdf. Pág 5. Revisado: 04/02/19.

¹⁵⁰ Ibid. Pág 5. Revisado: 31/07/17.

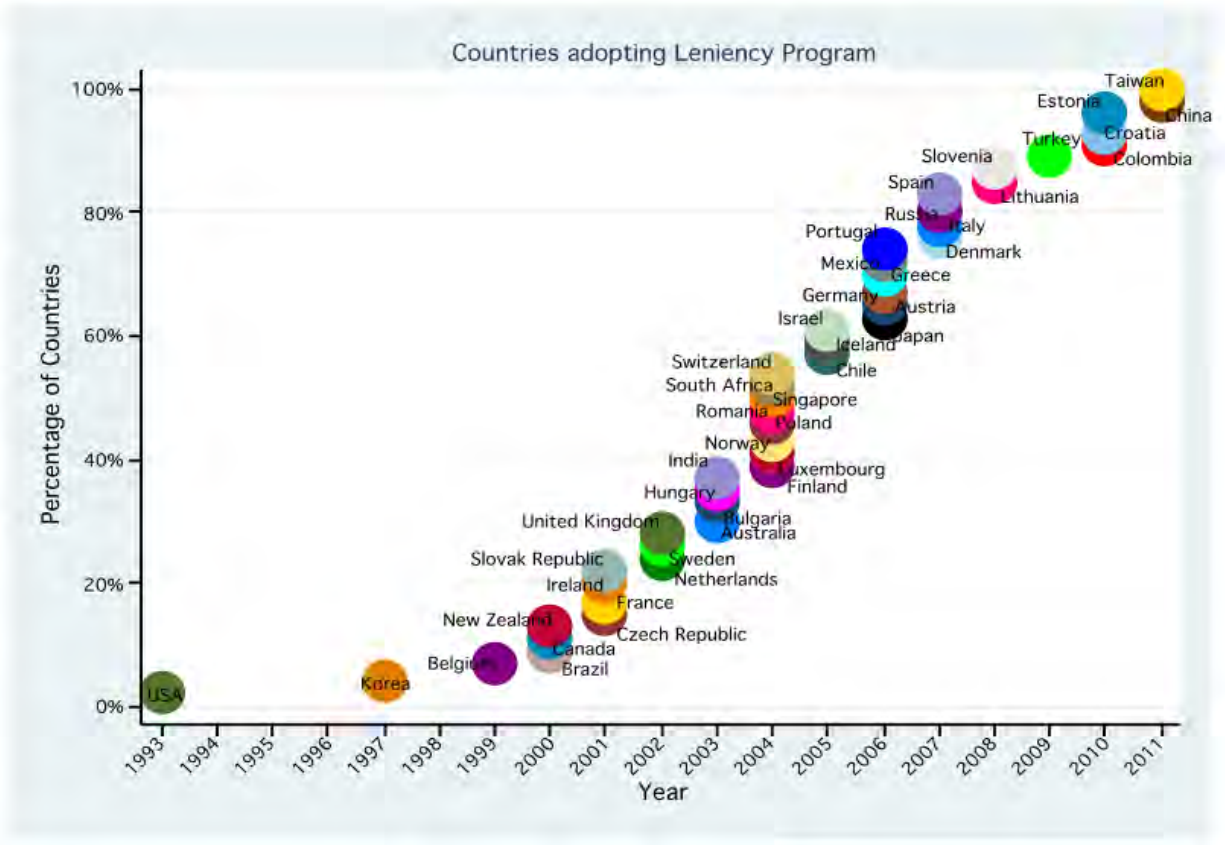
En este sentido, debemos tomar en cuenta que, si la multa es irrisoria, el agente económico va a preferir ser detectado por la agencia de competencia a solicitar clemencia ¿Por qué? Porque si la multa esperada es mínima, el colusor esperara hasta ser detectado para pagar la sanción impuesta y continuar concertando. En cambio, si la multa es alta, existe un gran perjuicio económico que estaría evitando el agente colusor al postular al Programa de Clemencia, por lo que le sería mucho más beneficioso delatar su conducta y no recibir sanción, en comparación con esperar a que Indecopi detecte su conducta y le imponga una multa significativa.

Además, sobre el aspecto psicológico de las personas que colaboran dentro de un Programa de Clemencia, sería recomendable que las agencias de competencia opten por tener un trato más benevolente con ellas en contraposición con quienes no han participado de dichas conductas. Si bien es imposible ocultar el nombre de aquellos que han sido sancionados, podría no publicitarse en demasía los nombres de las personas naturales solicitantes de clemencia. Debemos tener en cuenta que muchas veces, lo más importante para aquellos que han incurrido en esta práctica, es el efecto reputacional que esto traerá en sus carreras. Por este motivo, sería recomendable que la agencia de competencia tenga cierto grado de flexibilidad respecto al trato publicitario que les da a los colaboradores del Programa.

II.5. Experiencia internacional en Programas de Clemencia

La experiencia internacional en Programas de Clemencia ha sido exitosa, siendo que en muchos países es la herramienta más eficaz para detectar cárteles. En post de estos

resultados favorables, cada vez más agencias de competencia adoptan esta herramienta, como podemos ver en el siguiente gráfico:



Elaboración: Borell, Jiménez y García (2013)

Podemos apreciar a través de este gráfico como hace 20 años, existían muy pocos países con Programas de Clemencia en el mundo. Incluso en Estados Unidos, uno de los primeros países donde se instauró, este tenía un diseño no muy atractivo, por lo cual no tuvo efectos positivos considerables hasta las reformas que se hicieron en años posteriores con el fin de atraer a más solicitantes. En los últimos años, la cantidad de países que han implementado esta política ha crecido de manera exponencial. En la actualidad, todos los países

pertenecientes a la OCDE han adoptado el Programa de Clemencia dentro de su legislación para asegurar una mayor detección y persecución de los cárteles¹⁵¹.

La adopción del Programa se debe a que el efecto que ha tenido en la detección de cárteles internacionalmente ha sido altamente positivo. Así, Hammond ha señalado que el Programa ha sido, en gran medida, el mecanismo responsable del descubrimiento de la mayoría de los cárteles internacionales que se han investigado recientemente. El éxito del Programa ha llevado a que múltiples países –como Canadá, Reino Unido, Alemania y Francia, así como la Unión Europea– desarrollen sus propios Programas, existiendo otros países que evalúan seguir en esta dirección. Desde su perspectiva, el Programa de Clemencia es incuestionablemente la herramienta disponible más importante para detectar y resquebrajar los cárteles. Su éxito también proporciona lecciones importantes acerca del desincentivo en la formación de cárteles. Esto debido a que los principios fundamentales que se aplican en la efectiva prevención de los cárteles también forman parte del núcleo de la implementación de un exitoso programa de clemencia para la detección de cárteles una vez que tienen lugar¹⁵².

Estados Unidos

El Programa de Clemencia ha sido considerado como un gran éxito en la historia del refuerzo para la aplicación de las normas de competencia en Estados Unidos. Es en la actualidad la herramienta más exitosa para detectar y perseguir a los cárteles. Su uso ha

¹⁵¹ OECD. Policy Roundtables: Leniency for Subsequent Applicants. 2012.
En: <http://www.oecd.org/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>. Revisado: 31/07/17.

¹⁵² HAMMOND, Scott (DOJ – Antitrust Division), Fighting Cartels - Why And How?, Lessons Common To Detecting And Detering Cartel Activity, The 3rd Nordic Competition Policy Conference, Setiembre 2000.

permitido un aumento dramático en el número de carteles descubiertos y multas impuestas. También se ha demostrado el éxito del programa con la adopción de similares programas de inmunidad en todo el mundo. En 1990, Estados Unidos era el único país en proveer completa inmunidad a la primera corporación que reporte su participación en un cártel. En la actualidad, más de 50 países han implementado este programa¹⁵³.

El primer Programa de Clemencia que adoptó la División de Antitrust fue creado en 1978, posteriormente en 1993 se realizaron reformas. Así, en dicho año se implementó la Política de Clemencia Corporativa y en 1994 se adoptó la Política de Clemencia para Individuos. En el programa de clemencia estadounidense una empresa y los individuos pueden evitar la responsabilidad criminal y multas por su actuación, si es que son los primeros en confesar su participación en un cártel, y cumplen con cooperar continuamente, entre otros requisitos específicos.

De manera similar a otros países, en Estados Unidos hay dos tipos de aplicaciones, Tipo A, en caso la División de Antitrust no haya iniciado una investigación en el referido mercado y el Tipo B, donde la División de Antitrust ya inició una investigación¹⁵⁴. Para presentar una solicitud en el Tipo A es necesario ser el primero en reportar la actividad, proveer continua cooperación, admitir la infracción, indemnizar cuando sea posible y no ser el líder o haber coaccionado a otros para que participen en el cártel. A fin de aplicar al Tipo B, se deben cumplir todos los requisitos del Tipo A, incluyendo ser el primero en reportar la actividad ilegal. Asimismo, la División de Antitrust no debe tener evidencia previa de la participación del solicitante en el cártel y el otorgamiento de la clemencia no debe ser injusto con las

¹⁵³ LYNCH, Niall E. Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective. P 1 Latham & Watkins. En: <https://www.lw.com/presentations/immunity-in-criminal-cartel-investigations-us-perspective>. Revisado: 04/02/19.

¹⁵⁴ Ibidem. Revisado: 04/02/19.

otras empresas, teniendo en consideración la actividad ilegal, el rol de la compañía en ella y el momento en que la compañía decide postular al Programa¹⁵⁵.

Debido a la importancia de detectar las conductas más graves en el mercado, el Programa de Clemencia o Amnistía, como también se le conoce en Estados Unidos, solo es aplicable para aquellas infracciones más graves a la Ley Sherman, los cuales son los cárteles per se. Por lo tanto, solo es posible solicitar clemencia si se ha sido parte de un cártel que involucre la fijación de precios, licitaciones colusorias, reparto de mercado o de clientes y restricción en ventas.

El éxito del Programa de Clemencia estadounidense se debe en gran parte a las reformas realizadas en 1993. Anteriormente, no existía seguridad sobre si la forma en que actuaría la División de Antitrust pues tenía un gran poder de discreción sobre si otorgar o no clemencia al solicitante. Asimismo, anteriormente el Programa de Clemencia estadounidense no otorgaba inmunidad a los trabajadores que eran parte de la empresa y habían participado en el cártel. Por esta razón, antes de 1993, la División de Antitrust recibía en promedio una postulación por año. A partir de los cambios, las postulaciones comenzaron a aumentar y en el año 2005, el promedio de postulaciones recibidas fue hasta dos por mes. De acuerdo con la División de Antitrust, el aumento en el número de postulaciones y el éxito en general del programa se debe a tres importantes cambios realizados en 1993: (i) la amnistía se convirtió en automática si no había investigación previa por parte de la autoridad, (ii) todavía era posible obtener amnistía incluso si la cooperación empezaba cuando la investigación ya se había iniciado, y, (iii) todos los funcionarios,

¹⁵⁵ WALLACE, Kate. To Cooperate Or Not: Obtaining Amnesty Under The DOJ's Corporate Leniency Policy. Jones Day. En: <http://www.jonesday.com/files/Publication/8edab167-d0d4-4264-8657-22df273e6a65/Presentation/PublicationAttachment/65c82d88-8a6d-49a3-ac6b-283f85f7f302/wallace.pdf>. Revisado: 04/02/19.

directores y trabajadores de la empresa que cooperen son protegidos de un enjuiciamiento judicial¹⁵⁶.

Scott Hammond, en su discurso “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades” del 2010 señaló que desde 1996 las empresas han sido multadas por más de \$5 billones de dólares, siendo el 90% de dichas multas impuestas en casos descubiertos por el Programa de Clemencia¹⁵⁷.

En este sentido, el Programa de Clemencia en Estados Unidos ha demostrado ser la herramienta más útil para detectar cárteles en las últimas décadas, especialmente, con las reformas implementadas en 1993 que hicieron el Programa mucho más atractivo y predecible para los administrados.

Unión Europea

El Programa de Clemencia en la Unión Europea se instauró en 1996, pero ha tenido modificaciones en los últimos años para hacerlo más atractivo y predecible para las empresas.

Así, el Programa de Clemencia de 1996 no aseguraba otorgar la exoneración de multa al primer solicitante de clemencia, por lo que a muchas empresas no se les redujo enteramente la multa que hubieran recibido. Si bien, de acuerdo con las normas

¹⁵⁶ LYNCH, Niall E. Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective. P 3 Latham & Watkins. En: <https://www.lw.com/presentations/immunity-in-criminal-cartel-investigations-us-perspective>. Revisado: 04/02/19.

¹⁵⁷ HAMMOND, Scott. “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over The Last Two Decades”. En: <https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>. Pág 4. Revisado: 04/02/19.

establecidas, un solicitante podría haber obtenido el 100% de reducción en su multa, en la práctica la Comisión Europea no otorgaba inmunidad completa, por lo que los solicitantes solo obtuvieron hasta un 75% de reducción de la multa, con la excepción de 3 casos. Por estas razones, no se consideró que el Programa de Clemencia de 1996 otorgaba seguridad o predictibilidad¹⁵⁸.

En 2002, se introdujeron cambios en el Programa. Los principales fueron:

- Otorgar la completa exoneración de multa al primer solicitante de clemencia si aporta evidencia que permita iniciar una investigación o que permita sancionar a empresas por la existencia de una práctica colusoria (si la investigación ya ha sido iniciada).
- Se ofrece reducción de multa a los subsiguientes colaboradores de clemencia. Entre 30% y 50% de reducción al segundo colaborador, entre 20 y 30% al tercero y hasta 20% a los posteriores. Antes solo se otorgaba hasta 15% para los subsiguientes.
- Se brinda una confirmación escrita de la inmunidad condicionada a la colaboración.
- Anteriormente, se indicaba que el instigador o quien había jugado un papel determinante en el cártel no podía recibir clemencia, esto fue cambiado para señalar que solo aquél que ejerce coerción a otro para la formación del cártel no podría recibir clemencia.
- Finalmente, eliminó la disposición que obligaba al colaborador a entregar evidencia concluyente sobre la existencia del cártel pues consistía en un estándar muy alto¹⁵⁹.

¹⁵⁸ ARP, D Jarret y SWAFF, Christof. Immunity from Fines for Cartel Conduct Under the European Commission's New Leniency Notice. 2002 En: http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/EU_Leniency_Notice.pdf. Pág 59. Revisado: 04/02/19.

¹⁵⁹ ARP, D Jarret y SWAFF, Christof. Immunity from Fines for Cartel Conduct Under the European Commission's New Leniency Notice. 2002 En: http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/EU_Leniency_Notice.pdf. Pág 59. Revisado: 04/02/19.

Debido a la reforma del Programa de Clemencia en el 2002, el cual garantizaba el 100% de exoneración al primer colaborador, la Comunidad Europea cual consiguió un alto nivel de aplicaciones y se convirtió en una herramienta exitosa de la lucha contra los cárteles¹⁶⁰.

En el 2006, se realizaron nuevos cambios al sistema de clemencia de la Unión Europea, el cual está vigente hasta la actualidad. Las principales disposiciones del actual Programa de Clemencia son las siguientes:

- Inclusión del sistema de marker para determinar cuál es el lugar de prelación de solicitantes y dar predictibilidad.
- Las empresas no necesariamente tienen que presentar toda la información relevante en su solicitud de clemencia, puede ser entregada a través de su colaboración en el procedimiento de manea continua.
- El solicitante de clemencia tiene que especificar con claridad su participación en el cártel.
- Se introdujo flexibilidad respecto al momento en que los solicitantes de clemencia deben cesar su participación en el cártel.
- La información presentada por el solicitante no puede ser falsa o llevar al error a la Comisión Europea.
- El solicitante de clemencia no puede destruir o falsificar información determinante para probar su participación en determinado periodo de la conducta.
- La obligación de continua operación también es aplicable para los solicitantes de clemencia que esperan una reducción de sanción.

¹⁶⁰ VAN BARLINGEN, Bertus y BARENNE, Marc. The Europea Commission's 2002 Leniency in Practice. En: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2005_3_6.pdf. Revisado:04/02/19.

- Se proveía el resguardo de las evidencias otorgadas dentro del Programa de Clemencia para una eventual demanda por indemnización de daños y perjuicios¹⁶¹.

Cabe resaltar que, con los cambios realizados en el 2002 y en el 2006, el Programa de Clemencia en la Unión Europea ha logrado un gran éxito. Así, se ha reportado que en la Unión Europea el 60% de los casos detectados provienen de una aplicación al Programa de Clemencia¹⁶².

Así, en la etapa comprendida entre el 2002 y el 2005, la Comisión Europea recibió 167 solicitudes de clemencia, 87 aplicables para la inmunidad completa y 80 aplicables para el procedimiento de reducción de sanción. Sobre las 87 solicitudes, se otorgaron 51 compromisos de inmunidad completa. De igual manera, entre este mismo periodo se resolvieron 5 casos iniciados por una solicitud de clemencia, los cuales han representado 1 131 millones de dólares en multa.

Asimismo, solo en el año 2015, la Comisión Europea ha resuelto seis casos iniciados a través de una solicitud de clemencia, los cuales han resultado en multas por más de 200 millones de dólares¹⁶³.

¹⁶¹ EUROPEAN COMMISSION. Competition: Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report cartels. En: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1705_en.htm?locale=en. Revisado: 04/02/19.

¹⁶² CARMELIET, Tine. How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle. En: <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/48n3/carmeliet.pdf>. Revisado: 04/02/19.

¹⁶³ PRACTICAL LAW. Cartel Leniency in EU: overview. En: <http://uk.practicallaw.com/0-517-4976?source=relatedcontent#a864850>. Revisado: 04/02/19.

II.6. Historia del Programa de Clemencia en el Perú

El Programa de Clemencia en el Perú fue introducido en el Perú mediante el Decreto Legislativo 807. En dicha norma se estableció que la exoneración de la responsabilidad solo podría solicitarse una vez que ya se hubiera iniciado un procedimiento administrativo sancionador, no era claro si los subsecuentes solicitantes de clemencia podrían ser beneficiados con la exoneración o reducción de la multa y la confidencialidad de las pruebas dependía de la decisión de la Comisión. Por otro lado, no se explicaba si los solicitantes pudieran ser elegibles de responsabilidad por indemnización de daños y perjuicios, si se pudieran utilizar markers, el deber de colaboración que debían tener los colaboradores, entre otros elementos.¹⁶⁴

Bajo este régimen legal, ninguna solicitud de clemencia fue presentada. Considero que esto se debe en gran parte a la ambigüedad de las normas y la falta de predictibilidad de lo que ocurriría con un solicitante de clemencia. Además, solo se podría recibir solicitudes si el procedimiento administrativo ya había sido iniciado, por lo que se perdería una de las funciones más importantes del Programa: la detección de los cárteles.

¹⁶⁴

Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi

Artículo 20.-

(...) Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento. El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contraer la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de toda información declarada reservada por La Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos.

Mediante el Decreto Legislativo 1034, se introdujeron grandes cambios en el Programa de Clemencia: la solicitud de clemencia podía presentarse antes del inicio del procedimiento administrativo, se permitía la participación en el Programa de subsiguientes postulantes al primero, la confidencialidad de los documentos era obligatoria y el ser beneficiado con la exoneración o reducción de sanción no eximía de la indemnización por daños y perjuicios que tendría que pagar el agente económico¹⁶⁵.

Con este marco legislativo se han recibido 5 solicitudes de clemencia que involucran a 7 mercados. Si bien el marco normativo estuvo vigente desde el 2008, las solicitudes fueron recibidas en el año 2012, 2014 y 2015.

Debido al interés de la Secretaría Técnica en reforzar las investigaciones referentes a cárteles, con el Decreto Legislativo 1205 se modificó el marco normativo vigente y se introdujeron nuevos cambios al Programa de Clemencia para hacerlo más atractivo y predecible hacia los administrados.

¹⁶⁵

Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 26.- Exoneración de sanción. -

26.1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento.

26.2. El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el interesado y la Secretaría Técnica y contendrá la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado, lo exonera de sanción respecto de la conducta llevada a cabo, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional, seguirle o iniciarle procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.

26.3. Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa.

26.4. La aprobación de exoneración de sanción no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

Entre los principales cambios encontramos: la introducción del sistema de markers, se especificaron el rango de beneficios que recibirían los solicitantes subsiguientes al primero, se determinaron los diferentes requisitos para el primer solicitante y para los demás solicitantes, se estableció cuáles serían los requerimientos para las solicitudes previas y posteriores al inicio de un procedimiento administrativo, se determinó que el beneficio de clemencia es obligatorio una vez que la Comisión ha encontrado responsabilidad en los demás agentes económicos y no existe un informe de la Secretaría Técnica donde se indique que el Colaborador no ha cumplido con su deber de colaboración, entre otras modificaciones.

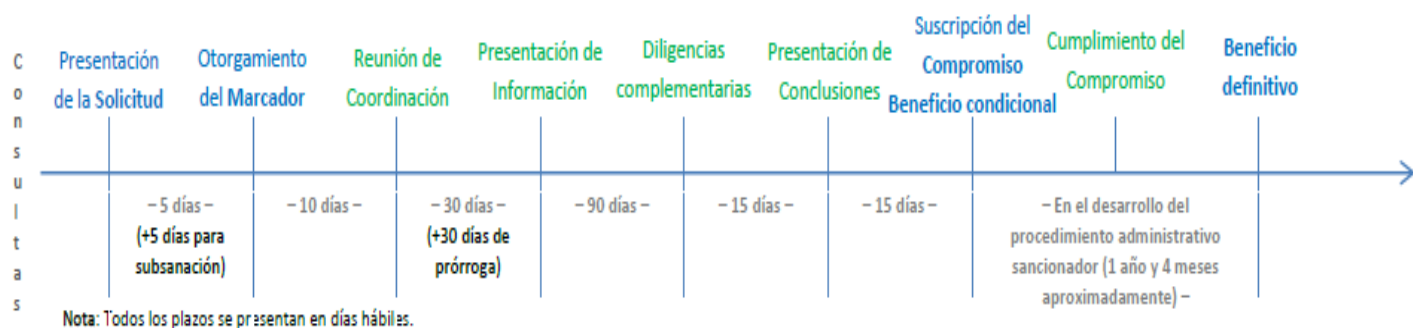
Asimismo, la Secretaría Técnica, en junio de 2016 emitió el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia, a fin de dar mayor predictibilidad a los administrados sobre el procedimiento, mediante la explicación detallada y desarrollada de los contenidos del artículo 26 del Decreto Legislativo 1205. Entre los principales cambios se ha establecido cómo funcionará el sistema de marcadores, el significado que la Secretaría Técnica le daría a valor agregado, las prácticas sobre las cuales se podría solicitar clemencia, los agentes económicos elegibles para poder participar en el Programa, la oportunidad en la presentación de la solicitud, reglas en confidencialidad, plazos dentro del procedimiento, entre otros temas¹⁶⁶.

Después de la modificación normativa, se recibieron 4 solicitudes de clemencia solo en el año 2016. El Proyecto fue puesto a disposición del público a fin de que se realicen comentarios que puedan aportar diferentes perspectivas para la realización de la versión final de la Guía.

¹⁶⁶ INDECOPI. El Indecopi publica para comentarios el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/proyecto-de-guia-del-programa-de-clemencia>. Revisado: 04/02/19.

En agosto de 2017, la Comisión de Libre Competencia publicó la versión final de la Guía del Programa de Clemencia. Entre los principales temas que se incluyeron en la Guía, se encuentran la determinación de que el Programa de Clemencia solo está destinado a los cárteles, el significado de coerción y valor agregado significativo para los fines del Programa, el deber de colaboración, el deber de reserva, la elegibilidad de los posibles solicitantes del Programa, las medidas correctivas que pueden imponerse a los colaboradores, los tipos de Clemencia, el procedimiento aplicable a las solicitudes de Clemencia, entre otros cambios. Un elemento retirado de la Guía y que sí encontramos en el Proyecto fue la interacción entre el Programa de Clemencia y el Compromiso de Cese, tema que también será analizado posteriormente.

En el siguiente gráfico, se ejemplifica el procedimiento que se establece en la Guía de Clemencia sobre la tramitación de las solicitudes en el Programa de Clemencia:



Elaboración: Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Fuente: <https://www.indecopi.gob.pe>

Como podemos observar, después de la presentación de solicitud, existen 5 días para que la persona natural o jurídica pueda subsanar su solicitud y la Secretaría Técnica le otorgue

el “marker”, lo cual definiría el lugar que tiene de prelación respecto a los otros participantes del cártel y conocería el porcentaje de reducción o la exoneración que podría recibir. Después de este otorgamiento, existen reuniones de coordinación para conversar sobre la información que se necesitaría por parte del solicitante de clemencia, frente a lo cual el solicitante tiene 30 días para presentación la información que ha hallado sobre la conducta (con 30 días de prórroga en caso fuese necesario) y, posteriormente, existen 90 días adicionales para diligencias complementarias. Esto permite que si la Secretaría Técnica todavía no ha obtenido toda la información necesaria que sustente la iniciación de un caso, pueda requerir al solicitante más información sobre el cártel. Finalmente, la Secretaría Técnica puede estimar las conclusiones respecto a la existencia de indicios de una práctica anticompetitiva de acuerdo con la información presentada por el o los colaboradores y sus propias investigaciones.

Después de este procedimiento, se suscribirá el Compromiso de Exoneración de Sanción o Reducción de Sanción, dependiendo de la condición del colaborador. La empresa que se ha acogido al Programa de Clemencia tiene que cumplir con colaborar durante todo el procedimiento administrativo. Se le otorgará el beneficio cuando haya finalizado dicho procedimiento, si la Secretaría Técnica no ha emitido un informe no favorable respecto a la actuación del colaborador. En dicho caso, la Comisión evaluará el informe y el cumplimiento del deber de colaboración del colaborador para determinar si recibirá la exoneración o reducción de sanción.

En el Perú, el primer caso donde se hizo pública una solicitud de clemencia fue en el cártel del papel higiénico, sancionado en marzo de 2017. En dicho caso, la empresa Productos Tissue del Perú (Protisa) y Kimberly Clark han hecho pública sus solicitudes de clemencia. Sus solicitudes estaban referidas a la colusión de precios y condiciones comerciales entre

ambas empresas en el mercado de papel higiénico desde 2005 hasta 2014. Dicho caso ha sido sancionado por la Comisión en 2017 y confirmado por la Sala en 2018.

A través de los datos y modificaciones que se han realizado al Programa de Clemencia en los últimos años podemos observar lo fundamental que es diseñar un marco normativo adecuado para el funcionamiento de esta herramienta. Sin el correcto diseño o promoción, el Programa de Clemencia estuvo regulado en nuestro país por 16 años (desde 1996 hasta 2012), sin recibirse una sola solicitud. Recién a partir de una mayor difusión de dicho Programa y los beneficios que podrían otorgarse por los administrados, se presentaron mayor cantidad de solicitudes de clemencia.

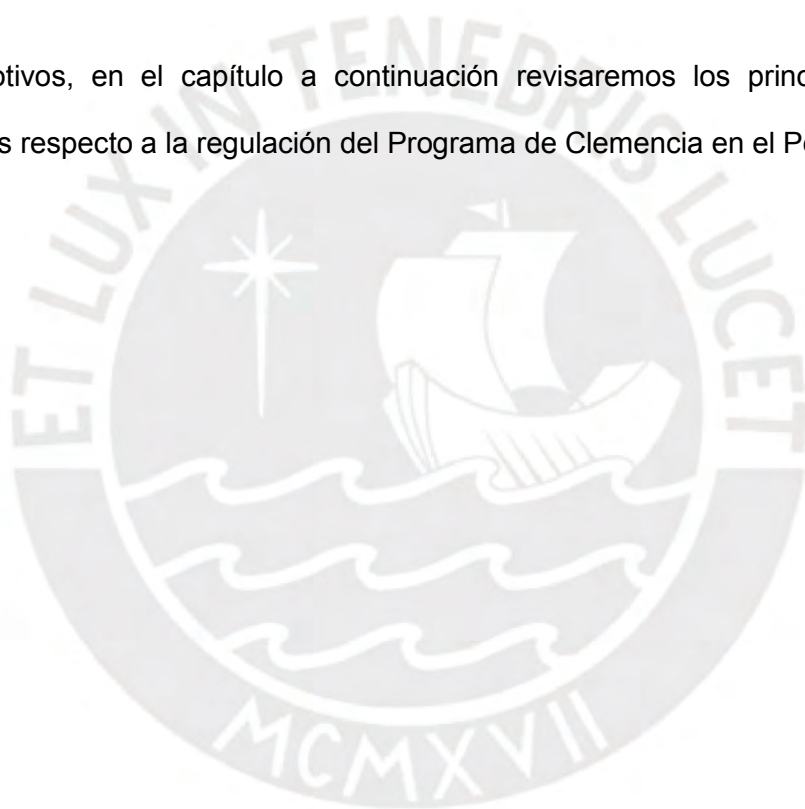
De esta manera, podemos apreciar cómo ha sido el avance de solicitudes de clemencia desde su entrada en vigor con el Decreto Legislativo 807 hasta la actualidad:

Años	Solicitudes de Clemencia	Mercados Involucrados
1996-2011	0	0
2012	1	1
2013	0	0
2014	2	4
2015	2	2
2016	4	3
2017	4	3

Podemos apreciar cómo, mientras más predecible se ha tornado el Programa de Clemencia, existen mayor cantidad de solicitudes por parte de las empresas y personas

naturales. Por estas razones, es fundamental analizar la regulación establecida en la normativa y las políticas que utiliza el Indecopi para tratar casos iniciados por el Programa de Clemencia. Un mal tratamiento de este tipo de casos podría tener repercusión en el empresariado y la opinión pública, lo cual haría que el Programa de Clemencia vuelva a ser una herramienta inutilizada dentro de los mecanismos de *enforcement*. Siendo que internacionalmente se ha demostrado que es la herramienta más eficaz de detectar cárteles, sería un grave perjuicio para el derecho a la libre competencia en el Perú.

Por estos motivos, en el capítulo a continuación revisaremos los principales puntos controversiales respecto a la regulación del Programa de Clemencia en el Perú.



III. Diseño de un Programa de Clemencia

De acuerdo con el marco teórico analizado anteriormente respecto a la libre competencia, los cárteles, el comportamiento de las empresas y las características y funcionamiento del Programa de Clemencia, revisaremos punto por punto las principales cuestiones relevantes respecto al Programa, proponiendo cómo debería ser su regulación en nuestro país.

Estos comentarios se realizarán tomando en cuenta los objetivos de las políticas de competencia en el Perú en la materia de cárteles, los cuales son su desincentivo, cese, detección, sanción e indemnización para los que han sido dañados por los efectos del cártel.

III.1. Ámbito de aplicación subjetivo del Programa de Clemencia: clemencia corporativa y clemencia de personas naturales y elegibilidad

En muchos países el Programa de Clemencia no solo está disponible para las personas jurídicas, sino también para todas las personas naturales que se hayan visto involucradas en un cártel. De acuerdo con la condición del agente, existen distintos tipos de solicitudes de clemencia en caso el solicitante sea una empresa o una persona natural. La diferenciación realizada podría estar basada en que las exigencias o requisitos que podría cumplir una empresa no necesariamente serían aplicables para las personas naturales. Además, es importante que el Programa de Clemencia también esté disponible para las personas naturales ya que muchas veces son ellas quienes tienen el control de la conducta anticompetitiva que se ha estado realizando.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, en 1993, el Programa de Clemencia estadounidense realizó un cambio en su estructura de manera que permitió que las

personas naturales pudieran presentar solicitudes al Programa. Esto representa una clara diferencia de la estructura aplicada en la Unión Europea, donde no es posible que las personas naturales de manera individual puedan presentar una solicitud en el Programa¹⁶⁷.

En el Perú, el legislador ha tomado la decisión de permitir tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas poder recibir un beneficio a través del Programa de Clemencia. Así, en el artículo 26 se indica que “antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción”. De esta manera, no se establece diferenciación sobre si el solicitante tuviese que ser una persona jurídica o natural, ni se establecen diferencias en el procedimiento que seguirían uno u otro.

De manera similar, en el Proyecto y la versión final de la Guía de Clemencia se determinó cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar a la Secretaría Técnica la exoneración de sanción a cambio de aportar pruebas que proporcionen elementos para detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria¹⁶⁸¹⁶⁹. Podemos observar cómo dichos documentos son mucho más claros que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sobre la posibilidad de aceptar la postulación al Programa tanto de personas naturales como jurídicas.

¹⁶⁷ PUENTE, Germán. Los Programas de Clemencia en el Derecho de la Competencia. En: <http://zaquan.unizar.es/record/31855/files/TAZ-TFG-2015-550.pdf>. Pág 23. Revisado: 04/02/19.

¹⁶⁸ INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/435397/Proyecto+Gui%C2%B4a+de+Clemencia+%5BVf+EN+ESP+A%C3%91OL%5D.pdf/d0939ad5-df3b-40ef-a867-9effe175fb0a-> Revisado: 04/02/19.

¹⁶⁹ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>. Revisado: 04/02/19.

Dada la regulación peruana, como primer punto, debemos analizar si es favorable para el sistema de clemencia en nuestro país el permitir la solicitud de exoneración de sanción para personas naturales y personas jurídicas.

Como se ha sido explicado anteriormente, las personas juegan un papel importante en la implementación y desarrollo de un acuerdo colusorio. En muchas oportunidades, las personas incurren en actos anticompetitivos sin que este sea un acto aprobado y conocido por la compañía en general, pero que, debido a la representación legal que los trabajadores poseen, la empresa termina siendo responsable también por los actos en los que incurren sus trabajadores.

Así, pueden existir circunstancias donde la empresa se vea imposibilitada de informar a la agencia de competencia de la existencia de una práctica colusoria pues no tiene conocimiento de ella o no posee las pruebas que son necesarias para aportar a dicha agencia en el marco de la participación en un Programa de Clemencia. En esta circunstancia, el único facultado para presentar la información relevante sería la persona natural que conoce a detalle en la infracción en la que ha incurrido y posee las evidencias necesarias que requeriría la agencia de competencia.

Por otro lado, incluso en ocasiones donde la empresa tenga pleno conocimiento de la conducta anticompetitiva, podría no tener interés en aplicar al Programa de Clemencia pues considera que le es más beneficioso continuar siendo partícipe del cártel y recibir los beneficios anticompetitivos de él. En estos casos, cualquier persona involucrada en la participación como organizador o ejecutor del cártel podría tener interés en dejar de estar implicada en una actividad ilegal, por lo que consideraría aportar información a la agencia de competencia para poder ser eximido de la multa. Debemos resaltar que, si el Programa

de Clemencia solo estaría disponible para las empresas, entonces la decisión de develar su conducta ante la autoridad probablemente solo podría ser tomada por los altos directivos o gerentes de la compañía. Sin embargo, en el caso que esté disponible la clemencia para las personas naturales, cualquier involucrado en el cártel podría develar la existencia del cártel, aportar pruebas y eximirse de la posible sanción, independientemente de la importancia de su cargo o si ha tenido un rol mayor o menor en la implementación y ejecución del cártel. La clave de su colaboración estaría centrada en la información y pruebas que podría aportar.

Por estas razones, es fundamental que esté disponible para las personas naturales la posibilidad de aplicar a clemencia. Sería contraproducente para el éxito del Programa de Clemencia impedir a las personas naturales postular a él. Si bien es complicada la situación donde un individuo delataría el involucramiento de la compañía en la que trabaja en un cártel, debemos tener en cuenta que la persona podría develar dicha participación después de haberse retirado de la empresa, mientras el cártel sigue funcionando, o podría presentar su solicitud incluso todavía trabajando en la empresa infractora, si la agencia de competencia o el marco normativo peruano le dieran suficientes incentivos para hacerlo en tanto los beneficios de esta acción deberían superar los perjuicios que pudiera ocasionarle la empresa por haberla delatado ante la autoridad.

Esto nos lleva al segundo punto de discusión relevante en el ámbito de aplicación subjetivo del Programa de Clemencia. ¿Deberían ser las reglas distintas para las empresas en contraposición con las personas naturales que quieran presentar una solicitud de clemencia?

En los capítulos anteriores hemos explicado cómo las personas podrían ser irracionales o tomar en cuenta diferentes aspectos en la realización de una conducta en contraposición con la manera en que se espera que una empresa racional tome decisiones. Así, el ser humano no es una máquina que puede tomar en cuenta toda la información disponible, realiza un análisis costo-beneficio y no se deja llevar por sentimientos o emociones. Al contrario, las personas pueden cometer actos irracionales que no siempre les reporten beneficios e, incluso en el caso donde actúen bajo sus propios beneficios, estos podrían no estar acordes con los de la empresa.

De esta manera, un gerente general podría incurrir en una práctica colusoria porque considera que la agencia de competencia no va a detectar su conducta al utilizar un celular para comunicarse con gerentes generales de otras empresas. Lo que ignoraría dicho gerente, en este ejemplo, es que la agencia de competencia está en constante fiscalización de los mercados y que la legislación permite a la autoridad poder acceder a sus comunicaciones a través de todo tipo de mensajería por computadora, celular, u otros medios, con la respectiva autorización judicial (suponiendo que nos encontremos en el caso peruano). La falta de conocimiento del gerente de las facultades que tiene la agencia de competencia en su país podría llevarlo a cometer una conducta que, en caso tendría información perfecta, no la cometería pues aumentaría considerablemente la probabilidad de detección y sanción. Este tipo de conductas por falta de información podría verse ejemplificado de muchas otras maneras, por ejemplo, debido a que el colusor podría no conocer cómo actuarían sus trabajadores respecto al cártel, cómo funcionaría o se aplicaría el cártel en la otra empresa, la multa que podría ser impuesta por la agencia de competencia, la facilidad para detectar cárteles por parte de ella, la traición entre los agentes coludidos, entre otros múltiples factores que sería prácticamente imposible para una persona predecir antes de incurrir en una práctica colusoria con otra empresa.

En este sentido, las circunstancias y motivos que se presenten para que una persona natural pueda presentar una solicitud de clemencia podrían ser distintas a las razones por las cuales una empresa podría acogerse al Programa y, por lo tanto, debe estar disponible tanto las solicitudes de clemencia para personas naturales como para personas jurídicas. Asimismo, dado que el contexto y la disponibilidad de información de cada uno es distinta, considero que a la persona natural no se le pueden exigir las mismas prestaciones que se le exigiría a la empresa.

Así, en el caso que una persona natural decida solicitar ser partícipe del Programa de Clemencia, esto puede generar conflictos con la compañía si es que el trabajador continúa en la empresa. Por estos motivos, se debería resguardar los derechos de la persona colaboradora y regular, en los lineamientos, que una persona no podría ser despedida de su trabajo por colaborar con la agencia y develar la participación de la empresa en el cártel. De esta manera, se incentivaría a todos aquellos que han podido conocer y ejercer un papel en el cártel a otorgar información a la agencia sin el riesgo de ser despedidos por este hecho. Así, no solo serían exonerados de la multa que recibirían, sino también podrían continuar ejerciendo su trabajo. El no impedir que la empresa despida al trabajador que ha solicitado clemencia podría generar que el costo de no estar trabajando sea mayor que la multa que se le impondría, lo cual haría que el trabajador opte por no revelar la información¹⁷⁰.

Asimismo, en lo que respecta a la información que podría entregar la persona natural, esta sería considerablemente distinta a la que podría dar la empresa. El trabajador posee información que lo concierne a él por su puesto y sus comunicaciones con otros

¹⁷⁰ Sin embargo, debemos resaltar que el empleador podría despedir a su trabajador por otras razones objetivas, las cuales podría justificar en el caso concreto.

trabajadores de la empresa. Sin embargo, la empresa posee la información sobre todos sus empleados, pudiendo disponer de ella en cualquier momento. Por lo tanto, si bien en el deber de colaboración podría exigírsele a la empresa entregar todas las computadoras de sus trabajadores para poder tener un panorama completo del alcance del cártel y determinar quienes participaron en él, solo se le podría pedir a la persona natural que aportara sus propias comunicaciones que determinaran la existencia del cártel y la información relevante a la que esa persona haya accedido. Por estas razones, si bien es importante que el Programa de Clemencia también esté disponible para persona naturales, la información que la agencia podría hallar a través ellos no sería tan crucial como lo que podría brindar una empresa. A pesar de estas circunstancias, si bien las personas naturales no tendrían el panorama general de lo ocurrido, estarían en la capacidad de contar detalladamente cómo es que habría ocurrido y se habría desarrollado el cártel.

Dada la diferencia con la información que podrían aportar, no puede exigírsele el mismo estándar para otorgarles el marker a los individuos que a las empresas. En este sentido, si bien la persona podría describir su conducta, el producto o servicio que fue materia del cártel y los agentes económicos involucrados durante el periodo en que participó; existe la posibilidad de que el individuo no conozca con seguridad el periodo en el que se desarrolló el cártel, la extensión geográfica en la que se produjo la conducta e incluso podría no conocer con exactitud todas las empresas involucradas en la conducta si algunas fueron parte del cártel en algún momento donde él no era partícipe.

Por lo tanto, las “Cinco Q” (qué tipo de conducta desarrolló el cártel, qué producto o servicio fue materia del cártel, qué agentes económicos y facilitadores participaron del cártel, qué periodo aproximado comprendió el acuerdo y qué extensión geográfica aproximada habría

sido afectada) establecidas en el Proyecto y la Guía de Clemencia¹⁷¹¹⁷² como la información mínima que debería ser dada para admitir a trámite una solicitud de exoneración o reducción de sanción no debería ser exigida para las solicitudes individuales, en tanto una persona natural no estaría en la facultad de poder informar con certeza todos los aspectos exigidos. En este sentido, lo único que se le podría exigir a la persona que presente es lo que estuvo en facultades de conocer debido a su puesto y el tiempo en que estuvo en la empresa.

Incluso en la circunstancia donde puedan describir el periodo, extensión geográfica, agentes económicos y facilitadores involucrados, la agencia de competencia no debería considerar una falta al deber de colaboración el hecho de que el individuo solicitante presente imprecisiones respecto a la información que señaló en su solicitud. Por ejemplo, si el gerente comercial de una empresa indicara que la práctica se inició en el 2010 hasta el 2015, pero en verdad se descubre que esta inició en el 2004, no debe automáticamente determinarse que no estaría cumpliendo con su deber de colaboración con la agencia. En dicho caso podría ocurrir que él recién conoció de la existencia de la práctica en dicho año porque asumió un cargo relevante en la compañía, razón por la cual le informaron de la existencia de dichas conductas. Por lo tanto, lo que debería hacerse dadas las circunstancias sería verificar si el individuo en particular estaba en la posibilidad de conocer que la conducta duró más tiempo, o dado el periodo en el que fue partícipe del cártel y su cargo, podría haber desconocido este hecho. En este sentido, no se trataría de determinar si la información dada por el solicitante individual sería correcta o no, si no determinar si de

¹⁷¹ INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/435397/Proyecto+Gui%C2%B4a+de+Clemencia+%5BVF+EN+ESP+A%C3%91OL%5D.pdf/d0939ad5-df3b-40ef-a867-9effe175fb0a-> Revisado: 04/02/19.

¹⁷² INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c-> Revisado: 04/02/19.

acuerdo con la labor que realizaba y acceso a la información que tenía, podía conocer que el acuerdo horizontal habría durado más tiempo de lo que él había manifestado¹⁷³.

En este sentido, la Guía de Clemencia lograron realizar una adecuada diferenciación al establecer que, en caso de individuos, la solicitud de beneficios corresponderá a la responsabilidad que individualmente le sea atribuible¹⁷⁴. Sin embargo, se podría haber sido más claro respecto a que la información que se le solicitaría para otorgarle un marker no sería la misma que es requerida a los agentes económicos, a menos que dicha información se encuentre a su disposición. En este sentido, se le podría exigir como mínimo a la persona natural identificar la conducta, los productos o servicios materia de la solicitud y los agentes económicos involucrados, de acuerdo con la información que pudo conocer. La extensión geográfica o periodo que haya durado la conducta pueden ser elementos que se le requerirán de acuerdo a las características de su propio puesto y la información a la que ha podido acceder.

En conclusión, el estándar de deber de colaboración y los requisitos para admitir a trámite una solicitud de clemencia no podrían ser los mismos para la empresa como para las personas naturales debido al nivel de aporte que cada uno podría dar y el acceso a la información que cada uno tiene. Por lo tanto, las cinco Q establecidas en la Guía del

¹⁷³ Cabe señalar que las empresas también podrían tener imprecisiones en su solicitud de clemencia, por más que cuenten con mayor información que una persona natural. Sobre este hecho, también debería analizarse la buena fe de la empresa. A manera de ejemplo, los nuevos directivos de una empresa podrían detectar que hace un año la empresa había incurrido en un cártel, por lo que deciden presentar una solicitud de Clemencia. Realizan ciertas averiguaciones y concluyen que el cártel empezó en el 2012, pero posteriormente detectan que empezó en el 2006. Dicha empresa debe tener la facultad de enmendar su solicitud de acuerdo a la nueva información encontrada y sobre todo si era razonable que pudiera no haber conocido que la colusión duró mayor tiempo al momento de la solicitud.

¹⁷⁴ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>. Revisado: 04/02/19.

Programa de Clemencia solo deberían requeridas a las personas jurídicas, siendo más flexibles con las personas naturales.

Por otro lado, en lo que concierne a los requisitos para ser elegible, el Proyecto ni la Guía del Programa de Clemencia fueron claros al determinar si la persona natural o empresa debería haber cesado en su participación en el cártel para poder postular al Programa. En este sentido, el Proyecto de Clemencia señalaba que sería un requisito para recibir un beneficio de la exoneración o reducción de sanción el poner pronta terminación a su participación en el cártel, salvo indicación en contrario de la Secretaría Técnica¹⁷⁵. En la Guía de Clemencia, donde se establecen tres tipos de Clemencia (A, B y C), solo se exige a los solicitantes tipo B y C (aquellos que han acudido a la autoridad con ya se inició una investigación) que hayan cesado de participar en el cártel, y se le quiere al tipo A este requisito, con la salvedad de que la Secretaría Técnica le haya indicado algo en contrario. Sin embargo, la Guía no es clara respecto a cuál debería ser la actuación de la persona o empresa de cara a presentar su solicitud de clemencia, por lo que, ante la confusión, muchos agentes podrían considerar que sería mejor cesar su conducta antes de acudir ante la agencia¹⁷⁶.

Existen algunos países que establecen como requisitos el cese de la participación en el cártel para poder solicitar una exoneración o reducción de sanción. En mi opinión, no debería ser un requisito para postular al Programa de Clemencia el haber cesado previamente con la participación en el cártel. Incluso, si a la fecha que el posible solicitante

¹⁷⁵ INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/435397/Proyecto+Gui%C2%B4a+de+Clemencia+%5BVf+EN+ESP+A%C3%91OL%5D.pdf/d0939ad5-df3b-40ef-a867-9effe175fb0a> Revisado: 04/02/19.

¹⁷⁶ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c> Revisado: 04/02/19.

decide ser partícipe del Programa de Clemencia, todavía sigue siendo parte del cártel, sería recomendable que mantuviera la “fachada” de seguir siendo parte de este hasta que la Secretaría Técnica le diga lo contrario. De esta manera, si el solicitante puede hacer creer a los partícipes de la colusión que sigue siendo parte del cártel, podría asistir a reuniones y grabarlas, probando las coordinaciones y acuerdos anticompetitivos, evidencias fundamentales en un caso de libre competencia.

Por lo tanto, en el momento en que el agente económico decida presentar su solicitud de clemencia, considero que sería prudente esperar las coordinaciones con la Secretaría Técnica antes de comunicar a los otros participantes del cártel que desea cesar su participación en él. De esta manera, los audios o evidencia que podría obtener el solicitante de clemencia serían fundamental para probar la existencia del cártel y sancionar a las otras empresas colusoras. Por lo tanto, la regulación que podría modificarse en los Lineamiento es establecer que el solicitante de Clemencia no está obligado a cesar con la conducta, y debería determinar su accionar después de coordinarlo con la Secretaría Técnica.

Por otro lado, debemos tomar en cuenta que podría ser complicado para el solicitante seguir participando del acuerdo por un periodo considerable posterior a la presentación de la solicitud de Clemencia por un pedido de la Secretaría Técnica. Esta situación sería problemática pues en tanto una solicitud de Clemencia es confidencial, ante una posible demanda de indemnización por daños y perjuicios, el juez no podría saber que durante este periodo (desde que presenta la solicitud de clemencia y hasta el momento en que deja de participar en el cártel por pedido de la agencia de competencia) la empresa solo estaba siguiendo órdenes de la Secretaría Técnica para poder obtener evidencia de la colusión.

En este sentido, sería recomendable que la agencia de competencia solo requiera al solicitante que participe solo si no posee la evidencia necesaria para poder sancionar el cártel y que el tiempo transcurrido sea el mínimo posible entre su solicitud y cese en el cártel sea el mínimo posible. Así, también sería una política recomendable indicarle al solicitante de clemencia que puede ser partícipe de reuniones o acuerdos entre las empresas formadoras del cártel y recolectar evidencia de ellas, pero que evite la ejecución de los acuerdos pues estos generarían graves perjuicios a los consumidores.

En conclusión, no debe exigirse al solicitante de clemencia que cese su participación en el cártel como condición para presentar una solicitud de Clemencia. En cambio, debe permitirse la solicitud de ingreso al Programa mientras todavía su involucramiento siga activo en el cártel, de manera que pueda aportar evidencias y pruebas que permitan demostrar la existencia del cártel y obtener información relacionada a él.

Asimismo, es recomendable la aceptación de solicitudes de clemencia corporativas y de personas naturales, pero es necesario que la Secretaría Técnica tenga en cuenta las diferencias en la información a la que ambos agentes podrían acceder y, en consecuencia, aportar.

III.2. Ámbito de aplicación objetivo del Programa de Clemencia

De acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se podrá solicitar exoneración de sanción cuando se ha incurrido en una práctica colusoria, indistintamente si sea horizontal o vertical. De acuerdo con la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1205, basado en casos en Europa donde se había sancionado la

imposición de prácticas colusorias verticales en la modalidad de precios de reventa, el sistema de Programa de Clemencia también podría ser aplicado a dichas prácticas¹⁷⁷.

Dicha norma es distinta a la regulación que había establecido el Decreto Legislativo 1034, el cual indicaba que se podría solicitar este beneficio cuando se haya incurrido en cualquier práctica ilegal, no determinaba si se refiere a prácticas colusorias horizontales o verticales o abuso de posición de dominio, por lo que se entendía que incluía a todas las prácticas mencionadas.

La regulación actual puede presentar ciertos problemas en tanto algunas prácticas colusorias horizontales y las prácticas colusorias verticales son sancionadas bajo la regla de la razón. Por lo tanto, las personas jurídicas o naturales podrían estar reconociendo una infracción y solicitando clemencia respecto a conductas que podrían ser no sancionables.

En el Proyecto y la Guía de Clemencia se especificó que las conductas a las que se refiere el artículo 26 serían solo las prácticas colusorias horizontales analizadas bajo la regla absoluta, en tanto se señaló lo siguiente:

“La experiencia internacional ha demostrado que las Políticas de Competencia son más eficaces cuanto más concentran sus esfuerzos en la detección, persecución y represión de las conductas anticompetitivas que más gravemente afectan el bienestar de los consumidores, estos son, los hard-core cartels (cárteles de núcleo duro) o, simplemente, cárteles.

¹⁷⁷ HIPERDERECHO. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En: http://www.hiperderecho.org/wp-content/uploads/2015/09/EXP_MOTIVOS_DLEG_1205.pdf. Pág 18. Revisado: 04/02/19.

(...)

Considerando que también la Ley de Libre Competencia peruana tiene como principal eje el combate a la formación y desarrollo de cárteles, la Guía del Programa de Clemencia aquí desarrollada resulta de exclusiva aplicación a solicitudes de beneficios con relación a este tipo de prácticas colusorias horizontales, que por su naturaleza se encuentran legalmente sujetas a la prohibición absoluta.

(...)

En el caso particular de las prácticas colusorias horizontales no sujetas a una prohibición absoluta, así como los de prácticas colusorias verticales, en principio no resulta posible para la autoridad de competencia o para los agentes económicos realizar una evaluación certera sobre la ilegalidad de la conducta llevada a cabo sin una exhaustiva evaluación del impacto real o potencial. De hecho, la inherente incertidumbre de la autoridad sobre la ilegalidad de las prácticas sujetas a una prohibición absoluta impediría ofrecer suficiente certeza a los administrados respecto al otorgamiento de los beneficios del programa de clemencia.¹⁷⁸¹⁷⁹¹⁸⁰

178

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 8.- Prohibición absoluta.-

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

179

INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En:
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/435397/Proyecto+Gui%C2%B4a+de+Clemencia+%5BVF+EN+ESP+A%C3%91OL%5D.pdf/d0939ad5-df3b-40ef-a867-9effe175fb0a-> Revisado: 04/02/19.

180

INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En:
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c-> Revisado: 04/02/19.

En este sentido, de acuerdo a la Guía de Clemencia, el Programa de Clemencia solo debería estar dirigido a aquellas personas jurídicas o naturales en caso hayan incurrido en un cártel sancionado bajo la prohibición absoluta, fijando precio u otras condiciones comerciales o de servicio, limitando la producción o las ventas, realizando reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas y estableciendo posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública, así como en subastas públicas y remates.

Esta modificación estaría orientada a que el Programa de exoneración de sanción esté diseñado para que las personas que presentan su solicitud como colaboradores puedan predecir lo que ocurrirá posteriormente. Así, el colaborador puede estar seguro de que recibirán un beneficio proveniente de la aplicación del Programa de clemencia, situación diferente a la que se enfrentaría si el Programa de también estuviera disponible para aquellas conductas sancionadas bajo la regla de la razón, donde el solicitante no sabría con seguridad si habría incurrido en una conducta sancionable o no. En este sentido, es mucho más probable que una empresa o persona natural tenga incentivos para solicitar clemencia cuando sabe que he cometido una conducta que definitivamente sería sancionada por la autoridad (debido a que se analiza bajo la regla per se), a diferencia de las prácticas analizadas bajo la regla de la razón, donde al no tener claro si la autoridad podría sancionarme, sería plausible considerar que mi comportamiento es lícito y no presentar una solicitud.

Además, al parecer Indecopi, mediante la Guía de Clemencia, querría dar prioridad a la detección de cárteles en tanto son las conductas que perjudican más gravemente a los consumidores. Debemos tomar en cuenta también que es mucho más probable que un caso iniciado por el Programa de Clemencia respecto a un cártel tenga como resultado la

existencia de una infracción y determinación de responsabilidades, en contraposición a un caso analizado bajo la regla de la razón, donde incluso el solicitante de clemencia podría considerar que ha cometido una infracción, pero la autoridad determinar que no tuvo efectos anticompetitivos y, por ende, no sancionarla.

Por otro lado, respecto a la modificación realizada mediante el Decreto Legislativo 1205, bajo el cual ya no se podría solicitar exoneración de sanción respecto a prácticas de abuso de posición de dominio, debemos tener en cuenta que estas conductas tienen la característica de ser fácilmente detectables en tanto la empresa beneficiada sería solo la que estaría realizando la práctica. Así, con este tipo de conducta se estaría tratando de restringir la entrada al mercado a un competidor o lograr que una o más empresas no logren permanecer en un determinado mercado. En tanto al menos un competidor real o potencial se ve perjudicado cuando se configura este tipo de prácticas, estos son proclives a denunciarlos ante la autoridad, por lo que la capacidad de detección de las conductas de abuso de posición de dominio es mucho más alta que los cárteles. En este sentido, si es posible detectar este tipo de prácticas con facilidad, no guardaría sentido para la autoridad otorgar beneficios por delatar una conducta que era fácilmente detectable. Una de las principales claves del por qué se otorga beneficios de exoneración o reducción de multa a aquellos que han participado en un cártel, se debe a que, debido a la característica de secreto de los cárteles, estos son muy difíciles de detectar para la agencia y es crucial la información que uno de los implicados pueda aportar para sancionar la práctica.

Para ejemplificar esta situación, analizaremos las distintas situaciones en la que funcionaría el Programa de Clemencia tanto si nos enfrentáramos a un cártel, como a una conducta de abuso de posición de dominio. A manera de ejemplo, supongamos que la empresa D tiene posición de dominio en la oferta de televisores en el país. Para poder mantener su condición

decide vender momentáneamente los televisores debajo de sus costos medios, a fin de que se retiren todos sus competidores actuales del mercado y aquellos que tendrían interés en ingresar, se vean desincentivados y opten por invertir en otro mercado. Siendo que ahora es el único ofertante en el mercado, puede ofertar sus televisores a un precio monopólico, en desmedro de los consumidores. Sin embargo, ante esta situación, cuando los competidores existentes o aquellos que estaban interesados en ingresar en dicho mercado vean tal actuación por parte de la empresa dominante, probablemente interpongan una denuncia por abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios ante la autoridad correspondiente a fin de que sancione a la empresa D y cese su conducta, para que ellos puedan seguir realizando actividades comerciales en ese mercado. De esta manera, la conducta ha sido fácilmente detectable en tanto perjudica a empresas que quieren participar en un determinado mercado.

La situación es completamente distinta en caso hubiera existido un cártel. En este caso los beneficiados son los agentes económicos que forman parte de la colusión, los cuales usualmente se producen en mercados atomizados, lo que produce que gran parte de la cantidad de empresas que participan en el mercado serían parte de la colusión (sería complicado que exista un cártel donde hayan muchas empresas competidoras fuera del acuerdo pues colocarían precios más bajos en el mercado, haciendo que el consumidor desvíe su preferencia hacia ellos, perjudicando a los colusores y, por lo tanto, desestabilizando el cártel). En este sentido, las otras empresas competidoras que no forman parte del cártel podrían incluso verse beneficiadas por su existencia en tanto si el cártel colocara precios altos en el mercado, los competidores obtendrían mayor cuota de mercado y mayores ventas. Por otro lado, los consumidores, los cuales son los más perjudicados por los cárteles, podrían informar a la autoridad sobre dicha práctica, pero en tanto los agentes guardan confidencialidad sobre estos acuerdos, los consumidores podrían

pensar que el alza de precios se debe a condiciones del mercado y no porque haya tenido su origen en algún pacto entre competidores. En este sentido, los consumidores no podrían conocer del acuerdo fácilmente y los competidores de aquellos que están involucrados en el cártel tampoco podrían conocerlo o, incluso, si lo hicieran, se verían beneficiados por la existencia del cártel. De esta manera, es mucho más complicado que existan pruebas o se detecte la existencia de un cártel, a diferencia de lo que ocurre con el abuso de posición de dominio.

Por las razones antes descritas, los Programas de Clemencia en sistemas de libre competencia generalmente se aplican en los casos de prácticas colusorias horizontales. En este sentido, Guía de Clemencia del Indecopi estableció que el Programa estaba dirigido esencialmente a cárteles.

Sin embargo, es importante preguntarnos, ¿por qué en la Ley se determinó que sería posible solicitar clemencia al haber incurrido una práctica colusoria (independientemente de si es vertical u horizontal), pero en la Guía de Clemencia se establece que el Programa de Clemencia sería solo para cárteles?

Como señalamos anteriormente, de acuerdo con la exposición de motivos, se estableció en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1205 que pudiera permitirse solicitudes de clemencia respecto a prácticas colusorias en general por casos en derecho comparado donde se aplicó el Programa para acuerdos verticales en precios de reventa. El problema en haber consignado esto en la norma basándose solo en el caso de precios de reventa es que en muchos países de la OECD y en la Unión Europea los precios de reventa son

sancionados bajo la regla *per se*¹⁸¹, lo cual no sucede en nuestro país porque la norma así no lo establece. Por estas razones, el legislador cometió un error al permitir la inclusión de solicitudes de clemencia respecto a prácticas verticales basándose en criterios de casos internacionales al no notar que la razón por la cual existe clemencia en los casos de precios de reventa es debido al tratamiento de análisis bajo la regla *per se* que se la da en otros países.

Por otro lado, tomando en cuenta que la Guía de Clemencia ha determinado que dicho documento solo sería utilizado para analizar las solicitudes respecto a cárteles¹⁸², es importante determinar qué sucedería en caso una persona natural o jurídica solicitara postular al Programa de Clemencia por haber incurrido en una práctica colusoria vertical o práctica colusoria horizontal analizada bajo la regla de la razón. ¿Debería aceptar y valorar la Secretaría Técnica esta solicitud?

Debemos recordar que este documento sirve para determinar los criterios que utilizaría la Secretaría Técnica respecto a las solicitudes de clemencia respecto a prácticas horizontales analizadas bajo la regla *per se*, pero no limita los derechos otorgados por la ley. Así, si bien la Guía podría interpretar los conceptos señalados por la norma, explicar más detalladamente los pasos a seguir por los solicitantes, no se ha hecho una limitación expresa señalando que el Programa de Clemencia sólo sería utilizado para cárteles. En cambio, la Guía señala que debido al complejo análisis que tendría que realizarse, la Guía no abarca dichas situaciones, mas no limita la posibilidad de que una solicitud de clemencia

¹⁸¹ OECD. Policy Roundtables: Resale Price Maintenance. En: <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>. Revisado: 31/07/17.

¹⁸² INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>. Revisado: 04/02/19.

respecto a conductas analizadas bajo la regla de la razón sea procesada por la Secretaría Técnica.

Por ejemplo, podría darse el caso donde una empresa que ha participado en un acuerdo entre competidores para realizar una venta exclusiva (práctica analizada bajo la regla de la razón) presente ante la Secretaría Técnica una solicitud para ser beneficiado por el Programa de Clemencia. ¿Qué decisión debería tomarse? Por más que la Guía indique que los Programas de Clemencia estarían dirigidos esencialmente para los cárteles duros, la Secretaría Técnica tendría que analizar el caso en concreto debido a que la Guía no ha limitado la aplicación del Programa de Clemencia para dichos casos y la ley lo faculta a hacerlo.

En este sentido, si bien estoy de acuerdo con limitar la utilización del Programa de Clemencia para las prácticas colusorias horizontales analizadas bajo la regla per se, solo si explícitamente se realiza dicha modificación a través de una ley, este cambio podría hacerse efectivo.

III.3. ¿Hasta cuándo puede una persona natural o jurídica solicitar clemencia?: Oportunidad en la presentación y valor agregado.

Un tema controversial en las políticas aplicadas dentro del Programa de Clemencia es la interrogante sobre hasta qué momento dentro de una investigación o un procedimiento administrativo se debería permitir la presentación de solicitudes al Programa de Clemencia.

Como regla general, de acuerdo con el International Competition Network, el Programa de Clemencia debería estar disponible en circunstancias donde la agencia de competencia no

tenga conocimiento del cártel y, cuando dicha agencia sí conoce la existencia del cártel, pero no tiene suficiente evidencia para perseguir y procesar los involucrados en dicha conducta. Incluso, la posibilidad de aplicar al Programa de Clemencia y obtener los beneficios de reducción de sanción para aquellos que no llegan primeros a la “carrera”, debería estar disponible cuando dicha información te ayuda a probar la existencia del cártel¹⁸³.

Un elemento que se considera exitoso en el cambio realizado en 1993 en el Programa de Clemencia estadounidense fue que se permitiera solicitar clemencia después que una investigación ya había empezado. Asimismo, la Unión Europea ha aplicado también esta regla¹⁸⁴. En Estados Unidos, las sanciones pueden ser evitadas en dos circunstancias: si el agente coludido revela información antes de que la investigación haya empezado, como sucedía en el régimen previo a 1993, o si la División de Antitrust todavía no ha podido probar la colusión cuando el agente ha decidido cooperar. Por otro lado, en el caso de la Unión Europea, en 1996 se introdujo nueva regulación en la cual se daban considerables reducciones de sanción si el agente cooperaba con la agencia de competencia proporcionando evidencia de un acuerdo colusorio en los que estuvieran involucrados antes que una investigación se inicie, y, se otorgaba reducciones de sanción más limitadas si la cooperación se daba cuando el caso ya se había iniciado¹⁸⁵. En el 2006, en la Unión Europea se realizaron modificaciones de manera que el solicitante de clemencia podría recibir la exoneración de sanción si entregaba información que permitiera realizar una visita

¹⁸³ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy. En: Anti-Cartel Enforcement Manual (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>) .Pág 7. Revisado: 04/02/19.

¹⁸⁴ OECD. Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. PolicyBrief.P2. En: <http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>. Revisado: 04/02/19.

¹⁸⁵ MOTTA, Massimo y POLO, Michele. Leniency Programs and Cartel Prosecution. En: International Journal of Industrial Organization. Ed Elsevier. Pág 348.

de inspección respecto a un cártel o, si aportaba evidencia o información que permita sancionar a una empresa por un cártel de acuerdo con el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (ahora artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)¹⁸⁶.

De esta manera, podemos apreciar como la legislación en Estados Unidos y en la Unión Europea ha sido modificada para poder permitir una mayor utilización del Programa de Clemencia mediante la aceptación de una mayor cantidad de solicitudes, no solo aceptando solicitudes que informen de la existencia del cártel, sino incluso cuando la agencia de competencia ya ha realizado actividades de investigación respecto a dicha conducta. Estos cambios permiten una mayor detección y sanción de cárteles.

En línea con lo señalado anteriormente, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Guía del Programa de Clemencia regulan los posibles beneficios y requisitos que tendrían que cumplir los solicitantes de acogerse al Programa, de acuerdo con la oportunidad en que acudieron a la agencia de competencia.

En el artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se contempla la posibilidad de aceptar una solicitud de clemencia en una etapa posterior al inicio de un procedimiento administrativo sancionador, situación en la que el supuesto colaborador también recibiría una reducción de sanción.

Así, la norma ha señalado lo siguiente:

¹⁸⁶ EUR-LEX. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. En:[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)). Revisado: 04/02/19.

“Artículo 26.- Exoneración de Sanción. -

(....)

26.4. La Secretaría Técnica podrá rechazar las solicitudes de exoneración o reducción de sanción que se presenten luego de iniciado un procedimiento administrativo sancionador. No obstante, **podrá aceptar dichas solicitudes en la medida que introduzcan elementos de juicio que aporten un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión.** En este último caso, el solicitante podrá beneficiarse únicamente con una reducción de la multa, aplicándose los rangos indicados en el numeral anterior.

(Resaltado agregado)

De acuerdo con el artículo 26 de la norma, la Secretaría Técnica podría no aceptar una solicitud de clemencia que sea presentada después del inicio del procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, indica que en caso aporten un valor agregado significativo para la resolución y posibilidad de sanción del caso, podría aceptarse dicha solicitud, con la condición de no poder recibir la exoneración total de la multa, sino solo la reducción de acuerdo con un máximo de 50% de reducción en caso fuese el primero.

De igual manera, tomando en cuenta la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, solo la primera persona jurídica o natural en solicitar clemencia recibiría la exoneración de toda la sanción que le correspondería por la infracción cometida, en caso cumpliera con los requisitos establecidos, y dependiendo del momento de la presentación de su solicitud. Sin embargo, se contempla la posibilidad de reducir la sanción de aquellos que soliciten

postular al Programa de Clemencia posteriormente al primero. En este sentido, el segundo solicitante de exoneración de sanción podrá ver reducida su multa entre el treinta y cincuenta por ciento de la multa que hubiese resultado aplicable, el tercer solicitante recibiría una reducción entre veinte y treinta por ciento, y, finalmente, los subsiguientes solicitantes podrán recibir una reducción máxima del veinte por ciento de la multa¹⁸⁷.

De esta manera, cabe precisar también que la oportunidad en la presentación de la solicitud de acuerdo con las actuaciones de la Secretaría Técnica ha sido recogida mediante precisiones realizadas por la Guía del Programa de Clemencia. Así, existen tres tipos de solicitudes de Clemencia, de acuerdo con el momento en que la persona jurídica o natural acuda a la agencia de competencia y presente su solicitud. De esta manera, tenemos la clemencia Tipo A, Tipo B y tipo C. En el siguiente cuadro resaltaremos sus principales similitudes y diferencias:

¹⁸⁷

Decreto Legislativo 1205

Artículo 26.- Exoneración de Sanción.-

26.1. Antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria, así como a sancionar a los responsables.

26.2. La solicitud de exoneración de sanción se presentará por escrito y será tramitada, en un expediente confidencial, de conformidad con el siguiente procedimiento:

(...)

26.3. Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado elementos de prueba respecto de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información aporta un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa, de acuerdo con los siguientes rangos:

- a. El segundo solicitante de exoneración de sanción podrá recibir una reducción entre el treinta y el cincuenta por ciento (30 - 50%) de la multa que hubiese resultado aplicable.
- b. El tercer solicitante podrá recibir una reducción entre el veinte y el treinta por ciento (20 - 30%) de la multa que hubiese resultado aplicable.
- c. Los subsiguientes solicitantes podrán recibir una reducción máxima del veinte por ciento (20%) de la multa que hubiese resultado aplicable.

	Tipo A	Tipo B	Tipo C
Oportunidad de presentación	El primero en presentar una solicitud antes de que la ST* cuente con indicios de la existencia del cártel	El primero en presentar una solicitud cuando la ST cuenta con indicios del cártel, pero antes del inicio de un procedimiento administrativo	Solicitud presentada cuando ya existe un primer solicitante de beneficios o cuando ya existe un procedimiento administrativo en trámite
Reducción de la multa	100%	50 a 100%	50%
Información	Proporcionar toda información relevante, coadyuvando a la ST en el inicio del procedimiento	Proporcionar toda información relevante, coadyuvando a la ST en el inicio del procedimiento	Dar información adicional a la presentada por un Solicitante con prioridad o cualquier otra información que obre en el Expediente, y que otorgue un valor agregado significativo a las actividades de investigación de la ST
Deber de colaboración	Cumplir con su deber de colaboración	Cumplir con su deber de colaboración	Cumplir con su deber de colaboración
Terminación del cártel	Terminar prontamente su participación en el cártel, salvo indicación de la ST en contrario	Terminar prontamente su participación en el cártel	Terminar prontamente su participación en el cártel
Deber de reserva	No puede revelar a terceros su identidad como colaborador ni la presentación o tramitación de su solicitud hasta el inicio del procedimiento. Luego de iniciado, podrá revelar su identidad como colaborador y su solicitud de beneficios, previa coordinación con la ST	No puede revelar a terceros su identidad como colaborador ni la presentación o tramitación de su solicitud hasta el inicio del procedimiento. Luego de iniciado, podrá revelar su identidad como colaborador y su solicitud de beneficios, previa coordinación con la ST	No puede revelar a terceros su identidad como colaborador ni la presentación o tramitación de su solicitud hasta el inicio del procedimiento. Luego de iniciado, podrá revelar su identidad como colaborador y su solicitud de beneficios, previa coordinación con la ST
Coerción	No haber ejercido coerción hacia otros agentes para participar en el cártel revelado	No haber ejercido coerción hacia otros agentes para participar en el cártel revelado	No menciona dicho requisito
Medidas correctivas	No imposición de medidas correctivas de restitución si renuncia a la confidencialidad de su identidad	Se pueden aplicar medidas correctivas de cualquier índole	Se pueden aplicar medidas correctivas de cualquier índole

*ST: Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

De esta manera, el solicitante de Clemencia tipo A es el primer solicitante que acude a la agencia de competencia antes que la Secretaría Técnica cuente con indicios del cártel. El solicitante de Clemencia tipo B acude a la agencia también en primer orden, pero en este caso la Secretaría Técnica ya contaba con indicios de la existencia de dicho cártel. Finalmente, el solicitante de Clemencia tipo C es aquél que se presenta en orden segundo, tercer, cuarto, etc, o aquél solicitante en primer lugar que acude a la agencia después del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Teniendo esto en cuenta en primer lugar analizaremos la razonabilidad de otorgar beneficios a posteriores solicitantes al primero o después de iniciado el procedimiento administrativo, los Tipos de Clemencia, la compatibilidad de otras normas con esta herramienta y el significado de valor agregado significativo para los casos de reducción de sanción.

En primer lugar, la disposición de permitir a posteriores solicitantes de clemencia la facultad de poder recibir una reducción de sanción es fundamental para aquellos casos donde el primer solicitante no ha podido aportar información completa sobre todos los alcances del cártel y otra empresa o persona natural está en facultad de aportar elementos trascendentales para la sanción de dicha conducta o características sobre ella. En este sentido, debido a posibles limitaciones, un solo colaborador puede que no conozca o pueda aportar pruebas suficientes para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, por lo que es necesario la participación de otros colaboradores que aporten pruebas con valor agregado para tener una hipótesis anticompetitiva con mayor sustento.

El permitir un solo colaborador en el Programa de Clemencia podría llevar a situaciones donde solo se tenga evidencia de determinado periodo del cártel o solo se involucren a algunos agentes económicos y personas naturales. A fin de lograr el objetivo de desincentivo y cese de los cárteles, es necesario que los agentes económicos conozcan que la agencia de competencia sancionará efectivamente su conducta y este objetivo se vería disminuido si la autoridad solo sanciona a algunos de los agentes involucrados en el cártel, no logra obtener toda la evidencia de la existencia de la práctica anticompetitiva que le permita sancionar o no logra comprender todos los alcances de ella.

Asimismo, comparto la modificación realizada por la Guía del Programa de Clemencia que no asegura la exoneración de sanción cuando la agencia de competencia ya posee información sobre el cártel. Esta disposición se basa en que existe una diferencia clara entre el agente que presenta una solicitud de clemencia antes de la actuación de la Secretaría Técnica y aquél que presenta una solicitud después de que la agencia haya realizado una visita de inspección en su empresa. En el primer caso, la empresa devela la existencia de un cártel ante la agencia de competencia quien no sospechaba o no poseía información sobre el cártel, en cambio en el segundo caso la agencia de competencia ya posee información, la cual podría implicar a la empresa en una conducta ilegal, por lo que la solicitud de clemencia no estaría develando una conducta, sino aportando más información sobre ella. En este sentido, los beneficios no pueden ser idénticos para quien devela la existencia de un cártel y para aquel que aporta evidencia sobre un cártel que la agencia ya había detectado.

Esto se debe a que, si bien se deberían dar los mayores beneficios para que las empresas delaten su participación en un cártel, el objetivo del Programa de Clemencia es conocer u obtener evidencia de cárteles que se desconocían hasta ese momento. Si bien una solicitud de clemencia posterior a una visita de inspección y previa al inicio de un procedimiento administrativo sancionador ayuda a la Secretaría Técnica a obtener pruebas fundamentales para iniciar el procedimiento, es razonable sustentar que la Secretaría Técnica ya tenía sospechas del cártel pues realizó una visita de inspección y la información recabada en él podía ayudarlo a acreditar la práctica anticompetitiva. En este sentido, el objetivo primordial del Programa es incentivar las solicitudes de clemencia en cárteles que todavía no hayan sido descubiertos. Asimismo, se pretende evitar que las empresas esperen a que se les realice una visita de inspección para recién postular al Programa de Clemencia, pues conocerían que recibirían el mismo beneficio en caso hubieran solicitado ingresar antes al

Programa de Clemencia: la exoneración completa. Así, considero que otorgar un beneficio menor sería un adecuado incentivo para evitar que las empresas esperen y presenten su solicitud de clemencia lo más pronto posible y no cuando ya conocen que la agencia de competencia sospecha de la existencia del cártel.

Sin embargo, considero que el punto determinante que establece la Guía para determinar cuando un solicitante de clemencia para de Clemencia Tipo A a Clemencia Tipo B no es lo suficientemente claro y no podría ser determinado por la persona jurídica o persona natural con facilidad. Así, la Guía ha determinado que la Clemencia Tipo A se otorga antes de que la Secretaría Técnica cuente con indicios de la existencia del cártel a través del ejercicio de sus facultades como la realización de visitas de inspección, la recepción de denuncias, entre otras diligencias con tal finalidad y la Clemencia Tipo B se otorga cuando ya existen indicios del cártel¹⁸⁸.

El establecer que el punto de quiebre decisivo para determinar si estamos ante una Clemencia A o Clemencia B no debería ser que la agencia de competencia ya posea indicios del cártel, pues este no es un elemento que pueda ser completamente contrastable ante los administrados. Así, ante una solicitud de una empresa de acogerse al Programa de Clemencia, esta podría indicar que ya tenía elementos probatorios o algún reporte de la existencia del cártel y negarse a otorgar el Tipo de Clemencia A a la empresa y solo indicar la disponibilidad de la Clemencia B. Por este motivo, a fin de dar otorgar una mayor seguridad jurídica a los administrados y sea incuestionable la actuación de la Secretaría Técnica, la Clemencia Tipo A solo podría otorgarse antes de algún acto administrativo que

¹⁸⁸ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>. Revisado: 04/02/19.

le permita a la empresa o persona natural conocer que existe una investigación de la cual es parte, ya sea a través de visitas de inspección o cartas. Así, en el caso la Secretaría Técnica tenga alguna información respecto al cártel, pero no ha sido notificada la investigación al administrado o realizado alguna visita de inspección, la Clemencia disponible debería ser Tipo A. Solo en el caso donde haya algún acto que fehacientemente acredite al administrado que existe una investigación en curso, empezaría a estar disponible la Clemencia Tipo B, y no la A.

Asimismo, una modificación que considero que podría aplicarse en el Perú es aumentar el beneficio disponible en la Clemencia Tipo B. Así, los porcentajes a considerarse deberían ser desde la exoneración hasta una reducción de multa hasta al 60%. Esto se debe a que si cabe la posibilidad de otorgar el mismo porcentaje a la Clemencia Tipo B y Tipo C (50%) podría desincentivar a los administrados a presentar su solicitud en primer orden, pues la diferencia de los beneficios sería mínima y el agente económico esperaría que otro sea el que delate el cártel o esperar el inicio formal del procedimiento administrativo. Este riesgo podría manifestarse más claramente si existieran Comisionados que intentarían dar el menor beneficio posible, por lo que otorgarían una reducción de multa más cercana al 50%. En este sentido, es importante diferenciar los beneficios de la Clemencia B de la Clemencia C debido a que la situación en la que el administrador acude a la agencia de competencia es considerablemente distinta.

Por lo tanto, propongo que la exoneración de sanción se otorgue a la empresa o persona natural que presenta su solicitud de clemencia antes de una visita de inspección y, en el caso de los administrados que presenten su solicitud de clemencia cuando ya se ha

realizado una visita de inspección, el beneficio pueda ser desde la exoneración hasta el 60% de reducción de la multa¹⁸⁹.

Por otro lado, respecto a los beneficios otorgados a los solicitantes de clemencia cuando ya se ha iniciado un procedimiento, considero que la legislación establecida es acertada al no determinar los mismos beneficios en caso se haya iniciado un procedimiento o todavía se encuentre la investigación en una etapa preliminar. Esto se debe a que cuando no se ha iniciado un procedimiento formalmente, podrían darse dos tipos de situaciones: o la empresa o persona natural podría no saber que está siendo investigado o todavía no se inicia una investigación en dicho mercado sobre una conducta anticompetitiva. En ambos casos, la Secretaría Técnica todavía no posee suficiente información para iniciar un procedimiento administrativo, por lo que la información que pueda entregar el solicitante de clemencia puede ser crucial. Sin embargo, cuando ya se inició el procedimiento, el peticionario de clemencia conoce que está siendo investigado, sabe las pruebas que posee la agencia de competencia y estima que la probabilidad de ser sancionado en caso sea culpable, es muy alta. Por lo tanto, concuerdo en que el beneficio otorgado cuando ya se inició el procedimiento administrativo debería ser solo la reducción de sanción.

Respecto a las reducciones de multa posteriores al inicio del procedimiento, como hemos mencionado previamente, tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea existe la posibilidad de recibir los beneficios del programa de clemencia incluso si la solicitud es presentada posteriormente al inicio de una investigación. Dicho razonamiento puede basarse en que muchas ocasiones si bien hay suficientes indicios de la existencia de una práctica anticompetitiva que permiten superar el estándar del inicio de un procedimiento,

¹⁸⁹ Contemplo la posibilidad de otorgar el 100% todavía al solicitante de clemencia posterior a una visita de inspección si presenta pruebas fundamentales para el inicio del procedimiento, las cuales la Secretaría Técnica no posea.

podrían no ser lo suficientemente fuertes para poder determinar la existencia de la conducta y sancionar a los responsables. Sobre este punto, debemos analizar que los órganos que inician un caso y los que finalmente deciden sobre él son distintos, por lo que si bien la Secretaría Técnica podría considerar tener pruebas que permitan probar la conducta, la Comisión puede opinar de manera distinta. Así, siendo que la Secretaría Técnica inicia el caso, la Comisión podría estar frente a un caso que incluso ellos considerarían que no debería iniciarse pues no existe suficiente evidencia, pero al ser el inicio de un procedimiento prerrogativa de la Secretaría Técnica, la Comisión no tiene decisión sobre este punto.

Así, la Secretaría Técnica podría haber iniciado un caso que bajo su estándar y punto de vista consideraría que puede ser sancionable; sin embargo, la Comisión podría, con la misma evidencia, considerar que no hay suficientes evidencias para el inicio del procedimiento. Por estos motivos, a pesar de tener lo que uno podría considerar como suficiente evidencia, si existe un agente económico que ha jugado un papel importante en la colusión y puede aportar pruebas que no solo permitan comprobar la existencia de la práctica, sino permitir sancionar a todos los actores involucrados, debería permitírsele ingresar al Programa pues no solo la agencia de competencia, sino también los consumidores se van a ver beneficiados de esta acción.

Sobre este punto, debemos recordar que es fundamental demostrar la existencia de la conducta infractora y sancionarla ejemplarmente, pues este hecho desincentiva la comisión de posteriores conductas similares. En este sentido, por más que consideremos que al otorgarle algún beneficio de reducción de sanción a un imputado lo estaríamos beneficiando injustamente pues consideramos que debe ser sancionado, la prioridad debe ser probar la existencia de la conducta y sancionar a los demás involucrados. En este sentido, considero

crucial el otorgamiento de beneficios suficientemente atractivos a posibles solicitantes, incluso cuando el procedimiento administrativo ha iniciado.

Por otro lado, cabe analizar cuál es el efecto que tendría el artículo 236.A del Decreto Legislativo 1272¹⁹⁰, Decreto Legislativo que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo en el Programa de Clemencia. Mediante dicho artículo se establece que constituye una condición atenuante de responsabilidad si al iniciar el procedimiento administrativo sancionador, el infractor reconociera responsabilidad de forma expresa y escrito. Asimismo, dicho artículo determina que en los casos donde la sanción aplicable era una multa esta se reduciría hasta un monto no menor de la mitad de su importe, por lo tanto, la multa no podría reducirse a más de la mitad de la multa impuesta, por lo que recibiría una reducción desde 0 hasta 50%.

¹⁹⁰

Decreto Legislativo 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo

Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
- d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
- f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

- a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

- b) Otros que se establezcan por norma especial.”

En este sentido, ¿cómo podría ser compatible una reducción de 50% por el solo reconocimiento de la práctica con el Programa de Clemencia que otorga al segundo colaborador en el Programa un aporte de pruebas y evidencias determinantes para el inicio de un procedimiento administrativo? En este sentido, si la Comisión otorgara el 50% de reducción de la multa solo por el reconocimiento de la práctica, se verían desincentivados todas las solicitudes de clemencia posteriores a la primera. Asimismo, existiría una derogación tácita del artículo 26-A de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la cual contempla una reducción de hasta el 15% de la multa por el reconocimiento de la práctica ilegal infringida.

En este sentido, algo resaltante sobre el artículo 236.A de la Ley del Procedimiento Administrativo General es que establece un tope de 50% bajo el cual se podría reducir la multa. De esta manera, con el fin de que guarde concordancia el Programa de Clemencia, la figura de reconocimiento establecida en el artículo 26-A de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la reducción en multas no debería ser mayor al 15%.

Una interpretación a contrario significaría que no existirían subsiguientes colaboradores al Programa de Clemencia que recibirían entre 50 y 20% por aportar información a la agencia de competencia sobre un cártel en tanto los administrados optarían por la figura del reconocimiento dentro del procedimiento pues podría dárseles una mayor reducción y no requerirían de realizar aporte de pruebas ni cumplir con todos los requisitos que establece el Programa. De esta manera, sería mucho más complicado para la agencia de competencia lograr los objetivos de desincentivo, detección, sanción e indemnización de daños que se intenta lograr con el Programa si solo se permitiera un solo colaborador por cártel. Por estas razones, con el fin de dar predictibilidad a los administrados, la Guía de Clemencia debería haber precisado que solo se podría reducir 15% de la multa aplicable

por el reconocimiento de la infracción, así como la compatibilidad entre la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Siendo que ya ha sido analizado la compatibilidad de las modificaciones realizadas a la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, los descuentos otorgados a los solicitantes y los tipos de Clemencia, procederemos a analizar el término “valor agregado significativo”, en tanto es un requisito para subsiguientes colaboradores al primero.

Así, se debe tomar en cuenta que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas coloca como requisito que los subsiguientes colaboradores deben aportar “valor agregado significativo” para hacerse acreedores a la reducción de sanción. Por lo tanto, debemos determinar qué información o pruebas podrían considerarse como un “valor agregado significativo” para que el solicitante de clemencia pueda obtener una reducción de sanción en tanto la Secretaría Técnica podría rechazar la solicitud si considera que no cumple con este requisito.

Asimismo, el Proyecto de Guía de Clemencia ha determinado lo siguiente sobre el valor agregado:

Valor agregado:

*Condición necesaria de la colaboración presentada por un Solicitante para la obtención del beneficio de reducción de sanciones. La información con valor agregado significativo corresponde a **toda documentación física o electrónica que objetivamente permite a la autoridad incrementar de manera sustancial***

sus posibilidades de comprobar la existencia de la infracción investigada e imponer a los responsables sanciones o medidas correctivas eficaces¹⁹¹.

Por su parte, la Guía de Clemencia estableció que el valor agregado es una condición necesaria de la colaboración presentada por un solicitante para la obtención del beneficio de reducción de sanciones. Así, el valor agregado significativo se refiere al aporte de elementos de juicio (bajo cualquier formato o soporte) que representen evidencia directa de la ilegalidad del cártel revelado o de información que no necesita ser corroborada o sustentada en fuentes adicionales, así como otra documentación física (p.e. actas o anotaciones), electrónica (p.e. comunicaciones) o cualquier otro tipo de información, independientemente del soporte, que objetivamente permita a la autoridad reforzar la imputación inicial o incrementar de manera sustancial sus posibilidades de comprobar la existencia de la infracción investigada e imponer sanciones a los responsables¹⁹².

Sobre este punto, considero que el legislador comete un error al determinar que se necesite tanto “valor agregado significativo” para solicitar la reducción de sanción antes del inicio de un procedimiento como lo señala el inciso 3 del artículo 26 de la norma y requerir el mismo estándar para otorgar la reducción después del inicio de un procedimiento. Si bien hemos indicado que debe primar el obtener evidencias para demostrar la práctica, la situación de aquél que presenta una solicitud antes de iniciado un procedimiento y después del inicio de éste es dramáticamente distinta.

¹⁹¹ INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/435397/Proyecto+Gui%C2%B4a+de+Clemencia+%5BVf+EN+ESP+A%C3%91OL%5D.pdf/d0939ad5-df3b-40ef-a867-9effe175fb0a-> Revisado: 04/02/19.

¹⁹² INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c-> Revisado: 04/02/19.

Así, en el primer caso quien presenta la solicitud podría no tener conocimiento de que existe otro solicitante de clemencia, pero ha decidido colaborar con la autoridad a pesar de no conocer si la agencia de competencia estuviera investigando su caso o no. En cambio, en el segundo caso, el administrado tiene la completa seguridad de la existencia de indicios de una práctica colusoria y, de acuerdo con dichas evidencias, conoce la probabilidad de ser sancionado. Por estos motivos, el estándar del valor agregado que debe presentar aquel solicitante que presenta su solicitud cuando ya ha iniciado el caso debe ser mayor que el solicitante que podría no haber tenido conocimiento de la investigación y colaboró con la agencia. En este sentido, considero que la información necesaria para poder acceder a los beneficios de clemencia para aquél que presenta su solicitud antes del inicio del procedimiento debería tratarse más de acuerdo el caso en concreto (tomando en cuenta las evidencias obtenidas por la Secretaría Técnica y lo aportado por anteriores solicitantes) y el estándar para aquél que presentó su solicitud posteriormente debería ser más riguroso y objetivo.

Debemos reconocer también que de por sí podría ser complicada la aceptación de la solicitud de colaboración de un agente económico cuando la investigación ya ha empezado. Esto se debe a que la información que brindaría tendría que consistir en un aporte considerable pues no parecería guardar mucha razonabilidad otorgar beneficios a una persona natural o jurídica que solo está reconociendo la infracción cometida debido a la abundante evidencia que existiría en contra de él, mostrada en la resolución de inicio¹⁹³.

¹⁹³ Sobre este punto, debemos tener en cuenta que de acuerdo con la reforma dada por el Decreto Legislativo 1205, aquellos imputados que reconozcan haber cometido una infracción a la normativa de libre competencia pueden acceder a un descuento de la multa impuesta hasta un 15%, tal como lo señala el siguiente artículo:

Decreto Legislativo 1205

Artículo 26.- Reconocimiento.-

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, dentro del plazo para presentar descargos, cualquier agente económico investigado podrá reconocer la comisión de una o más infracciones contenidas en la imputación de cargos de la Secretaría Técnica. En este caso, la multa que hubiese resultado aplicable será reducida hasta en un quince por ciento (15%) en lo que corresponde a las infracciones reconocidas. Dicho beneficio se perderá si el imputado impugna la decisión de la Comisión en lo que corresponde a la determinación de responsabilidad.

De esta manera, para evitar que el Programa de Clemencia se convierta en un beneficio dado a los administrados, los cuales la habrían solicitado al notar que es muy probable que reciban una multa, por lo que optan por otorgar algunos datos sobre su participación a la agencia, debería establecerse claramente qué información clave la agencia debería recibir para poder otorgar el beneficio de la reducción de sanción proveniente de una solicitud de clemencia posterior al inicio del procedimiento. En mi opinión, debería ser información determinante como la siguiente:

- Periodo de la conducta: Si el solicitante aporta información que alarga considerablemente el periodo de la conducta debería otorgársele el beneficio de reducción. Esta información permite detectar el beneficio ilícito total obtenido por los administrados al cometer lo práctica, lo cual tiene una injerencia directa en la cantidad de personas involucradas, el monto que le corresponde de multa a las personas naturales y jurídicas, y una posible indemnización mayor que recibirían los consumidores en tanto el daño que habrían sufrido se habría dado durante un tiempo mayor al inicialmente detectado.
- Pruebas fundamentales: Si bien la Secretaría Técnica puede considerar que tienen suficientes indicios para el inicio de un procedimiento administrativo, el estándar utilizado para la sanción a un actor en la comisión de conductas anticompetitivas es

Así, aquel imputado que no pueda aplicar a clemencia debido a que no posee información relevante que pueda brindar a la agencia de competencia, podría hacerse de este beneficio al reconocer haber cometido una infracción. De esta manera, se ahorran recursos por parte de la Administración Pública en tanto un caso sería mucho más sencillo de resolver cuando los imputados reconocen su responsabilidad. Asimismo, si la persona o empresa no se encuentra conforme con la multa impuesta, podría apelarla, pues el beneficio solo se perderá si el imputado impugna la decisión de la Comisión respecto a su responsabilidad.

Por lo tanto, debe existir una diferencia notable entre el mero reconocimiento, que recibiría un descuento en la multa hasta un 15% y el beneficio por aportar pruebas y evidencia, que sería meritorio de una reducción de sanción, la cual podría consistir en una reducción desde 50% hasta 20%.

distinto al estándar necesario para iniciar un procedimiento contra él. Por lo tanto, si la Secretaría Técnica aprecia que la información que tiene no es suficiente para poder probar la existencia de la práctica frente a la Comisión, debería aceptar la solicitud de clemencia de aquellos actores que le permitan acceder a información relevante para la investigación. Realizo un hincapié en la necesidad de que aquel solicitante pueda ser relevante para la participación pues pueden existir personas que han sido imputadas por la ejecución de una práctica anticompetitiva, pero no tenían mayor conocimiento aparte de la existencia de la misma práctica y las indicaciones que le daban para su ejecución. Por lo tanto, esta persona podría no acceder a clemencia en tanto no tendría algo importante o fundamental que aportar a la elaboración de una sustentación razonable para el caso. Sin embargo, al indicar esto, no debería significar que solo por tener un cargo menor en una institución esta persona no podría aplicar a clemencia, sino debería depender de la información que se pueda aportar y si esta ayudase a probar la existencia de la conducta infractora.

- Agentes involucrados: si la persona que solicita clemencia puede presentar evidencias que involucran a otras personas o agentes económicos que habrían jugado un papel relevante en el planeamiento, realización o ejecución de una conducta anticompetitiva. Esta política también beneficia a los consumidores pues otros agentes económicos al ver la sanción que reciben las personas naturales por estas prácticas se ven desincentivados de participar en ellas. Asimismo, al conocer la responsabilidad de otras empresas o personas naturales, los consumidores afectados podrían pedir una indemnización por daños y perjuicios.

Debemos dejar en claro que, en este punto de la investigación, es una facultad de la Secretaría Técnica aceptar las solicitudes de exoneración de sanción y, por lo tanto, no se

requiere solo al presunto solicitante la presentación de pruebas del cártel para otorgarle un beneficio. Debido a las especificaciones de la norma sobre este punto, la Secretaría Técnica tiene todas las potestades para rechazar solicitudes posteriores al inicio del procedimiento, pero podría aceptarlas en algunos casos. Por lo tanto, como señalamos, sólo en los casos indicados anteriormente, en las cuales el solicitante ha presentado información vital para el procedimiento, es que se debería otorgar el beneficio de clemencia.

Como he precisado anteriormente, considero que el estándar de valor agregado significativo debería ser distinto en el caso de aquellos que presentan una solicitud de clemencia antes del inicio del procedimiento, pero después del primer solicitante, a diferencia de aquellos que presentan su solicitud después del inicio del procedimiento, como es el caso visto anteriormente.

En el caso de los colaboradores que presentan su solicitud como segundos, terceros o subsiguientes colaboradores antes del inicio del procedimiento, la Secretaría Técnica debería evaluar si la información proporcionada por ellos es determinante y coadyuva a la agencia para formar una hipótesis anticompetitiva que permita el inicio del procedimiento y una posible sanción. Por lo tanto, lo que se requeriría de colaboradores subsiguientes son pruebas distintas a las entregadas por el primer colaborador, que no posea la Secretaría Técnica y que contribuyan con la Secretaría Técnica en sus facultades de investigación. En caso esto no suceda, y el segundo, tercer o siguientes colaboradores no provean de información relevante para el caso, se debería denegar la solicitud de reducción de sanción.

III.4. Markers

Debido a que la legislación peruana ha considerado la posibilidad de multiplicidad de solicitantes a clemencia, es necesaria la existencia de markers. ¿Qué y para qué sirven los markers? El marker en el Programa de Clemencia es un reconocimiento dado por la agencia de competencia a un solicitante de clemencia, el cual indica la fecha en la que se presentó la solicitud y establece el lugar que merece dicha persona jurídica o natural en relación con otros solicitantes que buscan ser partícipes del Programa. Este marker garantiza la posición del solicitante en la línea, el cual se encuentra sujeto a que este pueda cumplir con todos los requisitos del Programa de Clemencia¹⁹⁴.

El marker se utiliza para que aquellos petitionarios de clemencia reserven su lugar en la fila por un periodo determinado mientras realizan mayores investigaciones y tratan de perfeccionar su solicitud de clemencia, a fin de que la agencia de competencia determine si cumplen con los requisitos establecidos para participar en el Programa en determinado mercado. Inicialmente son otorgados cuando el solicitante ha entregado de manera preliminar información o evidencia todavía incompleta¹⁹⁵, pero han identificado elementos básicos como la conducta, periodo de duración, mercado perjudicado, agentes involucrados y algunas pruebas o evidencias de la existencia de una práctica.

El sistema de markers provee de gran ayuda en el manejo de varios solicitantes de clemencia. Así, cuando una persona natural o jurídica es informada que es el primero en

¹⁹⁴ COMPETITION BUREAU. Leniency Program: Frequently Asked Questions. En: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03593.html>. Revisado: 04/02/19.

¹⁹⁵ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy. En: Anti-Cartel Enforcement Manual (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>) .Pág 11. Revisado: 04/02/19.

aplicar al Programa, tratará de mantener ese puesto, pues le aseguraría la exoneración completa de la multa que le correspondería.

De acuerdo con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, no ha quedado claro si la pérdida del marker del primer solicitante, significa el otorgamiento del primer lugar al segundo solicitante, y así sucesivamente. Al respecto, la norma señala lo siguiente:

“Artículo 26.- Exoneración de Sanción.-

(...)

26.2. *La solicitud de exoneración de sanción se presentará por escrito y será tramitada, en un expediente confidencial, de conformidad con el siguiente procedimiento:*

- a. *Recibida la solicitud, la **Secretaría Técnica verificará inmediatamente que ésta contenga información general sobre la conducta delatada que resulte suficiente para otorgarle un orden de prelación al solicitante. De ser el caso, otorgará al solicitante un plazo máximo de cinco (5) días hábiles para completar dicha información, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada.***

- b. *Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de presentada la solicitud, la Secretaría Técnica comunicará al solicitante el orden de prelación que le corresponderá en el caso de solicitudes concurrentes, **otorgándole un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para que presente toda la información vinculada con las infracciones reveladas, bajo apercibimiento de perder la prelación otorgada. Dicho plazo podrá ser prorrogado, por un período***

equivalente, cuando la complejidad de la investigación lo exija. La Secretaría Técnica podrá realizar las actividades de investigación complementarias que estime pertinentes.

(...)

(Resaltado agregado)

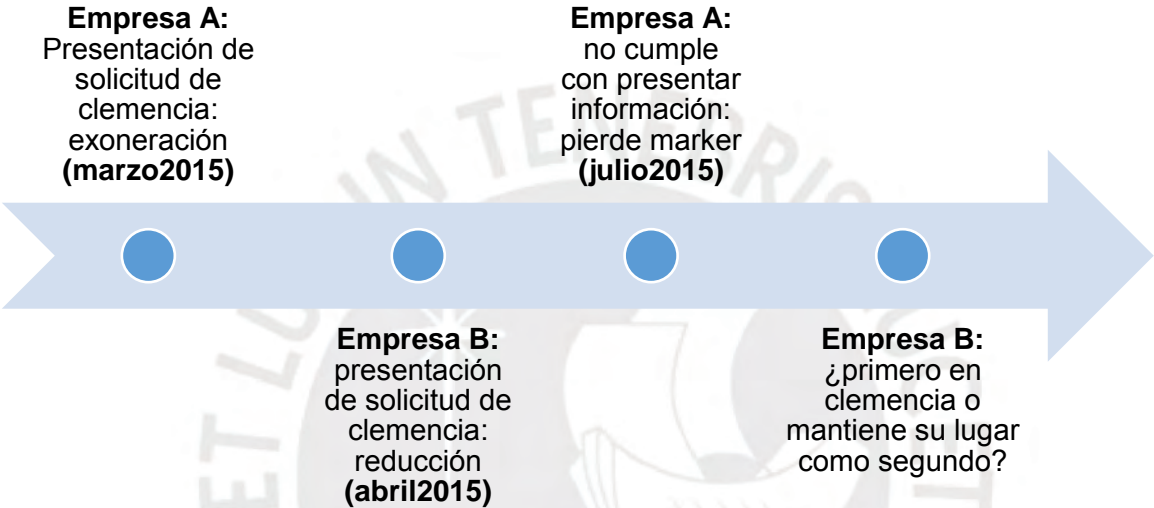
En el artículo señalado se indica que, si el primer solicitante de clemencia presenta una solicitud que no contiene información general sobre la conducta y no la subsana dicha solicitud en los próximos 5 días, dicha solicitud se tendrá como no presentada. Por lo tanto, si otro administrado posteriormente solicitara clemencia, podría ser beneficiado con la exoneración de sanción en tanto se entiende que no existió una solicitud previa a esta.

El problema del artículo anterior se presenta cuando, una vez que el primer solicitante ya ha obtenido el marker, no colabora con la agencia de competencia, razón por la cual pierde su marker. En dicha situación, ¿el segundo solicitante de clemencia se convertiría ahora en el primero y podría recibir la exoneración de sanción o mantiene su posición como segundo y solo podría recibir una reducción de sanción?

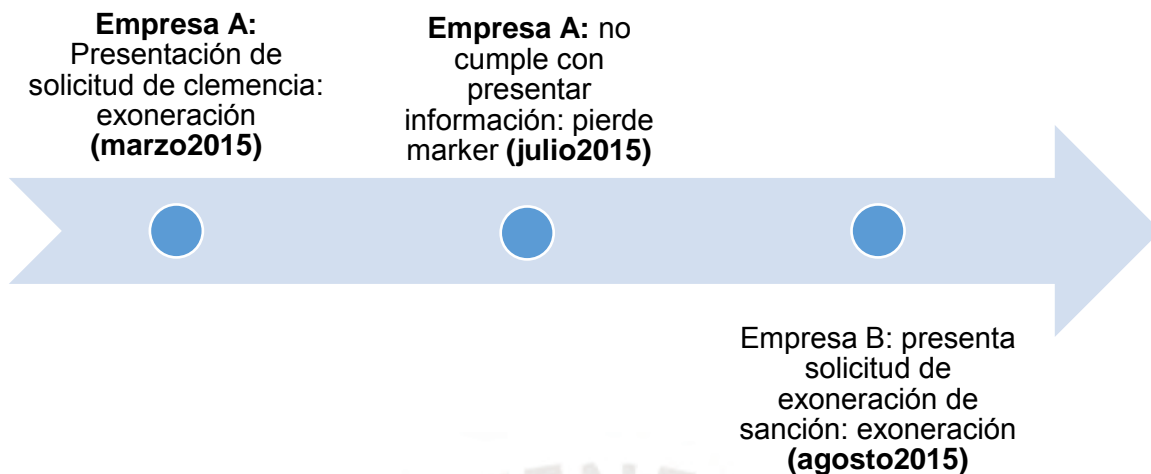
De acuerdo con la interpretación del artículo 26, si dentro de los 30 días hábiles para que se presente toda la información vinculada con las infracciones que se ha revelado, no se cumple con este hecho, el primer solicitante perdería la prelación dada. Las consecuencias de perder la prelación no solo sería que esta empresa pierda el marker como primero que poseía, sino también que aquellos que se encontraban detrás del primero pasen a ascender un lugar dentro del Programa de Clemencia.

Si bien algunas personas podrían considerar que la Administración estaría dando un beneficio innecesario al solicitante quien, por ejemplo, en un segundo lugar, estaba dispuesto a colaborar solo por la reducción de 50 a 30% y ahora se le otorgaría la exoneración completa, existen otros elementos que no se estarían tomando en cuenta.

Para explicar esta situación con mayor claridad, utilizaremos los siguientes gráficos:



En el primer gráfico, la empresa A presenta una solicitud de exoneración de sanción y la empresa B presenta su solicitud un mes después, por lo que solo puede recibir la reducción de sanción. En julio de 2015, meses después de la presentación de su solicitud, se determina que la empresa A no ha cumplido con presentar información relevante, por lo que pierde su prelación. La posibilidad es que la empresa B sea ahora el primero en línea y pueda ser acreedor a la exoneración de sanción, o mantenga su posición como segundo. Veamos porque esta última opción podría ser problemática de acuerdo con el segundo gráfico.



En el segundo gráfico la empresa A fue la única que compañía presentó su solicitud de clemencia, pero no cumplió con el deber de colaboración, por lo que se determinó en julio de 2015 que ha perdido el marker. Posteriormente, en agosto de 2015, la empresa B presenta su solicitud, por lo que le correspondería la exoneración de sanción en tanto no existe otro solicitante.

Dados estos gráficos podríamos ver como si interpretáramos que el segundo solicitante no podría obtener ascender al primer lugar en la línea de Clemencia, podría darse una situación donde una empresa que presente su solicitud en agosto de 2015 sí pueda obtener la exoneración de sanción, pero no si la hubiera presentado en abril de 2015. Esto podría conllevar a que las empresas esperen o intenten que el primer solicitante pierda su marcador, antes que solicitar clemencia apenas detecten su conducta ilegal¹⁹⁶. Debido a la ambigua redacción del artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sería recomendable una modificación que sea más clara y brinde seguridad a los administrados, de acuerdo con lo explicado.

¹⁹⁶ Es importante resaltar que la posibilidad de ascender en el lugar de prelación solo puede realizarse hasta la suscripción del compromiso de reducción de sanción. Una vez que se ha suscrito dicho Compromiso, por más que el primero pierda la exoneración por falta al deber de colaboración, el segundo solo podría recibir entre 50 y 30% de reducción.

Asimismo, existen muchos otros beneficios si siguiéramos esta interpretación. Si la agencia de competencia ha realizado un trabajo diligente al mantener la confidencialidad de la aplicación, dicho solicitante (el primero) no sabría exactamente la cantidad de solicitantes posteriores, pero conoce que si no cumple a cabalidad con su deber de colaboración, podría perder el marker y tener que postular otra vez, pudiendo existir otros agentes que hayan postulado al Programa posteriormente a su primera solicitud, pero antes que su segunda, lo que lo llevaría al último lugar de la fila. Así, en su caso, si bien inicialmente se le iba a eliminar enteramente su sanción, ahora por estar al final de la fila probablemente solo podría recibir una reducción de un 30 o 20%, de acuerdo con el caso en concreto y solo si presenta información con valor agregado en referencia a la entregada por solicitantes con mejor preferencia. De manera similar, aquél que al solicitar clemencia llegó como segundo en la fila, conoce que el primero podría perder su lugar si no colabora y que podría existir un tercero o cuarto en la fila que también habrían solicitado una reducción de sanción. Por lo tanto, debe cumplir con colaborar completamente con la agencia de competencia, pues podría recibir un beneficio del 100% de exoneración de sanción si el primero en la fila no colabora, y, por otro lado, si no colabora, podría perder la posible de reducción de 50% de la multa y volver a tener que postular al Programa, pero solo con la posibilidad de recibir una reducción de 30 o 20%.

En Estados Unidos, en tanto solo el primero que solicita clemencia puede recibir los beneficios del programa¹⁹⁷, el sistema de markers o marcadores cobra una especial relevancia. En este país, si la empresa que ha presentado primera su solicitud de clemencia, perdiera el marker y otra empresa estuviera en línea para esperarlo, probablemente la

¹⁹⁷ WALLACE, Kate. To Cooperate Or Not: Obtaining Amnesty Under The DOJ's Corporate Leniency Policy. Jones Day. En: <http://www.jonesday.com/files/Publication/8edab167-d0d4-4264-8657-22df273e6a65/Presentation/PublicationAttachment/65c82d88-8a6d-49a3-ac6b-283f85f7f302/wallace.pdf>. Revisado: 04/02/19.

inicialmente primera empresa ya no pudiera recibir ningún beneficio pues lo recibiría solo la segunda empresa. Los siguientes solicitantes usualmente reciben los beneficios del “settlement”, figura similar al Compromiso de Cese en el Perú.

Por las razones explicadas anteriormente, es fundamental la existencia de un sistema de markers para incentivar a los solicitantes a clemencia a colaborar en su mayor capacidad. Asimismo, permite a la agencia de competencia tener un control sobre los beneficios que recibirían cada uno de los solicitantes y la prelación de ellos en la investigación preliminar. Además, otorga seguridad jurídica a los investigados en tanto conocen los posibles beneficios que podrían acceder y las consecuencias de no cumplir con aportar información y pruebas relevantes.

Como hemos mencionado anteriormente, los requisitos para obtener un marker no deberían ser tan rigurosos para las personas naturales como para las empresas debido a que no están en el control y disposición de la misma información. A pesar de ello, por más que la empresa no presente inicialmente la información exacta respecto al cártel, la agencia de competencia deberá determinar si dicha acción se hizo deliberadamente o se realizó debido a que la compañía todavía no poseía todos los datos relevantes al momento de la presentación de su solicitud de clemencia. La determinación de la veracidad de los datos aportados, y la buena o mala fe del solicitante son cruciales para la conservación o pérdida del marker.

III.5. Confidencialidad

Uno de los pilares para un funcionamiento exitoso del Programa de Clemencia es que se resguarde la confidencialidad de la identidad de solicitante, de la información que éste

entrega y de las ocurrencias en dicho procedimiento en general. El conocimiento por parte del solicitante de clemencia respecto a que su solicitud y su involucramiento en el Programa podrán mantenerse reservados, es un aspecto fundamental para poder acogerse a dicho Programa.

En este sentido, el deber de confidencialidad por parte de la Administración debe protegerse desde el inicio de la utilización del Programa de Clemencia, resguardando la identidad de aquellas empresas que consultan por el Programa, independientemente si eventualmente postulan a él o revelan su identidad.

Sobre este punto, una de las primeras fases donde se comprueba el resguardo de la confidencialidad es en la anonimidad del solicitante de clemencia. En ningún momento, Indecopi podría informar a otro agente económico que otra empresa estaría interesada en postular al Programa de Clemencia con el objetivo de incentivarlo a postular primero. Lo único que podría hacer la agencia de competencia en las visitas de inspección o en las entrevistas que tenga con los administrados es dar a conocer la existencia del Programa de Clemencia y sus beneficios, pero no instigarlo a que solicite ingresar al Programa ni develar información confidencial sobre otro posible postulante a él.

Por lo tanto, la identidad de la persona natural o persona jurídica que esté solicitando ingresar al Programa de Clemencia o haya sido admitida debe mantenerse en reserva permanentemente, incluso después que el procedimiento administrativo haya finalizado. La identidad del Colaborador solo podría ser develada después de la previa coordinación entre la Secretaría Técnica y dicho Colaborador. Sobre este punto, es importante resaltar que el Colaborador también debería tener la obligación de coordinar con la Secretaría Técnica su decisión de hacer pública su participación en el Programa de Clemencia, en tanto realizarlo

muy temprano en el proceso podría perjudicar las labores de investigación de la Secretaría Técnica. Por lo tanto, es acertado la inclusión en la Guía sobre el deber de reserva que tiene el solicitante de clemencia sobre su identidad y la presentación de su solicitud, y no solo de la Secretaría Técnica, de manera que solo mediante previa autorización escrita de la Secretaría Técnica, el solicitante pueda develar su identidad como colaborador.

Sin embargo, considero que el estándar establecido en el Proyecto y la Guía de Clemencia¹⁹⁸¹⁹⁹ al indicar que el Colaborador solo podrá develar su participación en el Programa después del inicio del procedimiento sancionador establece una carga muy grande para la empresa. Podrían existir casos donde la Secretaría Técnica considere que el Solicitante de Clemencia puede hacer pública su participación en el Programa debido a que ya posee toda la información para iniciar un procedimiento, o por otras situaciones estratégicas para el procedimiento y, si tanto la Secretaría Técnica como el Colaborador están de acuerdo, no debería existir una obligación inamovible de guardar la reserva de la identidad del Colaborador.

Por otro lado, estoy de acuerdo con lo propuesto por la Guía de Clemencia respecto a que la información entregada por el Solicitante debería encontrarse en un expediente confidencial, distinto al expediente utilizado para las investigaciones preliminares usuales. Dicho expediente solo podría ser de acceso a las personas acreditadas por la empresa y al grupo de personas de la Secretaría Técnica que está a cargo de dicha solicitud de Clemencia. Ninguna otra persona en la Secretaría Técnica ni otros investigados u

¹⁹⁸ INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/435397/Proyecto+Gui%C2%B4a+de+Clemencia+%5BVf+EN+ESP+A%C3%91OL%5D.pdf/d0939ad5-df3b-40ef-a867-9effe175fb0a-> Revisado: 04/02/19.

¹⁹⁹ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c-> Revisado: 04/02/19.

autoridades tanto nacionales como internacionales deberían tener acceso a dicho expediente.

Asimismo, debemos analizar lo indicado por el Proyecto y la Guía de Clemencia respecto a la información que ha aportado el solicitante de clemencia:

“Cuando la Secretaría Técnica, a pesar de sus esfuerzos razonables, no pueda replicar la información proporcionada por el Colaborador a través de otras fuentes, el Colaborador deberá renunciar a la confidencialidad de la información que sea indispensable para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, por constituir pruebas de cargo en contra de los demás involucrados en la infracción”²⁰⁰²⁰¹

Considero que la obligatoriedad que impone la Secretaría Técnica respecto a que el Colaborador renuncie a la confidencialidad de su información, establece una carga demasiado fuerte e innecesaria para el Colaborador. Esto podría llevar a que el Colaborador, al aportar pruebas, no podría saber si es que la información que está entregando va a ser después declarada indispensable por la Secretaría Técnica e incluirla enteramente en el procedimiento administrativo, dentro del expediente público. De esta manera, entrevistas de delatores no públicos, pruebas encontradas, u otros elementos que podrían ayudar a la Secretaría Técnica a iniciar el procedimiento, pero revelarían elementos

²⁰⁰ INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/435397/Proyecto+Gui%C2%B4a+de+Clemencia+%5BVF+EN+ESP+A%C3%91OL%5D.pdf/d0939ad5-df3b-40ef-a867-9effe175fb0a-> Revisado: 04/02/19.

²⁰¹ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c-> Revisado: 04/02/19.

fundamentales sobre la empresa y sus trabajadores, serían automáticamente públicos, solo con la decisión de la Secretaría Técnica.

Esto podría afectar gravemente a aquellas personas naturales que, si bien quieren ser incluidos dentro de la solicitud de exoneración de la empresa, no podrían mantener la confidencialidad de las entrevistas que han dado y la información que habrían aportado. Ante esta inseguridad, las personas que estén dispuestas a ser incluidas dentro de la Solicitud de Clemencia de la empresa podrían disminuirse. Asimismo, las empresas podrían haber aportado inicialmente información sensible sobre sus operaciones comerciales, ingresos y organización que no quisieran que sea pública, pero que, la Secretaría Técnica al considerarla fundamental, la incorporaría dentro del expediente público. De esta manera, se desincentiva la presentación de solicitudes de clemencia o la presentación de evidencia crucial dentro del marco del Programa.

El levantamiento de la confidencialidad o la disposición de los Colaboradores para poder replicar la información deberían ser analizadas de acuerdo con el deber de entregar información relevante sobre las conductas anticompetitivas y no ser una decisión unilateral por parte de la Secretaría Técnica. Si esta entidad posee elementos suficientes para poder iniciar un procedimiento y ha tenido la colaboración del solicitante de clemencia, no existe la necesidad de exigir que todas las pruebas aportadas en el expediente confidencial de clemencia sean también develadas en el expediente público. Obviamente, se estaría ante una situación distinta si el solicitante de clemencia hubiera aportado pruebas dentro del expediente de clemencia y no quisiera que ninguna de ellas se utilice en el procedimiento público ni brinde las facilidades para que la Secretaría Técnica pueda obtener dichas pruebas con sus facultades de investigación. Ante esta situación, el Colaborador de clemencia se podría enfrentar a una pérdida del beneficio de clemencia esperado pues la

información que ha aportado sería inutilizable para la agencia de competencia, lo que haría improbable el inicio de un caso o podría perder el beneficio por no cumplir con el deber de colaboración.

Finalmente, cuando una empresa no cumple el deber de colaboración, no se han cumplido con los requisitos establecidos para que pueda recibir un beneficio proveniente del Programa de Clemencia o decide retirar su solicitud, la información entregada por el solicitante debe ser devuelta en su integridad²⁰². Por lo tanto, esa información ya no podrá ser utilizada por la agencia de competencia, sin perjuicio de que en posteriores investigaciones se obtengan dichas pruebas por otros medios, las cuales sí podrían ser utilizadas para iniciar o continuar con el procedimiento administrativo sancionador.

Por lo tanto, si el Colaborador decide retirarse del Programa de Clemencia, si bien la agencia de competencia no podrá utilizar la información entregada al estar protegida por la confidencialidad que envuelve al Programa, esto no limita a la agencia a que continúe con la búsqueda de prácticas anticompetitivas. De esta manera, no debería existir ningún impedimento para que, en sus funciones de investigación, la Secretaría Técnica detecte mediante entrevistas, visitas de inspección u otros, pruebas que permitan sancionar un cártel, incluso si se refiere a aquel detectado inicialmente mediante el Programa de Clemencia.

²⁰² Es importante precisar que, en caso el Colaborador decida retirar su solicitud al Programa de Clemencia una vez iniciado el procedimiento administrativo, solo se le será devuelta la información en el expediente de Clemencia, mas no las pruebas que se encuentran en el expediente público aportadas por el Colaborador. Esto se debe a que las pruebas del expediente público que utilizó la Secretaría Técnica para iniciar el caso probablemente provengan de la colaboración y una vez que han sido notificadas a las partes, no pueden ser posteriormente devueltas y retiradas del procedimiento administrativo. Esto limitaría gravemente el desarrollo del procedimiento.

Una interpretación en contrario sería indicar que, una vez que un Solicitante de Clemencia ha presentado información y, posteriormente decide retirarse del Programa de Clemencia, la agencia de competencia ya no podría utilizar la información que obtenga en posteriores investigaciones si es idéntica a la presentada anteriormente, lo cual sería limitar excesivamente las facultades de la Secretaría Técnica. Por otro lado, incentivaría a que los solicitantes de clemencia presenten información y después no cumplan con el deber de colaboración o se retiren del Programa, habiendo ahora blindado todo lo presentado en su solicitud, de manera que cualquier prueba aportada sea inutilizable contra ellos en investigaciones posteriores. Así, el Programa de Clemencia en vez de promover la detección de cárteles, habría impedido que se compruebe la existencia de ellos, al blindar las pruebas que alguna vez presentó un solicitante en el Programa.

Por otro lado, es importante, con la finalidad de mantener la confidencialidad de la información y pruebas aportadas en el procedimiento, el establecer la responsabilidad que tendría el funcionario que incumple este deber. Así, en el Proyecto y la Guía de Clemencia se precisó que “el incumplimiento de la obligación de reserva generará en dichos funcionarios las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión”. Considero acertada dicha disposición en tanto la revelación de información o descuido en proteger la información que ha sido entregada podría tener la consecuencia de impedir a una persona ser funcionario público por diez años, lo cual no solo dificultaría su desarrollo laboral, sino también perjudicaría gravemente su imagen ante la opinión pública. Es relevante también señalar que la revelación de información confidencial podría ser considerada, dado el caso en concreto y la utilización de dicha información, en un ilícito penal.

Sobre la responsabilidad de los funcionarios respecto a la información confidencial recibida dentro del Programa de Clemencia y el deber de reserva sobre la identidad del Colaborador, la norma debe ser lo suficiente clara para establecer cuáles son las conductas en las que el funcionario público estaría vulnerando dichos principios. Si la norma fuera ambigua, el funcionario público que develó la información podría argumentar que podría ser eximido de responsabilidad por el inciso 3 del artículo 18 del Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, el cual señala que se exime de responsabilidad al funcionario por error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal²⁰³.

Por ello, la Secretaría Técnica debe resguardar con toda la diligencia posible la información dada por el solicitante. Así, debemos tener en cuenta que muchas veces las personas naturales son solicitantes de clemencia o son incluidos en la clemencia corporativa entregada por su empresa. Por estos motivos, entregan información personal como ingresos, funciones en sus trabajos, coordinaciones que realizaron, etc., que podrían hacerse públicas y afectar su reputación si dicha información no es tratada adecuadamente.

²⁰³

Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control

Artículo 18.- Eximientes de responsabilidad.-

- a) La incapacidad mental, debidamente comprobada por la autoridad competente.
- b) El caso fortuito o la fuerza mayor, debidamente comprobados.
- c) El ejercicio de un deber legal, función, cargo o comisión encomendada.
- d) La ausencia de una consecuencia perjudicial para los intereses del Estado.
- e) El error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal.
- f) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones, siempre que el funcionario o servidor público hubiera expresado su oposición por escrito u otro medio que permita verificar su recepción por el destinatario.
- g) La actuación funcional en caso de catástrofe o desastres naturales o inducidos, cuando los intereses de seguridad, salud, alimentación u orden público, hubieran requerido acciones inmediatas e indispensables para evitar o superar su inminente afectación”.

De esta manera, de acuerdo con lo señalado anteriormente, los solicitantes de clemencia deberían conocer qué personas tienen acceso a su información y la Secretaría Técnica debería establecer políticas de trato de la información, de manera que recaigan las responsabilidades respectivas en quien ha tenido una actuación negligente que ha permitido el filtrado o pérdida de la información entregada.

Por lo tanto, a fin de dar predictibilidad a los administrados y los funcionarios públicos que van a procesar las investigaciones y procedimientos administrativos iniciados por el Programa de Clemencia, se debería establecer claramente las obligaciones y responsabilidades que tienen los funcionarios públicos para resguardar la confidencialidad de la información. Entre ellas debería incluirse, al menos:

- No develar o confirmar la identidad del Colaborador a otras partes dentro del procedimiento administrativo, a otras entidades del Estado, agencias de competencia extranjeras, entidades extranjeras en general, etc.
- En caso el Solicitante o Colaborador revele su participación en el Programa de Clemencia, la Secretaría Técnica debe negar las solicitudes de otras entidades o particulares a acceder a las pruebas que se encuentran en el expediente confidencial de Clemencia y a proporcionar cualquier información que pueda haber obtenido gracias a la colaboración. Para motivar dicha denegatoria, el Indecopi podría explicar los alcances del Programa de Clemencia a las entidades que solicitaran dicha información.
- La Secretaría Técnica no podrá develar a otros Solicitantes, Colaboradores de Clemencia u otros administrados interesados en el Programa de Clemencia sobre la identidad de otros Solicitantes o Colaboradores del Programa. Si bien cuando se obtenga un marker como segundo, tercero, o posterior, el nuevo Solicitante

conocería de la existencia de otras empresas o personas naturales que han postulado al Programa, no debería informársele de la identidad de este o hacer referencia a algún dato que permita identificarlo.

- En el caso que un solicitante de clemencia sea persona natural o empresa, decida ingresar al Programa de Clemencia, no se podrá develar a dicha persona la posibilidad de que se adhiera a la solicitud de un solicitante anterior. Esto podría ocurrir en situaciones donde una empresa presenta una solicitud al Programa y obtiene el primer marker. Posteriormente, un trabajador o ex trabajador de dicha empresa desea también ingresar al Programa y presenta su solicitud. La agencia de competencia no puede informar de la existencia de la solicitud de la empresa a la cual la persona natural quiere adherirse pues estaría develando la identidad del colaborador. En todo caso, solo se podría tramitar una adhesión a la solicitud de la empresa por iniciativa de parte del Colaborador y coordinando previamente con la Secretaría Técnica que va a develar su rol como Colaborador a una persona natural para incluirla dentro de su solicitud.
- El expediente confidencial que contendrá la información, entrevistas y otras pruebas aportadas por el Solicitante de Clemencia solo podrá ser accesible al grupo que tramitará la referida solicitud de Clemencia y, no aquellos que tramiten el procedimiento administrativo público, en caso los funcionarios que lo tramiten sean diferentes personas. Cada Solicitante de Clemencia tendrá un expediente de clemencia distinto al cual no podrán tener acceso otros colaboradores o solicitantes.
- El compromiso de exoneración o reducción de sanción tendrá carácter confidencial permanentemente y podrá contener reglas específicas sobre el tratamiento de confidencialidad para el caso en concreto, pero no contrarias a la Ley o los lineamientos emitidos por la Comisión respecto al Programa de Clemencia.

- En caso de procedimientos administrativos o judiciales posteriores referidos al caso, la Secretaría Técnica solo podrá remitir a las autoridades pertinentes el expediente público del procedimiento administrativo, mas no el expediente confidencial de Clemencia.
- En caso de apelación, por alguna de las partes en el caso, solo se elevarán a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia los actuados en el expediente principal y confidencial del procedimiento administrativo sancionador, mas no el expediente referente a la Solicitud de Clemencia de el o los Colaboradores. Esto se debe a que, si existe una apelación por parte de algunos imputados, para determinar la responsabilidad de dichos administrados no debería tomarse en cuenta el expediente de Clemencia, solo los expedientes públicos.
- Incluso en los casos donde exista un procedimiento públicamente iniciado por agencias de competencia extranjeras y exista un acuerdo de colaboración entre dicha agencia y el Indecopi, no se podría compartir la identidad del Colaborador, la existencia de una solicitud de Clemencia ni las pruebas aportadas dentro del Programa de Clemencia. Solo podrían ser utilizadas dichas pruebas y evidencia si el solicitante ha suscrito un “waiver” con la Secretaría Técnica que permita al Indecopi mantener una comunicación respecto a la información aportada para determinar si la misma conducta podría haber ocurrido en otra jurisdicción. Debido al mundo globalizado, los efectos de las acciones en un país podrían materializarse en otro país, razón por la que los waivers permiten que la agencia de competencia extranjera pueda obtener información valiosa sobre la existencia y particularidades de un cártel en su país y viceversa.
- Las personas que no laboran en la Secretaría Técnica que, por razones administrativas o de sus propios cargos, tengan que conocer obligatoriamente sobre la existencia de un Solicitante o Colaborador en el Programa de Clemencia, deben

firmar un acuerdo de confidencialidad que les asigne la misma responsabilidad que poseen los funcionarios públicos. Por ejemplo, cuando se sancione a una empresa que ha sido eximida por el pago debido al Programa de Clemencia, esto debe ser informado a la Gerencia de Administración y Finanzas del Indecopi, así como a los ejecutores coactivos, pues es una multa que no va a poder ser cobrada. En este sentido, se debería informar a la menor cantidad posible de personas sobre este hecho y firmar un acuerdo de confidencialidad que lo impida de revelar la identidad del colaborador y cualquier información confidencial a la que haya podido acceder respecto al Programa en el caso en concreto.

Consideramos que estos son los estándares mínimos que debería tener el Indecopi para mantener la confidencialidad en el Programa de Clemencia. Una de las principales preocupaciones que podría tener un posible solicitante es cómo podría afectar su reputación y relaciones personales el dar a conocer que ha sido la empresa o persona natural que ha delatado la existencia del cártel. Esto podría incluir un reproche no solo de los competidores, sino de sus propios compañeros de trabajo, en tanto podrían haber expuesto la participación de ellos también en el cártel.

En este sentido, el resguardo de la confidencialidad es uno de los pilares para un exitoso Programa de Clemencia en el país. Si en los primeros casos iniciados por este Programa, los administrados notan que la Secretaría Técnica y la Comisión no mantienen un cuidado especial sobre la información brindada por los Colaboradores y no realizan todas las acciones a su cargo para mantener la confidencialidad, esto los podría desincentivar a presentar Solicitudes de Clemencia. Por lo tanto, un buen sistema de confidencialidad es fundamental para lograr la plena colaboración de parte de los agentes económicos y el éxito del Programa de Clemencia.

III.6. ¿Puede el líder o coaccionador de un cártel solicitar clemencia?

En muchas jurisdicciones, no se acepta la colaboración de determinados agentes de acuerdo con el rol que han jugado en el cártel. Así, se puede prohibir que el líder, coaccionador o instigador del cártel sea beneficiado con el Programa de Clemencia. En algunos países, si bien estas personas o empresas no pueden ser beneficiados con la exoneración completa de la sanción, pueden recibir una reducción de la multa.

En nuestro país, mediante el artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se permitió que aquella persona que pudiera ser identificado como “líder” de un cártel, pueda solicitar participar en el Programa, pero estipuló una limitación hacia otros actores.

En esta sección analizaremos, en primer lugar, la decisión del legislador de no colocar la limitación al líder del cártel tal como ha sido estipulado en muchos otros países. Sobre este punto, cabe preguntarnos, ¿debería impedirse al líder de un cártel acceder a los beneficios del Programa de Clemencia? ¿Por qué podría ser conveniente impedir que el líder pueda solicitar clemencia?

Uno de los principales puntos que se desarrollan a favor de limitar la accesibilidad a clemencia para los líderes de los cárteles se basa en que, si una empresa o persona conoce que el líder del cártel no es elegible de clemencia, se verá desincentivado a iniciar un cártel o empezar a contactar a sus competidores para analizar la posibilidad de formar un cártel. Así, si el agente económico tuviera este hecho en consideración, por más que tenga la intención de organizar un cártel, tendría que tomar en cuenta dentro del análisis de riesgo que no podría eximirse de la sanción que le podría imponer la agencia de competencia en

caso descubriera la infracción. De esta manera, el excluir de exoneración de sanción al líder del cártel aumenta la sanción esperada para el líder, haciendo que la colusión sea mucho menos atractiva²⁰⁴. Por lo tanto, tendría que sopesar sus intenciones por coludirse frente al hecho de que, si la colusión es detectada, no podría exonerarse de la sanción que le impondría la agencia de competencia.

De esta manera, si todos los agentes económicos siguieran el razonamiento descrito anteriormente, por más que consideraran posible asumir el riesgo de formar parte del cártel, esperarían o preferirían ser contactados por un competidor que les proponga ser partícipes del cártel, contrario a la opción de ellos tomar la iniciativa para su creación. Así, si otro competidor lo contacta para formar parte del cártel, al ahora ellos no tener las características necesarias para ser el líder, podrían recibir la exoneración o reducción de la sanción impuesta. De esta manera, al tomar esta política, la formación de cárteles se hace mucho más complicada o se retrasaría considerablemente en tanto los agentes económicos se ven desincentivados a tomar la iniciativa para crear u organizar un cártel.

Otra de las razones por las cuales se impide en algunas jurisdicciones que el líder pueda acceder a la exoneración de sanción se debe a que, en caso esté permitido solicitar clemencia reiteradas veces, sería un incentivo erróneo que permitiría una empresa formar parte de cárteles numerosas veces y solicitar participar en el Programa de Clemencia cada vez que lo haga. De esta manera, no solo se ve beneficiado por las ganancias supra competitivas obtenidas gracias al cártel, sino que también tiene el incentivo de continuar

²⁰⁴ BOS, Iwan y WANDSCHNEIDER, Frederick. Cartel ringleaders and the corporate leniency program. Centre for Competition Policy. En: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8253131/CCP+Working+Paper+11-13.pdf/9bb116b7-0026-4e48-9bb2-48308f4dad3>. Pág 3. Revisado: 04/02/19.

creando cárteles debido a que no va a recibir ninguna sanción como consecuencia de su conducta.

Si bien hemos mencionado las razones por la cual la agencia de competencia podría decidir que aquellos líderes del cártel no puedan ser beneficiados con el Programa de Clemencia, existen argumentos también a favor de que exista este beneficio incluso para aquellos que han participado como líderes.

Por un lado, en una economía no tan desarrollada como la peruana donde participan muchas empresas donde no necesariamente todas conocen el marco legal existente, en muchas ocasiones las empresas que intentan formar o forman un cártel no conocen necesariamente la ilegalidad de estos. Por lo tanto, la agencia de competencia podría optar por aceptar como solicitante de clemencia al líder del cártel en tanto estas empresas, al no conocer la ilegalidad de su actuar, se enteraron y al buscar asesoría sobre el tema, podrían optar por colaborar con la agencia de competencia y brindar información sobre el cártel. De esta manera, se habría develado la existencia de un cártel que la agencia podría no conocer u obtener información valiosa para poder sancionar a aquellos involucrados en la conducta.

Por otro lado, debemos tomar en cuenta que el Indecopi no tiene más de 30 años de existencia y solo desde el 2012 la Secretaría Técnica de la Comisión ha empezado a recibir solicitudes de exoneración de sanción. En ese sentido, como estrategia efectista se podría optar por permitir la exoneración de sanción para los líderes del cártel en tanto se tendría como meta el develar la mayor cantidad de cárteles posibles para evitar que la conducta continúe. En este sentido, puede ser que muchos de los posibles candidatos a clemencia sean los líderes de un cártel y si estos no develaran la información que tuvieran porque no

recibirían ningún beneficio en hacerlo, el cártel podría continuar manteniéndose oculto y perjudicando a los consumidores por un mayor tiempo.

Finalmente, si no se permite al líder postular a clemencia, este podría ser un factor que establezca la colusión. ¿Por qué? Si soy una empresa que ha participado de la colusión, conocería que sería altamente improbable que el líder del cártel vaya a presentar una solicitud de clemencia pues este no recibiría ningún beneficio, entonces, estaría más seguro de la estabilidad de cártel y la dificultad de verme involucrado en un procedimiento por mi conducta.

Tomando en cuenta los argumentos de ambos lados, considero que la agencia de competencia debería permitir que el líder de un cártel pueda ser beneficiado con la total exoneración de sanción de la multa.

Como mencionamos anteriormente, los objetivos de las normas de competencia son desincentivar la existencia de cárteles, cesar con la conducta infractora, develar su existencia, sancionarlos y resarcir los daños causados por el cártel, entre otros. Por lo tanto, siendo que el impedir al líder beneficiarse con el Programa de Clemencia se erradica la posibilidad de que un agente económico utilice el Programa y no reciba una sanción, esto lograría que los agentes económicos incurran en muchos riesgos al intentar formar un cártel, razón por la que se verían desincentivados de hacerlo. De esta manera, se dificultaría la formación de un cártel con lo que se lograría uno de los objetivos de las normas de competencia.

Sin embargo, a pesar de lo señalado anteriormente, pongámonos en la situación de un agente económico. Así, una empresa, al apreciar que la agencia de competencia establece

que el líder no podría participar del Programa de Clemencia, no podría estar seguro de qué consideraría la agencia como el líder de clemencia. ¿Sería aquél que envió el primer correo? ¿Quién organizó la primera reunión? ¿Quién fue el más interesado en continuar el cártel? ¿Quién tenga mayor participación o cuota de mercado? Estas disyuntivas podrían causar incertidumbre en el gerente general o directivos de una empresa que al sospechar que podrían no otorgarle la exoneración de sanción, preferiría no delatar su conducta y esperar que la agencia de competencia no detecte su conducta.

De manera similar también se ha pronunciado Marvin N. Price, director de Criminal Enforcement en la División de Antitrust del Departamento de Estados Unidos. En la metodología norteamericana se establece que aquél que ha tenido el rol de líder no puede obtener clemencia. Sin embargo, en todos los años que ha existido el Programa de Clemencia en dicho país, nunca se ha negado la posibilidad de participar a alguien en el programa por ser el líder. Así, en la sección “Preguntas comunes”²⁰⁵ en la página web de la División de Antitrust del Departamento de Justicia se trató de limitar de manera muy restringida la interpretación de quién sería el líder²⁰⁶. Esto se realizó con el objetivo de que los agentes económicos no tuvieran el temor de no postular a clemencia por considerar que

²⁰⁵ HAMMOND, Scott y BARNET, Belinda. Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Divisions Leniency Program and Model Leniency Letters. En: <https://www.justice.gov/atr/frequently-asked-questions-regarding-antitrust-divisions-leniency-program>. Revisado: 04/02/19.

²⁰⁶ De acuerdo con la página web de la División de Antitrust, en la determinación del líder, consideran que no puede existir dos líderes dentro de un cártel. En este sentido, en Estados Unidos, si quisiera utilizarse la excepción de no estar disponible el acceso a los beneficios para un agente, esto solo podría aplicarse para un participante dentro del cártel. De esta manera, no podría existir entonces un caso donde hay un cártel de cinco empresas, donde se determine que dos son líderes de dicho cártel o un caso donde solo participaron dos empresas en un cártel y debido al papel importante en la formación del cártel que ambas tuvieron, se concluya que ambas son líderes. En este sentido, si la agencia no pueda identificar claramente a un solo líder, tendría que determinar que la posibilidad de obtener exoneración de sanción esté disponible para todos los participantes del cártel.

La información presentada anteriormente se encuentra en la sección “Frequently Asked Questions” sobre Leniency Program de la División de Antitrust del Departamento de Justicia. Debemos tener en cuenta que si bien la División de Antitrust ha establecido parámetros para determinar restringidamente quién sería el líder en un cártel, en la práctica han decidido no negar a ninguna empresa la posibilidad de obtener la exoneración de sanción por ser el líder de un cártel.

podrían ser tomados como líderes de un cártel y no recibir ningún beneficio, y por el contrario, tuvieran miedo de develar su participación y ser sancionados. De esta manera, Marvin Price ha señalado que no se le otorgaría la exoneración de sanción a una empresa por ser identificado como el líder, solo si ha existido algún aspecto de coerción en su actuar²⁰⁷. Así, podemos observar cómo, si bien inicialmente en Estados Unidos se consideró adecuado establecer que el líder no podría recibir clemencia, la ambigüedad del término y la necesidad de detectar la mayor cantidad de cárteles ha hecho que la División de Antitrust tome una interpretación del líder donde se le exige que haya actuado utilizando coerción.

Asimismo, he señalado también que podría optarse por darle el beneficio de exoneración de sanción al líder debido a que muchas empresas que no sabían que habían cometido un ilícito y fueron los líderes del cártel, darían información sobre su conducta a la agencia de competencia. Si bien el problema del desconocimiento de la norma podría tratar de solucionarse mediante la promoción y publicidad sobre la protección de la libre competencia, informando a los actores económicos y consumidores en qué consiste esta materia, por qué es importante que exista y establecer claramente cuáles son las infracciones en las que podría incurrir una persona o ente jurídico de acuerdo con las normas vigentes, dicha medida no podría tener un efecto inmediato en todos los actores económicos. Considero que informar a las personas y al sector empresarial sobre la labor que realiza el Indecopi y la Comisión de Defensa de Libre Competencia es fundamental para lograr el respeto de las normas; sin embargo, los cárteles pueden haber durado 5, 10 años o más, por lo que la concientización sobre lo erróneo de su actuar que pueda ocurrir actualmente, no eliminaría el hecho de que hayan sido líderes de un cártel que tiene una

²⁰⁷ Traducción de libre de "They only way we might not give leniency to someone for not being the leader would be if there is an coercion aspect to it"

duración prolongada en el tiempo. Así, estos actores podrían descubrir que han cometido una actividad ilegal a través de las campañas de publicidad y concientización que realizaría el Indecopi, pero si impedimos el otorgamiento de beneficios al líder, no podrían utilizar el Programa de Clemencia pues han tenido el papel de líderes en dicho cártel.

Si bien es necesario desincentivar los cárteles, y el no otorgarle al líder la exoneración de sanción podría retrasar la formación del cártel, debemos tomar en cuenta que inevitablemente muchos cárteles van a ser formados e incluso el rol de líder podría ser variado en el tiempo de duración del cártel. Asimismo, tomando en cuenta que muchas de las empresas y personas que realizan una práctica colusora no son conscientes de su ilegalidad, aún con menos probabilidad conocerían la existencia del Programa de Clemencia. Muchas de las empresas, incluso conociendo de la ilegalidad de la colusión y de la existencia del Programa, no podrían saber exactamente en qué consiste el programa, los requisitos y excepciones. En este sentido, el incentivo de no iniciar una colusión y esperar que otro la inicie para que este sea el líder se pierde si no existe un conocimiento previo que el líder no puede recibir clemencia. Por lo tanto, esta limitación podría funcionar como un elemento desincentivador solo en países más desarrollados donde los temas de libre competencia sean conocidos por el empresariado e incluso tengan presente el desarrollo y el sistema del Programa de Clemencia.

De igual manera, tenemos que tomar en cuenta la necesidad de promover el Programa de Clemencia entre las empresas y lograr la mayor cantidad de casos resueltos a través de esta herramienta. Si limitamos a los posibles solicitantes no solo se resolverían menos casos porque los supuestos líderes de cárteles no se presentarían, sino al ser el término “líder” ambiguo, se podría desincentivar la presentación de otros posibles solicitantes de clemencia que no necesariamente hubieran sido considerados como líderes del cártel, pero

tienen temor a presentar su solicitud por el rol protagónico que tuvieron en algún momento en el cártel.

Asimismo, de acuerdo con Bos y Wandschneider si existe una pequeña probabilidad de ser descubierto, entonces funcionaría mejor un sistema donde el líder también pueda recibir la exoneración de sanción pues la información que este puede proveer puede ser esencial para sancionar a los participantes del cártel. Sin embargo, si la probabilidad de detección es relativamente alta, entonces es óptimo excluir al líder de la posibilidad de ser exonerado de sanción²⁰⁸. Tomando en consideración los recursos que posee el Indecopi, tanto económicos como de personal, si bien se ha aumentado la probabilidad de detección por la cantidad de visitas de inspección que se han realizado en los últimos años, los trabajadores de la institución en la Comisión no son más de 30 y no se darían abasto para monitorear las actuaciones de todas las empresas. Así, en tanto la probabilidad de ser descubierto no es tan grande como las agencias de competencia con considerables recursos, se debería optar por un sistema donde el líder pueda obtener la exoneración de sanción.

Por ese motivo, y con el objetivo de develar la existencia de los cárteles, propongo se permita exonerar de sanción al líder. De esta manera, cuando una empresa o persona que sabe que ha cometido una infracción a las normas de competencia y con una agencia de competencia proactiva que podría detectar la existencia de la infracción, el posible solicitante de clemencia estimaría que otorgar información a la agencia sería la mejor opción, y no tendría que dudar por la posibilidad de que la agencia de competencia pueda considerarlo como el líder en el cártel analizado.

²⁰⁸ BOS, Iwan y WANDSCHNEIDER, Frederick. Cartel ringleaders and the corporate leniency program. Centre for Competition Policy. En: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8253131/CCP+Working+Paper+11-13.pdf/9bb116b7-0026-4e48-9bb2-48308f4dad3>. Pág 4. Revisado: 04/02/19.

Por las razones esgrimidas anteriormente, concuerdo con lo establecido en la Guía de Clemencia, al determinar que solo cuando el agente económico ha ejercido coerción a otro agente y no simplemente ha ejercido el rol del líder, podría impedírsele obtener la exoneración de la multa que se le fuera a imponer. Asimismo, considero que podría otorgársele una reducción de sanción de la multa al que ha ejercido coerción de acuerdo con la evaluación sobre la información que dicho agente ha aportado a la Secretaría Técnica.

En el Decreto Legislativo 1205 se ha optado por una estrategia similar a la recomendada en este trabajo: permitir que el líder del cártel pueda acceder a la exoneración total de la multa. Sin embargo, establece restricciones ante quien haya tomado el papel de coaccionador. Así, de acuerdo con el artículo que citamos a continuación, se estableció que aquél que ejerce coacción no podría recibir el beneficio de exoneración de sanción en el Programa de Clemencia:

“Artículo 26.- Exoneración de Sanción.-

(....)

26.5. El agente económico que haya ejercido coerción sobre otros agentes para la ejecución de una conducta infractora no podrá beneficiarse con la exoneración de la sanción aplicable. Podrá, no obstante, beneficiarse con una reducción de la multa en la medida que introduzca elementos de juicio que aporten un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión, aplicándose los rangos indicados en el numeral 26.3 del presente artículo”

Como podemos apreciar, la norma indica que aquel agente que haya ejercido coerción sobre otros agentes para que se pueda ejecutar la práctica anticompetitiva no podría ser elegible como beneficiario del Programa de Clemencia respecto a la exoneración de sanción, solo podrá recibir una reducción de la misma.

Para poder realizar un análisis sobre las modificaciones que ha tenido el concepto de coerción a través del Proyecto de la Guía y de la propia Guía de Clemencia analizaremos ambos documentos. En el Proyecto de la Guía del Programa de Clemencia se definióDe esta manera a la coerción:

Coerción:

Realización de actuaciones que impliquen violencia o amenaza de violencia (incluyendo la materialización de represalias económicas) que visiblemente hayan determinado la participación de otros agentes económicos en un cártel. A modo de ejemplo, las acciones o amenazas de boicot, el cierre de canales de aprovisionamiento o distribución, así como el impedimento de participar en organizaciones de intermediación serán considerados como actuaciones de coerción cuando su materialización haya podido, razonablemente, acarrear el riesgo de expulsión del mercado.

De acuerdo con el Proyecto de Guía de Clemencia, no solo se determinará la coerción de acuerdo con la amenaza de violencia o violencia que se pueda ejercer sobre otro agente económico, sino también, mediante represalias económicas que pueda ejercer una empresa sobre sus competidores. Así, para eliminar la posibilidad de recibir la exoneración, el solicitante tendría que realizar una acción o la amenaza de una acción que perjudique la permanencia, entrada o dificultar la posibilidad de un agente económico de competir en el

mercado, o actuar violentamente o amenazar con un acto de violencia a un agente económico para forzarlo a participar del cártel. De esta manera, parecería que la imposibilidad de solicitar la exoneración se basaría en “un castigo” dado por el legislador pues el coaccionador ha obligado a los otros participantes del cártel a ser parte de este ya sea mediante violencia u hostigamiento comercial y económico. Así, lo que parecería interpretarse es que los agentes no tuvieron opción alterna y fueron obligados por el coaccionador a participar en el cártel en contra de su voluntad.

Por otro lado, en la Guía de Clemencia se estableció que coerción significaba lo siguiente:

Realización de actuaciones que impliquen violencia, amenaza de violencia, así como la amenaza o materialización de represarías económicas que ostensiblemente hayan determinado la participación de agentes económicos que un principio se habrían encontrado renuentes a participar del cartel.

Cómo podemos apreciar, la única diferencia significativa entre la definición establecida en el Proyecto y la Guía se encuentra en que en el Proyecto se establecía de qué la coerción tendría lugar cuando haya ejercido un papel determinante en la participación de los miembros del cártel. Sin embargo, en la Guía de Clemencia se establece que, a fin de que se configure la coerción, los miembros del cartel tendrían que haberse encontrado en una situación renuente a participar de él para después aceptar ser parte de él debido a las amenazas que se habrían dado.

Considero que el cambio realizado por la Guía de clemencia es erróneo en tanto existe una dificultad de probanza mucho más alta respecto a distintos requisitos que establece el documento. En primer lugar, se tendría que probar de que la empresa que ha sido

coercionada habría manifestado su negativa de participial del cártel. En segundo lugar, se tendría que probar de que le amenaza fue el motivo por el cual la empresa cambio de opinión y decidió formar parte del cártel.

Asimismo, para que se configure la coacción no es necesario que haya una negativa por parte de la empresa a ser partícipe del cartel. Así, incluso en los casos donde se invita a la empresa a formar parte de la conducta y esta no manifiesta su posición o no responde la invitación y se ejerce alguna acción por parte de la empresa coaccionadora, ya de por sí habría existido un elemento que lo hubiera hecho actuar de esa manera, coercionando su voluntad. Por lo tanto, el hecho de que haya una manifestación previa de la negativa de ser parte del cártel no es necesario para que se configure la coacción en esta situación.

A pesar de la definición ya establecida en la Guía del Programa de Clemencia sobre qué se entiende por coacción, no se especifica si el coaccionador tendría que haber realizado la acción sobre todos los agentes económicos en el cártel o solo es necesario que sea sobre un participante. Asimismo, no determina si puede existir más de un coaccionador en el cártel, en tanto podría ocurrir que la empresa A se encargó de coaccionar a V y X, mientras que la empresa B se encargó de coaccionar a Y y Z. En esta situación, podría impedirse a las dos empresas obtener la exoneración de sanción en el caso.

Es importante señalar que el determinar que alguien ha realizado coacción sobre otros agentes económicos tiene una dificultad en probanza más complicada que probar la existencia de un líder. Por ejemplo, para tener evidencia de la coacción ejercida tendría que existir alguna prueba de la amenaza de violencia o el daño causado a los trabajadores de las empresas competidoras, o probar la existencia de acciones de carácter económico basadas en el interés de impedir la entrada o permanencia de los competidores al mercado.

En el caso del líder, el tema de la probanza es más sencilla en tanto solo tendría que demostrarse que una empresa ha ejercido este papel con correos hacia otras empresas, a través de llamadas telefónicas, testimonios de los involucrados, agendas de los trabajadores, entre otros. Sin embargo, en el lugar de los coaccionadores, la utilización o amenaza de violencia física o represalias económicas son más difíciles de probar. Raramente si alguien utilizase amenaza de violencia ante otra empresa, esta sería a través de un correo electrónico o documento oficial pues su probanza sería sencilla y además constituiría en ilícito penal. Sobre la represalia económica, la agencia de competencia tendría que demostrar que la acción realizada o la amenaza económica tendrían el objeto de forzar a una empresa a participar en un cártel. Esta probanza podría ser complicada en tanto no solo tiene que demostrar la acción realizada, sino que dicho actuar tuvo el objeto de provocar una acción en la empresa competidora.

Así, en la Guía de Clemencia, se distinguen dos tipos de coerción, una económica y otra física. Si bien la exigencia para que se compruebe un acto de coerción es que aquél coaccionado no haya tenido otra opción más que participar en el cártel, existen diferencias si el tipo de coerción es mediante represalias económicas o violencia física.

Usualmente, aquél que puede ejercer determinado tipo de coerción económica frente a otras empresas es porque goza de un especial lugar dentro de dicho mercado. Así, sería difícil que la empresa que posea 5% de participación en un mercado obligue a aquella que posee el 50% a participar del acuerdo. Si alguien pudiese ser determinado como coaccionador sería porque es líder indiscutible en el mercado y puede realizar acciones como precios predatorios para retirar a sus competidores si no participan del cártel, posee una facilidad esencial que de no proveerla a otras empresas sería imposible que participen en el mercado, entre otros. Por lo tanto, aquél que sería catalogado como coaccionador

económico tendría que tener la potestad para poder perjudicar a la empresa competidora de manera considerable, es decir, retirarla del mercado o impedir su ingreso. No sería plausible que la empresa B señalara que la empresa A lo ha coaccionado a participar del cártel cuando A no tiene manera alguna de afectar el actuar de B.

Dado el anterior razonamiento, considero que debería eliminarse las represalias económicas dentro del análisis de coerción pues las conductas en las que podría incurrir el coaccionador ya estarían cubiertas por las conductas de abuso de posición de dominio o aquellas sancionadas bajo la Ley de Represión de la Competencia Desleal como boicot, abuso de procesos legales, entre otras. De esta manera, dichas empresas tuvieron una forma alternativa de evitar dicha coerción o la presión ejercida para formar parte del cártel, denunciándolas ante la autoridad competente. De esta manera, las represalias económicas pueden ser contrarrestadas con mayor facilidad que la violencia física y estas últimas tienen una gravedad mucho mayor.

Por otro lado, a pesar de lo señalado anteriormente respecto a que la prueba para demostrar coerción podría ser difícil de obtener, existen casos conocidos respecto a empresas que han ejercido coerción sobre otras para que participen en un cártel.

Uno de estos casos es la conspiración de los productores eléctricos. El vicepresidente de General Electric describió el tipo de coerción ejercida en un ejecutivo que se resistió a las reglas que la colusión pactó, señalando “Nosotros lo forzamos de una manera muy dura, y yo también lo hice, debo admitirlo. Uno de los ejecutivos de General Electric que era el objetivo de la presión de sus colegas cometió suicidio”. Si bien el caso comentado previamente es de hace varios años, en el cártel de las cajas plegables sancionado por la

Comisión Europea, algunos ejecutivos amenazaron a otros ejecutivos con violencia física si se resistían a subir los precios²⁰⁹.

Por lo tanto, aun así, suene improbable encontrarse con casos donde una de las empresas haya ejercido o amenazado con tomar represalias físicas, este tipo de situaciones han ocurrido anteriormente. Por esta razón, al establecer el estándar de coaccionador se evita que una empresa pueda organizar un cártel sin tener en cuenta la voluntad de las otras empresas, hecho que solo podría realizarse si se ejerciera coerción sobre las empresas competidoras.

Asimismo, si bien concordamos con establecer que solo aquél que haya ejercido coerción a través de violencia física hacia otros agentes no puede recibir la exoneración en el Programa de Clemencia, se debe describir con una mayor claridad quién cumpliría este rol, cuántos podrían hacerlo y el estándar de prueba para determinar que alguien ha sido coaccionador.

Así, considero que, respecto al número de personas o empresas que ejercen el rol de coaccionador, este podría ser más de uno por cártel. Esto se debe a que, a diferencia del líder que por su misma definición tendría la característica de ser uno solo, múltiples empresas podrían ejercer coacción a otras empresas para obligarlas a participar del cártel. En un cártel donde se vean involucradas 33 empresas que participen en él, tres de las empresas podrían influenciar a 10 empresas cada una en su zona geográfica (norte, centro

²⁰⁹ Traducción libre de: "In the electrical contractors conspiracy, there were strong pressures to enforce the anticompetitive norms. A GE vice president describing the type of coercion placed on an executive who resisted the norms of collusion stated, "We worked him over pretty hard, and I did too; I admit it." One GE executive who was a target of this pressure from his colleagues committed suicide.⁸ In one recent folding-box case, some executives threatened others with physical violence if they resisted raising prices."⁹SONNENFELD, Jeffrey and LAWRENCE, Paul. ¿Why do companies succumb to price fixing? En: <https://hbr.org/1978/07/why-do-companies-succumb-to-price-fixing>. Revisado: 04/02/19.

y sur). Por lo tanto, al ejercer amenaza de violencia estas 3 empresas a 10 cada una, podrían ser categorizadas como coaccionadoras, debido a que todas forzaron a otras empresas a participar del cártel.

Finalmente, propongo que el estándar de coaccionador sea interpretado restrictivamente, para obtener la mayor cantidad de solicitudes de clemencia posibles. Así, como he señalado anteriormente, las represalias económicas no deberían considerarse como un tipo de coerción. El Perú, que se encuentra en la etapa inicial del desarrollo del Programa de Clemencia, necesita la mayor cantidad de solicitudes de exoneración de sanción presentadas que resulten en casos exitosos. Así, las reglas deben ser lo más favorables posibles en esta etapa, pero resguardando también los derechos de los afectados y dando los incentivos correctos²¹⁰.

Respecto a quién cumpliría el rol de coaccionador, debemos hacer nuevamente un balance sobre cuál es el objetivo del Programa de Clemencia y la conducta que queremos evitar por parte de los empresarios. En este sentido, se trataría de evitar otorgar clemencia a aquellas personas que fuerzan a otros a participar en un cártel, prácticamente anulando la voluntad de los otros participantes y, aprovechándose de determinados factores, eliminando el proceso competitivo al realizar un cártel. Por lo tanto, no basta con que el supuesto coaccionador inicie las preparaciones para la formación del cártel o envíe reiterados correos proponiendo a las empresas participar en él. La coerción solo quedaría probada cuando

²¹⁰ En particular, Mariana Tavares, ex Secretaria de Derecho Económico del Ministerio de Justicia de Brasil, señaló en la conferencia del "Día de la Competencia" en Perú del 2016 que existen 3 etapas para los jóvenes Programas de Clemencia. Explicó que la primera etapa se caracteriza por solicitudes de agentes económicos que ya habían presentado clemencia en otras agencias de competencia por el mismo caso y las decisiones de la agencia de competencia se deberían enfocar en fortalecer el Programa de Clemencia. Asimismo, en la segunda etapa se presentan empresas multinacionales con programas de cumplimiento estrictos, los cuales han identificado conductas ilegales en sus empleados; de manera similar, el fortalecimiento del Programa es también importante. Finalmente, en la tercera etapa, las solicitudes de clemencia son presentadas por empresas locales.

existe violencia o amenaza de violencia hacia otra empresa, por lo que el agente económico coaccionado no tiene opción viable distinta a participar en el cártel.

A fin de ejercer violencia hacia otra persona no es necesario que se tenga determinada posición sobre la otra empresa que le permita ejercer o amenazar con realizar un acto de violencia. Independientemente si la empresa coaccionadora tiene una mínima participación en el mercado, si ejerció violencia a través de un trabajador de la empresa o por autoría mediata, estaría probado que ejerció un acto coercitivo que lo impediría de recibir la exoneración de sanción. Por lo tanto, debemos tener en cuenta que para que se cumpla este requisito no importa el rol de la empresa o persona natural en el mercado, sino la acción misma. Ejemplos de este tipo de coerción sería una situación donde la empresa A invita a la empresa B a participar en un cártel, lo cual rechaza esta última empresa. Si A amenaza con contratar a un grupo de personas para lesionar gravemente al gerente general de B si no participa en el cártel, esta sería un acto de coerción. Por lo tanto, el acto debería evaluarse en tanto tenga la facultad de perjudicar la vida o salud de una(s) persona(s)²¹¹.

Siendo que ya se han comentado las precisiones que deberían hacerse sobre cómo determinar cuándo alguien ha ejercido coerción frente a otra persona o empresa, ahondaré sobre la posibilidad de que el coaccionador reciba una reducción de sanción. Estoy de acuerdo con lo expresado en el Decreto Legislativo 1205 sobre permitir a aquel que ha ejercido coerción a otra empresa poder recibir dicha reducción, de acuerdo con el Tipo de Clemencia C. Si bien es controversial otorgarle una reducción de sanción aquellos que ejecutan la coerción mediante violencia física, debemos tomar en cuenta que la empresa

²¹¹ Sobre estas "personas" no me refiero solo aquellas que toman las decisiones en la empresa, sino cualquiera relacionado a aquellos trabajadores de la empresa, por lo que una afectación a su salud o vida, podrían tener una injerencia en el actuar de aquellos que toman decisiones en una compañía. Así, si bien la amenaza de violencia a los hijos del gerente comercial y gerente general de una compañía puede no ser tomada como amenaza a la persona que toma decisiones, sí influenciaría de manera determinante el actuar de dicha persona.

que presenta la clemencia no siempre es responsable por las acciones de una persona, si el gerente tomó esta acción violenta, no debería impedirse a la empresa obtener una reducción de sanción. El hecho que la empresa pueda obtener esta reducción de sanción no significa que aquellas personas involucradas en un acto delictivo como la violencia física o amenaza de violencia no sean procesadas independientemente por la vía penal.

De acuerdo con lo expuesto, considero que aquella empresa o persona que ha ejercido coerción sobre otra no debería recibir la completa exoneración sobre su multa, pero sí la reducción de ella. Así, la reducción que podría obtenerse sería de 50% a 30% si fuera el primer solicitante, reduciéndose progresivamente en caso su lugar en la fila sea posterior, entre 30% y 20% y posteriormente hasta 20%.

Otro punto que considero que también debería acoger la agencia de competencia peruana es, en caso de duda sobre si una compañía ha ejercido coacción o no, interpretar a favor de aceptar la solicitud de clemencia con el fin de otorgar la mayor cantidad de incentivos y oportunidades para que las empresas reporten su actividad ilegal²¹². De esta manera, si un agente económico tiene duda sobre si su conducta puede ser interpretada como coaccionadora, debe tener en cuenta que la agencia de competencia tendría una concepción restringida sobre quién podría ser considerado de tal manera, razón por la que es altamente probable obtener la exoneración de sanción en caso sea el primer solicitante dentro de un mercado.

Cabe resaltar también que, sin lugar a duda, el rol de coaccionador dentro del cártel no podría ser identificado inmediatamente por la agencia de competencia en el momento en

²¹² HAMMOND, Scott y BARNET, Belinda. Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Divisions Leniency Program and Model Leniency Letters. En: <https://www.justice.gov/atr/frequently-asked-questions-regarding-antitrust-divisions-leniency-program>. Revisado:04/02/19.

que la empresa presenta su solicitud de clemencia. Sin embargo, la existencia de dicha condición puede ser detectada durante la investigación preliminar, antes del inicio de un procedimiento administrativo. En este periodo es primordial que la agencia pueda descartar si el primer solicitante es el coaccionador pues de este factor dependerán los beneficios que se otorgarían en el compromiso de colaboración que se firmará con la Secretaría Técnica. Así, si se ha comprobado la condición del coaccionador dentro del cártel, la Secretaría Técnica suscribirá un compromiso con el administrado donde solo podría optar por la reducción de sanción, a diferencia de si no lo fuera, donde el compromiso se suscribiría por la exoneración de sanción.

De esta manera lo ha establecido la Guía de Clemencia, la cual ha determinado que de manera previa a la suscripción de un compromiso condicional de beneficios, si la Secretaría Técnica considerase que existen elementos de juicio que evidenciarían que el Solicitante se encuentra incurso en el supuesto de coerción, le informará que no suscribirá un Compromiso de Exoneración de Sanción (Clemencia Tipo A o B); permitiéndole optar, bien por retirar su solicitud (en cuyo caso le será devuelta la documentación aportada al expediente en que se tramita dicha solicitud), o bien por suscribir un Compromiso de Reducción de Sanción (Clemencia Tipo C).

Así, de acuerdo con la Guía, incluso después de haberse suscrito un Compromiso de Exoneración de Sanción (Clemencia Tipo A o B), si como producto de la información introducida en el marco del procedimiento administrativo sancionador, la Secretaría Técnica considerase que existen nuevos elementos de juicio que evidenciarían que el Colaborador se encuentra incurso en el supuesto de coerción, la Secretaría Técnica indicará esta situación a la Comisión al momento en que deba formular su recomendación respecto del beneficio condicionalmente otorgado, recomendándole no ratificar el beneficio de

exoneración condicionalmente otorgado (Clemencia Tipo A o B), sino otorgar una reducción en la sanción aplicable (Clemencia Tipo C), de conformidad con el artículo 26.5 de la Ley de Competencia. Aunque el Colaborador decidiera retirar su solicitud en esta etapa, no será posible devolverle documentación alguna que haya sido introducida al expediente en que se tramita el procedimiento administrativo sancionador²¹³.

Sin embargo, a fin de respetar todos los derechos del solicitante a clemencia, antes de determinar que el solicitante de Clemencia ha ejercido coerción, la Secretaría Técnica debería informarle al solicitante que se está investigando su papel en la formación y desarrollo del cártel en tanto podría considerársele como coaccionador en el mismo, motivo por el cual no sería elegible para recibir la exoneración de sanción. Ante dicha carta, el administrado podría presentar pruebas o elementos de juicio que evidencien que no ha ejercido coerción. Después de la evaluación de las evidencias y posibles requerimientos que se realicen a otros agentes económicos dentro de la investigación preliminar o procedimiento administrativo en trámite²¹⁴, la Secretaría Técnica deberá informar su decisión al solicitante a través de una carta. Dicho documento deberá ser inapelable.

De acuerdo con todos los puntos expuestos anteriormente, mi recomendación es negar a aquél que ha realizado coerción mediante violencia física la posibilidad de ser exonerado de la potencial sanción impuesta en el procedimiento administrativo, pero permitirle acceder a una reducción de sanción. Sin embargo, las reglas deben ser lo suficientemente claras, de manera que permitan al posible solicitante determinar si él ha cumplido el rol del

²¹³ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>. Revisado: 04/02/19.

²¹⁴ Estos requerimientos deben resguardar el hecho que existe un solicitante de clemencia, solo solicitando información general sobre sus actuaciones para poder determinar si ha sido el coaccionador en el cártel.

coaccionador en un cártel y, asimismo, dichas reglas deben interpretarse de manera favorable para el administrado en caso de duda.

Asimismo, para fomentar la mayor cantidad de presentación de solicitudes de clemencia, debe permitírsele a los líderes de cárteles acceder a la exoneración total de la multa y todos los beneficios que conlleve ser el primer en presentarse al Programa de Clemencia²¹⁵.

III.7. ¿Se puede solicitar clemencia cuando existe reincidencia?

Una de las cuestiones controvertidas más importantes dentro del diseño de un Programa de Clemencia es si se debe aceptar la solicitud de una empresa o persona natural que anteriormente ha sido beneficiada por el Programa.

En tanto el objetivo de las políticas de competencia es la erradicación de las conductas anticompetitivas y, posteriormente, la detección de la conducta y sanción de aquellas personas que habrían incurrido en estas conductas, debemos analizar las posibilidades de acuerdo con estos objetivos.

Así, en el caso de un agente reincidente, si eliminamos la posibilidad de que presente una solicitud de clemencia, el cártel en el que participa podría nunca detectarse. Asimismo, en el caso, por ejemplo, que ocurra un cártel en el mercado de comercialización de cuadernos en el 2005 y una de las empresas involucradas es beneficiada por su aplicación exitosa al Programa de Clemencia, sería contraproducente negarle la solicitud de clemencia en el

²¹⁵ En algunas jurisdicciones, al primer solicitante de clemencia no solo se le otorga la exoneración de sanción, sino se impide el pago de daños y perjuicios, queda eximido de cumplimiento de medidas correctivas, entre otros beneficios.

2016, más de diez años después que la primera conducta se manifestó y considerando que probablemente la mayoría de los cargos gerenciales en la compañía habría cambiado. Las personas que se habrían coludido en este caso serían completamente distintas a las primeras, por lo que ellas no se habrían beneficiado con la aplicación de clemencia anterior y, por lo tanto, sería errado negarles la oportunidad de beneficiarse con el Programa por reincidencia.

Por otro lado, si aceptamos que una empresa que ha sido beneficiada con el Programa reciba los beneficios nuevamente, lo estaríamos incentivando a realizar la conducta en reiteradas oportunidades, pues así podría recibir la exoneración de sanción múltiples veces y nunca verse perjudicado por su participación en el cártel. En cambio, se vería altamente beneficiado pues recibe las ganancias producto de los precios monopólicos y no recibe algún tipo de sanción o multa por su conducta. Por lo tanto, debemos diseñar normas que nos permitan detectar los cárteles, pero no incentivar a que el Programa de Clemencia sea utilizado como una herramienta para ejecutar cárteles reiteradamente y no recibir ninguna sanción producto de su conducta.

En el Decreto Legislativo 1034 y su posterior reforma, el Decreto Legislativo 1205, no se contemplaba ninguna consecuencia por aceptar la solicitud de clemencia de una empresa o persona natural que ya ha sido beneficiado anteriormente con el Programa. De igual manera, en el Proyecto o la Guía de Clemencia, la Comisión no ha contemplado la posibilidad de negarle a los reincidentes la posibilidad de beneficiarse con el Programa de Clemencia nuevamente.

En tal sentido, existe la posibilidad de que alguna persona jurídica o natural que haya sido beneficiada con el Programa de Clemencia, en caso vuelva a incurrir en un cártel, vuelva a

recibir el beneficio. Teniendo esto en cuenta, ¿cómo podemos evitar que las empresas vuelvan a coludirse sucesivamente y soliciten clemencia?

Reducción del beneficio: Una propuesta a analizar podría ser impedir la exoneración completa de la multa para aquella persona jurídica o natural que haya sido beneficiada anteriormente por el Programa. Así, se podría establecer que el reincidente ya no podría recibir la exoneración completa de la multa en caso fuera el primero en presentarse, sino solo recibiría la reducción del 50% de la multa. En estos casos, para un impacto asegurado en el administrado, aquel reincidente solo podría recibir la reducción que le hubiera correspondido a quien esté un lugar por detrás de él en el orden de prelación de clemencia. Así, en caso hubiera sido el segundo en presentarse y reducir su multa en 50%, solo podría reducirla en un máximo de 30%. Sobre las personas posteriores desde el tercer lugar en el orden de prelación en presentarse al Programa, en tanto desde el cuarto solo se podría recibir una exoneración del 20%, todos los solicitantes que lleguen terceros o posteriores a ellos solo podrían recibir el 20% de exoneración. Esta disposición tiene efectos beneficiosos dado a que permite todavía obtener evidencia de la conducta a través del Programa de Clemencia pues el solicitante va a preferir obtener algún tipo de beneficio antes que recibir toda la sanción por la conducta. Además, si la estrategia de una empresa es coludirse continuamente y presentar clemencia después, es difícil creer que otros actores no conocerían su estrategia y se desistirían de participar en un cártel con ellos, al saber que serían delatados.

Las medidas correctivas: Otra propuesta es establecer a través de una medida correctiva el cese de la conducta, por lo que, si incumpliera dicha medida correctiva, se le tendría que imponer una multa. En este sentido, la Comisión al indicar las medidas correctivas a imponer al administrado, podría solicitar que no incurra en prácticas que vulneran la libre

competencia por un periodo determinado de tiempo. En caso incumpliera la medida correctiva, podrían imponérsele sanciones por incumplimiento de medida correctiva, distinto al procedimiento administrativo por conductas anticompetitivas. De esta manera, si reincidiera en la conducta, podría solicitar ingresar al Programa de Clemencia nuevamente, pero podría recibir una multa considerable por incumplir la medida correctiva, lo que lo desincentivaría de cometer la conducta nuevamente.

Sin embargo, nos enfrentamos ante un dilema, ¿hasta cuándo tendría validez una medida correctiva de no coludirse? ¿Es válido delimitarlo a través de un tiempo determinado? En caso incurra en la conducta nuevamente, ¿se sanciona por incumplimiento de medida correctiva o se inicia otro procedimiento administrativo?

En abril de 2003, las empresas Gromul y Dispra denunciaron a las empresas Clorox y Quimpac por el ejercicio de prácticas anticompetitivas. Mediante la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC de la Comisión de Libre Competencia se sancionó a Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. por la comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de distribución exclusiva por la distribución de hipoclorito de sodio. Asimismo, se impuso a Quimpac como medida correctiva que, en tanto mantenga posición de dominio en la producción y distribución de hipoclorito de sodio, se abstenga de establecer relaciones de exclusividad que puedan constituir restricciones verticales a la competencia, así como otras conductas que pudiese tener un efecto discriminatorio²¹⁶.

Posteriormente, Clorox continuó ofreciendo el hipoclorito de sodio con diferentes precios a algunos proveedores, generando un efecto discriminatorio frente a algunos compradores.

²¹⁶ Al respecto, ver Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC

Entonces, cabe preguntarnos, ¿se debería haber iniciado un procedimiento administrativo por la comisión de una conducta anticompetitiva, y, en consecuencia, el análisis de una infracción al Decreto Legislativo 701²¹⁷, o iniciarse un procedimiento por incumplimiento de medida correctiva, supuesto contemplado en el Decreto Legislativo 807?

En el caso en concreto, se le inició un procedimiento administrativo por incumplimiento de medida correctiva. Cabe preguntarnos entonces en el caso donde un agente infractor vuelva a cometer la infracción imputada anteriormente, si deberíamos iniciar un nuevo procedimiento administrativo o sancionarlo por incumplir la medida correctiva.

Así, debemos esclarecer la diferencia entre los dos tipos de supuesto. Para que se inicie un nuevo procedimiento por infracción a las normas de libre competencia no debería infringir el principio de non bis in ídem, recogido en el artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, el cual indica 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. A fin de analizar la reincidencia tendríamos identidad en el sujeto, pero podría haber distintos hechos. Así, la empresa A podría haber sancionada anteriormente por formar parte de un cártel para fijar precios de lapiceros, y posteriormente, iniciar un procedimiento contra la misma empresa por haber participado en un cártel para vender mochilas.

Por otro lado, en el caso de las medidas correctivas, podrían tener distinto tenor de acuerdo con el caso y, por lo tanto, lo exigible al administrado sería diferente.

²¹⁷ Norma vigente al momento de la comisión de las conductas analizadas en el caso analizado en la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC

Por ejemplo, supongamos que la medida correctiva impuesta señale “el cese de las conductas anticompetitivas”. En este caso, se iniciará un procedimiento por incumplimiento de medidas correctivas solo en caso la conducta no se haya detenido. Si la conducta hubiera cesado y posteriormente la empresa hubiera incurrido en la misma infracción se consideraría el inicio de otro procedimiento por infracción a las normas de libre competencia y no por incumplimiento de medida correctiva²¹⁸.

Nos encontramos ante otro supuesto en caso la medida correctiva sea la imposibilidad de incurrir en la misma infracción. Así, en la Resolución 059-2011 se ordenó a Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. que se abstenga de celebrar contratos que incluyan la obligación de no contratar con una empresa en particular, siempre que ostente posición de dominio, que esta conducta pueda generar efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, y que no cuente con una justificación comercial válida para ello. En el supuesto que el Jockey Plaza hubiera celebrado con otra empresa un contrato de exclusividad sobre los espectáculos que se llevarían a cabo en el hall de la entrada del Jockey, este hubiera sido pasible de sanción tanto por infracción a las normas de libre competencia (con el agravante de reincidencia) y por incumplimiento de medida correctiva.

Sin embargo, a fin de evitar iniciar dos procedimientos administrativos por fundamentos considerablemente similares, las medidas correctivas deberían ser específicas. De tal manera, debería señalarse la imposibilidad de cometer nuevamente la conducta de acuerdo

²¹⁸ Debemos tener en cuenta que para este tipo de casos, se debe aplicar el artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General el cual señala lo siguiente:

“7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continúa, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.”

En tal sentido, para iniciar un procedimiento por infracción a las normas de libre competencia, la nueva infracción debe haber transcurrido los 30 días hábiles que exige la norma.

con la situación en la que se encuentre el administrado. Por lo tanto, no podría haberse impuesto en el caso señalado en el párrafo anterior una medida correctiva que indique “abstenerse de cometer una conducta anticompetitiva” pues las medidas correctivas están diseñadas para revertir la conducta del administrado y, si bien no es lo ideal que incurra en una infracción a las normas de competencia, existe una diferencia clara entre realizar un cártel y cometer una conducta de abuso de posición de dominio, por lo que no podría considerarse un incumplimiento de medida correctiva realizar la primera conducta cuando la infracción que se cometió había sido por la segunda.

En tal sentido, si bien es posible emitir una medida correctiva para evitar la reincidencia, esta debe delimitarse. Por lo tanto, un texto en el siguiente tenor: “no incurrir en prácticas colusorias que afecten al mercado” sería muy amplia para considerar que el objetivo de la medida sea corregir las distorsiones producidas en el mercado²¹⁹. En este sentido, consideramos que el único caso donde debería iniciarse un procedimiento administrativo por incumplimiento de medida correctiva sería si se hubiera impuesto una medida correctiva específica que el administrado no habría cumplido. Por lo tanto, en caso del beneficiario de Clemencia hubiera sido eximido por haber coludido en el mercado de lapiceros, se le debería imponer una medida correctiva que determine que no vuelva incurrir en una colusión en el mercado. En tal sentido, el realizar una práctica colusoria vertical no consistiría en una violación de la medida correctiva, sino otra conducta independiente. Sin embargo, el coludirse en el mercado de lápices y colores sí consistiría una vulneración a la medida correctiva.

²¹⁹ PALACIOS, Enrique y Miguel LUQUE. Las medidas correctivas y la defensa de la Competencia: la experiencia peruana. En: <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario04/Art18/ANUARIO%20ANDINO%20ART18.pdf>. Revisado: 04/02/19.

De esta manera, se evitaría que la empresa que se ha coludido en un mercado vuelva a utilizar la herramienta del Programa de Clemencia para realizar un acuerdo colusorio en otro mercado y, al ver que este está fracasando, solicitar ingresar al Programa y volver a ser liberado de la sanción²²⁰. Así, la imposición de las multas por incumplimiento de medida correctiva impediría que el reincidente vuelva a incurrir en las mismas conductas sin recibir una sanción por ello.

Considero la utilización de este método mejor que el reducir los beneficios para los reincidentes en tanto no limita la generalidad respecto a la elegibilidad para poder ser beneficiario del Programa de Clemencia. Adicionalmente, cumple la función de evitar que la Clemencia pueda ser utilizada como un método para incurrir en cárteles constantemente y no recibir ninguna sanción por su conducta y obtener todos los beneficios anticompetitivos. Asimismo, debemos tener en cuenta que ser multado por reincidente también afecta la reputación de la empresa o persona natural, lo cual podría ser un elemento que lo alejaría de volver a realizar esta conducta.

III. 8. El compromiso de exoneración de sanción

De acuerdo con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el solicitante de Clemencia recibirá el beneficio de exoneración si presenta información que permita acreditar y probar la existencia de un cártel. Así, anteriormente, también he resaltado la importancia de haber obtenido el marker correspondiente para determinar el orden de prelación de cada uno de los solicitantes.

²²⁰ Cabe resaltar que para configurarse el incumplimiento de la medida correctiva, la segunda colusión debería iniciarse posteriormente a la imposición de las sanciones por la primera colusión.

De acuerdo con la norma, el solicitante de Clemencia, para poder suscribir un compromiso de exoneración de sanción, deberá presentar información que permita iniciar un procedimiento administrativo, y solo entonces, la Secretaría Técnica negociará con él un compromiso de exoneración de sanción²²¹.

Sobre la suscripción de un compromiso de exoneración o reducción, debemos tener en cuenta que cabe la posibilidad de que existan pruebas que nos lleven a considerar que existe una práctica anticompetitiva, pero notar posteriormente con más información que este no era el caso. Por ejemplo, la empresa A presenta un correo donde el gerente general de su empresa se comunica con el gerente general de la empresa B a fin de hablar de temas comerciales. Este correo puede ser un indicio de una práctica anticompetitiva, razón por lo que ante otros correos similares la Secretaría Técnica puede considerar que existen indicios de una supuesta práctica anticompetitiva. Sin embargo, ante el análisis de los movimientos de los precios de ambas empresas y posteriores evidencias presentadas, se puede apreciar que las supuestas reuniones del gerente general de la empresa A y B se referían a una asociación sobre buenas prácticas corporativas que planeaban iniciar. En el caso presentado, si bien existieron indicios de una práctica ilegal, evidencia posterior permitió demostrar que no se habría cometido una infracción. Así, el encontrar algún indicio de la supuesta existencia de una práctica anticompetitiva no significa necesariamente que

²²¹ Al respecto, en el artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se señala lo siguiente:
26.2. La solicitud de exoneración de sanción se presentará por escrito y será tramitada, en un expediente confidencial, de conformidad con el siguiente procedimiento:

De considerar que el solicitante **ha aportado elementos relevantes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, la Secretaría Técnica negociará con él la suscripción de un compromiso de exoneración de sanción**, que establecerá los alcances del deber de colaboración del solicitante, el compromiso de la Comisión de exonerarlo de sanción, así como el deber de reserva de la Secretaría Técnica y la Comisión respecto de la identidad del solicitante. El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el solicitante y la Secretaría Técnica. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del compromiso. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión.

se vaya a iniciar un caso por una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En este sentido, considero prudente que para la evaluación de la colaboración no solo deba tenerse en cuenta los primeros sesenta días donde la empresa presentó evidencias (30 días iniciales más 30 de prórroga), sino también considerar las diligencias complementarias que se realicen en los 90 días posteriores en conjunto con la Secretaría Técnica, a fin de determinar la suscripción del compromiso.

Asimismo, analizaremos qué nos dice la Ley de Competencia sobre el compromiso de exoneración de sanción. Dicho término está regulado por el inciso c) del artículo 26.2 de la norma:

26.2. La solicitud de exoneración de sanción se presentará por escrito y será tramitada, en un expediente confidencial, de conformidad con el siguiente procedimiento:

(...)

- c. De considerar que el solicitante ha aportado elementos relevantes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, la **Secretaría Técnica negociará con él la suscripción de un compromiso de exoneración de sanción, que establecerá los alcances del deber de colaboración del solicitante, el compromiso de la Comisión de exonerarlo de sanción, así como el deber de reserva de la Secretaría Técnica y la Comisión***

respecto de la identidad del solicitante. El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el solicitante y la Secretaría Técnica. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del compromiso. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión.

(Resaltado añadido)

De acuerdo con el artículo citado, el compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el solicitante y la Secretaría Técnica.

Debemos resaltar que, una vez suscrito el compromiso de exoneración o reducción de sanción con la Secretaría Técnica, dicho documento no debería ser modificado. En este sentido, no podríamos cambiarlo de acuerdo con los intereses de los administrados pues nos encontraríamos con una Secretaría Técnica débil frente a su relación con los agentes económicos que supervisa. Así, una vez suscrito un compromiso de exoneración e indicarse la cantidad de personas que serán cubiertos bajo el Programa de Clemencia, no debería permitirse la entrada de nuevos solicitantes de la empresa y agregarlos al compromiso de exoneración de sanción. Si existe un trabajador que quiere colaborar con la empresa después de la suscripción del compromiso de exoneración de sanción, este lo debería realizar solicitando una clemencia distinta a la presentada por la empresa²²². De igual

²²² En Estados Unidos, si el Departamento de Justicia necesita urgentemente el testimonio o información que pueda darle un administrado y este no podría aplicar a clemencia, se utiliza la figura de “non prosecution agreement”. Estas

manera, no se podrían o deberían modificar las obligaciones a las que se comprometió una empresa para poder beneficiarla y que obtenga con mayor facilidad la exoneración o reducción de sanción.

Asimismo, el compromiso de exoneración de sanción debería seguir un modelo estándar que suscribiría cualquier empresa o persona natural. Podrían existir modelos diferentes de acuerdo con la característica del administrado (empresa y persona natural) al tener naturalezas distintas, o al momento donde se presenta dicha solicitud (antes o después de la Resolución de Inicio), pero no debería otorgarse distintos compromisos u obligaciones cruciales a una empresa sobre otra. Esto se debe a que, si los administrados están en circunstancias idénticas, deberían ser tratados de la misma manera y que sucedan las mismas consecuencias jurídicas. Otorgar un trato especial a una empresa sobre otra no solo vulneraría el principio de igualdad, sino también perjudicaría la predictibilidad en la actuación de la Comisión y su Secretaría Técnica. En este sentido, no por necesitar o ser clave la colaboración de una empresa o individuo, se le puede dar un trato preferente a dicho agente²²³ en el Programa de Clemencia.

son cartas brindadas a personas clave en la investigación, que han cometido cargos menores pero tienen información relevante sobre lo sucedido.

Si bien podría ser controversial la utilización de una carta de no persecución en el Perú, sería una vía por explorarse en el futuro en tanto merece un análisis mayor que el que podría realizarse en esta tesis. Sin embargo, cabe resaltar que estas cartas se diferenciarían del Programa de Clemencia pues usualmente es las cartas de no persecución es la administración quien busca a aquella persona necesaria para la investigación, a diferencia del Programa de Clemencia donde los solicitantes son los administrados.

²²³ Tomemos en cuenta que una actuación donde se evidencia diferente trato a situaciones iguales por parte de la Secretaría Técnica también la perjudicaría a ella pues si bien las empresas que se investigan son diversas, los estudios de abogados que analizan casos de libre competencia son un número reducido. Por lo cual, si ellos notan que se le estaría dando un estándar de mayor exigencia o más obligaciones en un caso de clemencia, a diferencia de otro, lo notarían con facilidad, lo cual puede perjudicar gravemente a la Administración y la posibilidad de recibir más solicitudes de clemencia.

Como se ha señalado anteriormente, en caso una empresa haya solicitado acogerse al Programa de Clemencia y no haya incluido a los trabajadores o ex trabajadores que querría que se acojan al beneficio, estos solo podrían incorporarse a la solicitud hasta la suscripción del compromiso de exoneración o reducción de sanción. Es importante resaltar que la empresa no debería incluir a personas naturales, trabajadores o ex trabajadores de la empresa, si estos no consideran que hayan cometido una infracción a la norma de competencia. El problema con esta situación es que si una empresa incluye a alguien que considera que no ha cometido infracción alguna, cuando se le cite a esta persona para que dé su testimonio o presente sus descargos, este negaría la imputación, con lo cual se estaría incumpliendo el deber de colaboración respecto a esta persona y el compromiso de exoneración de sanción que se ha suscrito con la Secretaría Técnica, así como entorpecer el desarrollo del procedimiento administrativo.

De igual manera, como ya hemos señalado anteriormente, la Secretaría Técnica está prohibida de hacer referencia a otros administrados sobre la existencia de una solicitud de clemencia y la identidad del colaborador. En este sentido, en caso se esté entrevistado a un administrado que sea ex trabajador de la empresa A (la cual ha solicitado clemencia) y vemos que dicha persona no está colaborando como se quisiera, no se le podría decir que solicite a la empresa A que lo incluya en su solicitud de clemencia a fin de que sea exonerado de una posible sanción y se vea más incentivado a dar información más completa. La inclusión o no de personas naturales en la solicitud de exoneración de sanción corporativa siempre debe ser iniciativa de la propia empresa y no una solicitud de la Secretaría Técnica para obtener más individuos colaboradores. Esta situación se torna especialmente grave si se revela a una persona natural o empresa la existencia de una solicitud de clemencia por parte de otro agente.

Por otro lado, el Proyecto y la Guía de Clemencia ha indicado que, después de la investigación realizada, expondrá ante al administrado sus conclusiones y le indicará cuál sería el beneficio condicional que le correspondería. Los elementos fundamentales que debería contener el compromiso serían los siguientes:

- a. El reconocimiento de la participación del Colaborador en el cártel revelado, conforme a las conclusiones de la Secretaría Técnica.
- b. La calidad de Colaborador del Solicitante en el marco de la ulterior fase de investigación e instrucción en el procedimiento administrativo sancionador.
- c. El contenido esencial del Deber de colaboración del Colaborador durante la investigación y el procedimiento administrativo sancionador.
- d. El alcance de los beneficios a otras empresas del grupo económico o los funcionarios y ex funcionarios del Colaborador, condicionado al cumplimiento del Deber de colaboración por parte de cada uno de aquellos a quienes se extienda el beneficio.
- e. La renuncia a la confidencialidad de los elementos de juicio que no hayan podido ser replicados y que resulten necesarios en el inicio o tramitación del procedimiento administrativo sancionador²²⁴²²⁵.

²²⁴ INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/429684/PROGRAMA+DE+CLEMENCIA/d1996668-3efc-42e8-8311-6e18d0dbfb96>. Revisado: 04/02/19.

²²⁵ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>. Revisado: 04/02/19

Si bien considero que las disposiciones incluidas desde el inciso a) hasta el inciso d) son adecuadas para el compromiso de exoneración o reducción de sanción²²⁶, no considero que la Secretaría Técnica debería establecer dentro del compromiso de reducción de sanción cuál sería el beneficio que le correspondería exactamente al final del procedimiento. Considero que podría dársele una proyección más estrecha de aquel que menciona la ley, pero no necesariamente un número exacto. Por ejemplo, si considero que el aporte ha sido excelente hasta el momento de la suscripción de la reducción de sanción, podría estimar que la reducción de sanción comprendería un valor entre el 50% y 40% para el segundo en la línea, a diferencia del porcentaje entre 50% y 30% que indica la ley. Sin embargo, sería un error el señalarle al administrado que el porcentaje de reducción de sanción que recibiría al final del procedimiento sería 50%, pues puede haber dentro del procedimiento administrativo ciertas fallas en el deber de colaboración que hagan reducir ese porcentaje y no necesariamente tengan como consecuencia la pérdida del beneficio. Si establezco un porcentaje fijo en el compromiso de reducción de sanción solo existen dos opciones posteriores: i) el otorgamiento del beneficio asignado en el compromiso de reducción de sanción o ii) la pérdida del beneficio por falta al deber de colaboración.

Esta situación extrema nos lleva al problema de que, si el colaborador no coopera de la manera ideal, pero ha entregado información relevante para la determinación del cártel, tendría que denegársele la reducción de sanción. Por lo tanto, un administrado que ha sido diligente por un gran periodo de tiempo, no recibiría ningún beneficio por la información entregada, lo que desincentivaría posteriores solicitudes de Clemencia. En cambio, si se permitiera guiarse por un rango de porcentaje hasta final del procedimiento, la Secretaría

²²⁶ En el capítulo sobre confidencialidad, indiqué sobre el inciso e) que la revelación de la información aportada dentro del Programa de Clemencia sería una infracción al deber de reserva de la Secretaría Técnica y los principios del Programa.

Técnica podría evaluar el papel del administrado hasta la Resolución Final y asignarle un porcentaje de reducción de sanción en ese momento. Cabe señalar que, en dicho caso, el porcentaje de colaboración recomendado por la Secretaría Técnica, no podría ser modificado por la Comisión.

Finalmente, es importante señalar que la Comisión no puede cambiar lo establecido en el compromiso de exoneración de sanción suscrito entre la Secretaría Técnica y el Indecopi. Tomando el ejemplo anterior, si la Secretaría Técnica pactó con el Colaborado que su reducción de sanción sería desde el 40% hasta el 50%, la Comisión no puede determinar que la reducción solo alcanzaría hasta el 35%. No solo vulneraría el compromiso de la Secretaría Técnica, sino también las disposiciones respecto a que la Comisión solo puede negar el beneficio al administrado si existen informes de la Secretaría Técnica desarrollando la falta al deber de colaboración. Considero que, en concordancia con lo que propongo de que en el compromiso de reducción de sanción solo podría establecerse un rango de la reducción que podría obtener el Colaborador, la Secretaría Técnica debería emitir un informe final motivado dirigido a la Comisión indicando la reducción de sanción que debería darse a este agente.

De igual manera, sugiero que se implemente un mecanismo de revisión de motivación por parte de la Comisión respecto al informe técnico final de la Secretaría Técnica que establece la colaboración por parte del administrado. De esta manera, la Comisión no podría encontrarse facultada a opinar en distinto de la Secretaría Técnica, pero sí revisar que el Informe Técnico que recomienda denegar u otorgar exoneración o reducción de sanción esté debidamente motivado en resguardo de los derechos de los administrados. Sobre este tema, Victor Baca ha señalado que en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad, la decisión administrativa debe estar justificada, es decir, la decisión final debe ser

coherente con la realidad que se le sirve de sustento y con los criterios que esgrime la Administración, que por ello debe dar las razones de su actuación²²⁷. Así, la Comisión se encontraría facultada para determinar si el acto administrativo está debidamente motivado o no, pero no podría cambiar su contenido. Esta modificación en la normativa se haría con el objetivo de evitar un excesivo poder por parte de la Secretaría Técnica que, sin el debido control, podría otorgar o rechazar solicitudes de clemencia sin motivación alguna.

Finalmente, cabe resaltar que el compromiso de exoneración o reducción de sanción es de carácter vinculante para el administrado y la Secretaría Técnica. No se pueden apartar de lo suscrito en dicho compromiso y la Comisión no puede desconocer lo suscrito en dicho documento, así como las obligaciones impuestas a ambas partes.

III.9. El deber de colaboración e información a aportar por el solicitante de Clemencia

En los Programas de Clemencia, con el efecto de obtener los beneficios prometidos por la agencia de competencia, los Colaboradores tienen que cumplir con entregar información relevante. Por este motivo, es un tema de discusión cuál debería ser el estándar de colaboración que debe esperar una agencia de competencia a fin de exonerar o reducir la sanción a un solicitante de clemencia. A lo largo del Programa de Clemencia, existen dos momentos donde se debe cumplir con entregar información a la agencia de competencia: antes de la suscripción del compromiso y, después de la suscripción de dicho compromiso, lo cual incluye el tiempo desde que se ha iniciado el procedimiento administrativo sancionador hasta la resolución final de la Comisión (denominado como deber de colaboración).

²²⁷ BACA, Víctor. La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Revista de Derecho Administrativo, pág 188, número 11, 2012.

Respecto a este punto, debemos tomar en cuenta que el deber de entregar información no se puede analizar en una acción en concreto. La Secretaría Técnica debe examinar todas las acciones realizadas por el solicitante de Clemencia para poder determinar si es que ha cumplido con proporcionar pruebas de la existencia de un acuerdo anticompetitivo que han permitido sancionar a los responsables de dichas conductas. Por lo tanto, el análisis del deber de colaboración debe ser de manera general y no solo un hecho aislado. Claramente, si el solicitante no puede obtener pruebas determinantes o no agrega nada a la investigación de la Secretaría Técnica, a pesar de sus buenas intenciones, debería negársele el beneficio otorgado por el Programa de Clemencia.

Debemos considerar que una de las funciones de este Programa es poder obtener información que revele la existencia de un cártel. En este sentido, si el administrado presentara información inconclusa podría estar incumpliendo con presentar pruebas que ayuden a la agencia a detectar la práctica o intentando utilizar a la agencia de competencia para que posteriormente sancione a sus competidores a fin de obtener una ventaja sobre ellos, pues él no obtendría ninguna multa.

En el primer supuesto, si la información no es relevante o no permite a la agencia poder determinar la existencia de un cártel, se habrían gastado recursos del Estado pues no se habría podido erradicar la práctica anticompetitiva, por lo que no se hubiera obtenido ningún beneficio para la competencia y, se hubiese usado tiempo que podría haberse utilizado en la investigación de otros procedimientos administrativos, en la realización de visitas de inspección y otras acciones de monitoreo del mercado.

Sobre este punto, debemos tomar en cuenta que los recursos asignados por el Estado para la protección y promoción de la libre competencia en Perú son bajos en comparación a otras

agencias de competencia, incluso si la comparación se realizase en nivel latinoamericano.

Podemos observar las comparaciones sobre presupuestos en el siguiente cuadro:

Indicadores Relacionados a		Perú	Chile	Colombia
las Actividades de		INDECOPI	FNE Y TDLC	SIC
Competencia				
Presupuesto	2011	\$607,776.00	\$10,541,838.00	\$2,561,817
	2012	\$665,777.00	\$11,092,499.00	\$6,324,617
	2013	\$734,626.00	\$11,166,630.00	\$8,949,441
Trabajadores	2011	41	89	60
	2012	42	91	56
	2013	44	94	58
Varia % del PBI	2011	6.5	5.8	6.6
	2012	6	5.4	4
	2013	5.8	4.1	4.7

Fuente: OECD

A través de este cuadro podemos apreciar que el presupuesto asignado para la materia de libre competencia en el Perú es mucho menor a sus contrapartes chilenas y colombianas. En este último caso la Superintendencia de Industria y Comercio en el 2013 asigna más de diez veces el presupuesto peruano el mismo año en libre competencia y, la Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, más de doce veces lo fijado en Perú. Por eso, la Secretaría Técnica y la Comisión no pueden desperdiciar recursos económicos y humanos en un caso donde no existan mayores evidencias de una conducta anticompetitiva, por más que esta provenga de una solicitud correspondiente al Programa de Clemencia.

En el segundo supuesto, la agencia de competencia debe tener un especial cuidado con la utilización que se le puede estar dando al Programa de Clemencia. Las pruebas que debe presentar el Colaborador tienen que ser lo suficientemente concluyentes para evitar que el Programa sea utilizado como una herramienta para perjudicar a los competidores y colocarse en una mejor situación competitiva. En ese sentido, las pruebas no deben ser únicamente testimonios de parte, sino que estas deben condecirse con correos electrónicos, mensajes, registro de llamadas, registro de agenda, facturas de reuniones en hoteles o restaurantes, grabaciones, etc, que permitan evidenciar la conducta. De esta manera, la agencia de competencia puede comprobar que no se estaría utilizando el Programa de Clemencia para sancionar a todos los competidores del Colaborador, sino para comprobar la existencia real de un cártel.

Siendo que hemos mencionado algunos puntos preliminares, analizaremos lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sobre el deber de colaboración en su artículo 26:

Artículo 26.- Exoneración de Sanción.-

(...)

26.2. La solicitud de exoneración de sanción se presentará por escrito y será tramitada, en un expediente confidencial, de conformidad con el siguiente procedimiento:

(...)

*c. De considerar que el solicitante ha aportado elementos relevantes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, la **Secretaría Técnica** negociará con él la suscripción de un compromiso de exoneración de*

sanción, que establecerá los alcances del deber de colaboración del solicitante, el compromiso de la Comisión de exonerarlo de sanción, así como el deber de reserva de la Secretaría Técnica y la Comisión respecto de la identidad del solicitante. El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el solicitante y la Secretaría Técnica. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del compromiso. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión.

- d. El cumplimiento del deber de colaboración establecido en el compromiso de exoneración de sanción, desde su suscripción hasta el momento en que la Comisión emita su decisión final en el marco del procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas, exonera de sanción al solicitante respecto de la infracción o infracciones materia del compromiso, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa, seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos.**
- e. Si, en el marco del procedimiento sancionador sobre conductas anticompetitivas materia de la solicitud de exoneración, la Secretaría Técnica considera que el solicitante no se encuentra cumpliendo con su deber de colaboración, le informará de esta circunstancia, otorgándole un plazo razonable para subsanar su incumplimiento, bajo apercibimiento de informar a la Comisión al momento en que ésta deba decidir otorgar el beneficio de exoneración.**
- f. Si la Comisión impusiese sanciones en el marco del procedimiento administrativo sancionador, deberá otorgar la exoneración de sanción a la solicitante. Únicamente podrá denegar dicho beneficio cuando la Secretaría Técnica haya informado del incumplimiento no subsanado del deber de colaboración por parte del solicitante, en cuyo caso la Comisión deberá valorar dicho incumplimiento al decidir si otorga o no dicho**

beneficio. La Comisión también podrá denegar dicho beneficio si del análisis de los elementos de prueba se verifica de manera indubitable que el solicitante se encuentra en la situación a la que se refiere el artículo 26.5, previo informe de la Secretaría Técnica en el mismo sentido.

(Resaltado agregado)

A partir del artículo 26 podemos apreciar la importancia que tiene el deber de colaboración dentro del Programa de Clemencia, dado que su incumplimiento tiene graves consecuencias para el solicitante.

Este deber, originalmente, tenía la obligación de cumplirse desde que la Secretaría Técnica suscribía el compromiso con el administrado hasta la emisión de la Resolución Final por parte de la Comisión. Sin embargo, en la Guía de Clemencia se incluyó que la obligación por parte del Solicitante o Colaborador de cumplir con el deber de colaboración se encuentra presente desde que una solicitud de beneficios es presentada a Secretaría Técnica²²⁸.

Algunos administrados podrían pensar que el deber de entregar información a la Secretaría Técnica solo surge en la parte inicial del procedimiento, cuando se requiere toda la información relevante para poder tener elementos a fin de emitir una resolución de inicio de un caso. Sin embargo, incluso en la etapa del periodo de probatorio, es necesario que el Colaborador en Clemencia continúe cooperando con entregar información a la Secretaría Técnica que le permita sancionar a aquellos responsables de cometer una práctica

²²⁸ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>. Revisado: 04/02/19

anticompetitiva y también deben evitar alguna acción que perjudique el desarrollo del procedimiento administrativo.

Por otro lado, el cumplimiento del deber de colaboración le asegura al solicitante de clemencia la exoneración o reducción de multa establecida en el artículo 26. El incumplimiento de este deber podría eliminar el beneficio que el solicitante pudiera haber recibido, aun así, inicialmente haya presentado información relevante o evidencias suficientes que permitan a la Secretaría Técnica y Comisión detectar una práctica anticompetitiva. Así, en el artículo citado podemos apreciar como si el administrado no cumpliera a cabalidad con su deber de colaboración, este hecho será informado a él, con la posibilidad de que lo subsane. Pero si no lo hiciere, dicha situación será transmitida a la Comisión, lo que podría conllevar a que dicha entidad decida no otorgar la exoneración o reducción de sanción.

Esta situación fue explicada con mayor detalle en el Proyecto de la Guía de Clemencia:

Un incumplimiento del Deber de colaboración constituye una situación excepcional que debe ser advertida por la Secretaría Técnica, habiendo otorgado una oportunidad razonable para que el Colaborador subsane una eventual actuación u omisión contraria a dicho Deber.

*Específicamente, cuando la Secretaría Técnica considere que la actuación o la inacción del Colaborador constituya un incumplimiento al Deber de Colaboración, **le notificará esta situación por escrito, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que el Colaborador pueda subsanar el supuesto incumplimiento,***

bajo apercibimiento de tener por incumplido el Compromiso y recomendar a la Comisión el retiro del beneficio condicional obtenido.

Cuando el Colaborador subsane oportunamente el incumplimiento advertido, la Secretaría Técnica le comunicará esta circunstancia, levantando el apercibimiento previamente comunicado.

*En caso el Colaborador no subsane de manera oportuna el incumplimiento, la Secretaría Técnica, previa evaluación integral de la colaboración desplegada durante la etapa de investigación y de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, **podrá elaborar un informe dirigido a la Comisión, explicando el presunto incumplimiento no subsanado y recomendando el retiro del beneficio condicionalmente otorgado por un incumplimiento esencial al Compromiso de exoneración o reducción de sanción***²²⁹.

De esta manera, podemos observar, de acuerdo con el Proyecto de Guía de Clemencia y la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas²³⁰, la Secretaría Técnica, al detectar un incumplimiento por parte del Colaborador, debería haberle informado sobre esta situación

²²⁹ INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia.
En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/429684/PROGRAMA+DE+CLEMENCIA/d1996668-3efc-42e8-8311-6e18d0dbfb96>. Revisado:04/02/18.

²³⁰ Al respecto, en el artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se señala lo siguiente:
26.2. La solicitud de exoneración de sanción se presentará por escrito y será tramitada, en un expediente confidencial, de conformidad con el siguiente procedimiento:

(...)

e. Si, en el marco del procedimiento sancionador sobre conductas anticompetitivas materia de la solicitud de exoneración, la Secretaría Técnica considera que el solicitante no se encuentra cumpliendo con su deber de colaboración, le informará de esta circunstancia, otorgándole un plazo razonable para subsanar su incumplimiento, bajo apercibimiento de informar a la Comisión al momento en que ésta deba decidir otorgar el beneficio de exoneración.

y darle una oportunidad de subsanarlo. En caso no lo hiciese, y teniendo en cuenta el nivel de colaboración desplegado durante la investigación, la Secretaría Técnica podría recomendar denegar el beneficio de Clemencia al Colaborador.

Sin embargo, considero que el cambio realizado en la Guía de Clemencia, al establecer que se le otorgará un plazo razonable al Colaborador para poder subsanar su incumplimiento y no tan solo 5 días hábiles. Así, respecto a este punto considero que el tiempo establecido en el Proyecto de Guía de Clemencia era muy corto para poder subsanar los posibles incumplimientos en que pueda incurrir un administrado. Si bien en caso de información manejada por la empresa, puestos de los trabajadores, testimonio de los funcionarios, entre otros elementos, la subsanación puede ser expeditiva; en el caso donde la Secretaría Técnica necesitara un correo en específico, una computadora que se encontrara en el extranjero, información contable que demore procesar u otras cosas similares, no se podría realizar la subsanación en solo cinco días. Por lo tanto, el plazo debería ser razonable, de acuerdo con el caso en específico y con una adecuada motivación por parte del Colaborador. Cabe resaltar que en ningún caso debe otorgarse una prórroga excesiva que dificulte el trámite del procedimiento.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, solo la Comisión podría denegar el beneficio cuando existiese un informe de la Secretaría Técnica que recomiende actuar en este sentido. Por lo tanto, la Comisión no podría denegar por ningún motivo el beneficio si es que dicho informe no existiese. De esta manera, independientemente de lo que considere la Comisión respecto a la colaboración que han dado las empresas y personas naturales o la gravedad de la conducta en la que han incurrido, tiene que ceñirse a lo recomendado por la Secretaría Técnica. Considero esta opción correcta en tanto da mayor certeza a los administrados respecto a lo que ocurrirá con su solicitud de exoneración o reducción de

sanción. Asimismo, la Secretaría Técnica, al interactuar constantemente con el colaborador, se encuentra en la mejor posición para analizar su actuación. Sin embargo, como señalé anteriormente, la Comisión estaría facultada para analizar la debida motivación del informe de la Secretaría Técnica para evitar arbitrariedad en el otorgamiento o rechazo de los beneficios de clemencia ante los colaboradores.

Teniendo en cuenta las consecuencias tan graves que se dieran en caso no se cumpliera con el deber de colaboración, el colaborador debe procurar siempre estar atento a los requerimientos de la Secretaría Técnica, pues la diligencia que ha mostrado un solicitante en un momento podría verse afectada si dejara de colaborar y, en ese sentido, ver eliminado los beneficios que hubiera esperado. Así, un solicitante de clemencia debería tomar en cuenta antes de ingresar el Programa que la Secretaría Técnica esperaría una colaboración constante, incluyendo datos relevantes de la empresa que la empresa podría no estar tan proclive a entregar. Por lo tanto, antes de presentar una solicitud al Programa la persona natural o jurídica debería realizar un balance sobre la información que está dispuesta a revelar y la importancia que le da en contraposición con la posibilidad de ser multado por la existencia de una práctica anticompetitiva y todas las consecuencias perniciosas que dicho hecho puede conllevar.

Hemos podido apreciar, entonces, que el deber de colaboración tiene una importancia muy grande en el Programa de Clemencia, por lo que es fundamental determinar cuál es su contenido. Si bien en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no se ha determinado su concepto, la Guía del Programa de Clemencia estableció una definición sobre este tema:

“Deber de colaboración

El conjunto de obligaciones que materializan el mejor esfuerzo del Colaborador por brindar la más plena y activa colaboración con las actuaciones de investigación e instrucción de la autoridad, con el objetivo de ayudarles a acreditar la infracción materia del beneficio y sancionar a los responsables (...)

Los términos y alcances específicos del deber de colaboración serán determinados con la suscripción del Compromiso de exoneración por cada solicitud de beneficios (...)”

De acuerdo con lo determinado por la Guía de Clemencia el deber de colaboración consiste en un conjunto de obligaciones. Por lo tanto, examinemos qué es una obligación. Esta consiste en un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan ligadas con otra u otras (acreedor o acreedores), para dar, hacer o no hacer algo²³¹. Entendemos entonces que el Colaborador de clemencia mantiene un vínculo jurídico con la Secretaría Técnica, mediante la cual se ha obligado a realizar determinada actividad. De acuerdo con lo señalado anteriormente, el cumplimiento o incumplimiento de la obligación acarrearía ciertas consecuencias. Por un lado, el cumplimiento de obligación tendría como consecuencias el otorgamiento del beneficio de exoneración o reducción de sanción y el incumplimiento de dicha obligación, el informe por parte de la Secretaría Técnica a la Comisión sobre dicho incumplimiento, lo que podría resultar en la eliminación del beneficio acordado con la Secretaría Técnica.

²³¹ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. Algunos conceptos sobre la teoría de las obligaciones. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Algunos%20conceptos%20sobre%20la%20teoria%20general%20de%20obligaciones.pdf>. Pág 27. Revisado: 04/02/19.

Otro punto por resaltar es la utilización del término “mejor esfuerzo”. El colaborador en el Programa de Clemencia debe tomar en cuenta al analizar la posibilidad de solicitar clemencia que la Secretaría Técnica no le puede exigir que realice hechos imposibles. Asimismo, la Secretaría Técnica no debería exigir que cumplas una obligación de resultados, sino de medios, en tanto se le exige al administrado realizar sus mejores esfuerzos por obtener una evidencia específica, pero en caso fuera imposible obtenerla, no incumpliría con esta obligación.

Por ejemplo, en caso la Secretaría Técnica le solicitara a una empresa entregar la información contenida en la computadora del gerente comercial que dejó de trabajar allí hace cinco años, la empresa podría hacer sus mayores esfuerzos por obtener dicha información. Sin embargo, si la información ha sido borrada por la empresa por su política interna, no puede considerarse que la falta de entrega de información sea un incumplimiento al deber de colaboración insubsanable. Es importante resaltar que la empresa no podría simplemente negarse a presentar la computadora de su gerente comercial, sino precisar el trabajo interno realizado, sus hallazgos y acreditar que realizaron todos los esfuerzos posibles para poder acceder a la información que solicitó la Secretaría Técnica.

Por otro lado, estoy de acuerdo con lo planteado respecto a las obligaciones por parte del Colaborador en el deber de colaboración en el Proyecto de Guía de Clemencia²³².

²³² INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>. Revisado: 04/02/19

Al respecto, las obligaciones para el Colaborador son las siguientes:

- a. Cooperar continua y diligente, desde la investigación de la Secretaría Técnica hasta el término del procedimiento administrativo sancionador por parte de la Comisión, permitiendo a la autoridad la obtención de un resultado efectivo en relación con las infracciones materia de su Solicitud o Compromiso condicional de beneficios.

Considero de especial relevancia la disposición de no develar su naturaleza como Colaborador pues podría perjudicar el desarrollo de la investigación al alertar a otros competidores sobre la información que podría obtener la Secretaría Técnica, lo que podría llevar a que borren información que los vincule a dicha práctica.

Asimismo, respecto a sus obligaciones, el Colaborador no debería desarrollar un comportamiento procesal incompatible con el compromiso de exoneración o reducción que ha suscrito. Si bien el administrado puede tener asesoría legal para poder ejercer sus derechos, su actuación no puede ser contraria a lo declarado en la solicitud de Clemencia ni en el compromiso de exoneración o reducción de sanción suscrito con la Secretaría Técnica.

De esta manera, si la persona hubiera reconocido formar parte de una conducta anticompetitiva, participar en reuniones con la competencia durante cierto periodo de tiempo y haber ejecutado los cambios de precios acordados, no podría, una vez iniciado el procedimiento administrativo, negar su participación en la conducta y solicitar se le declare

-
- b. Cumplir con su deber de reserva, no pudiendo revelar a terceros su identidad como colaborador ni la presentación o tramitación de su solicitud de beneficios hasta el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, podrá revelar su identidad como colaborador y su solicitud de beneficios, previa coordinación con la Secretaría Técnica.
 - c. Participar activamente, facilitando toda la información y los elementos de prueba que estén en su poder, custodia o control, que permitan acreditar las conductas anticompetitivas materia de su Solicitud o Compromiso condicional de beneficios; y también permitan a la autoridad sancionar a los responsables del planeamiento, formación o ejecución del cártel.
 - d. Abstenerse de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba, o de cualquier otra conducta que afecte las labores de investigación, instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión, en relación con las conductas anticompetitivas materia de su Solicitud o Compromiso condicional de beneficios.
 - e. En el marco de la investigación realizada e incluso luego del inicio del procedimiento administrativo sancionador correspondiente, abstenerse de divulgar a cualquier tercero, directa o indirectamente, la presentación y el contenido de la solicitud de exoneración de sanción, los elementos de prueba aportados, y la forma en que se encuentra colaborando con la Secretaría Técnica, salvo que cuente con la autorización previa y escrita de la Secretaría Técnica.
 - f. Abstenerse, durante la instrucción del procedimiento administrativo sancionador, de desarrollar un comportamiento procesal incompatible con el Compromiso asumido. De modo no exhaustivo, el Solicitante no podrá cuestionar los hechos reconocidos en su solicitud de beneficios o la calificación jurídica realizada por la Secretaría Técnica sobre tales hechos, en particular, aquellos vinculados con el tipo de infracción, la duración del cártel, los agentes participantes o su extensión geográfica.

infundada la imputación respecto a su participación. Por lo tanto, si bien no se le exige al Colaborador que deleve su condición, debe permitir que el procedimiento administrativo se desarrolle con normalidad, evitando rechazar su responsabilidad en la conducta, lo que no la limita de realizar precisiones respecto a los hechos y cómo se dio el desarrollo de la práctica anticompetitiva.

Por estos motivos, cuando se realiza una clemencia corporativa, solo pueden ser incluidas todas aquellas personas que se consideren responsables de la práctica anticompetitiva. Sería perjudicial para la empresa o persona natural ser parte de una solicitud de Clemencia cuando considera que en realidad su actuar no ha sido ilegal pues, no solo el Programa de Clemencia implica el reconocimiento de haber cometido una práctica anticompetitiva, sino también el administrado perdería todos los beneficios en tanto su conducta procesal negando responsabilidad sería incompatible con su solicitud de exoneración o reducción de sanción.

En este sentido, las mencionadas anteriormente deberían ser las políticas que siga el Indecopi respecto a la actuación de los solicitantes y colaboradores en el Programa de Clemencia, sobre la entrega de información y el cumplimiento del deber de colaboración.

III.10. Compatibilidad del Programa de Clemencia con la imposición de medidas correctivas y la indemnización de daños y perjuicios

En un gran número de países, la sanción en un procedimiento administrativo de libre competencia es posteriormente seguida por una demanda por indemnización de daños y perjuicios. Una compañía que obtenga inmunidad completa de las sanciones en el procedimiento administrativo todavía es responsable por los daños y perjuicios causados

por su conducta. El problema reside en que esta situación reduciría los incentivos para reportar su participación en el cártel a la agencia de competencia²³³. Por estos motivos, se cuestiona cuál debería ser la interrelación de las medidas correctivas de restitución, la indemnización de daños y perjuicios y el diseño del Programa de Clemencia.

Las medidas correctivas son medidas accesorias a la sanción. Se diferencian de éstas porque no tienen finalidad represiva, sino que únicamente se constituyen como medios de reparación y de restitución de la situación conculcada por la infracción administrativa²³⁴.

La imposición de medidas correctivas en la legislación peruana se basa en el artículo 249 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la cual señala lo siguiente:

Artículo 249. -Determinación de la responsabilidad

249.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

²³³ UNCTAD MENA PROGRAMME. Competition Guidelines: Leniency Programme. En: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2016d3_en.pdf. Revisado: 04/02/19.

²³⁴ HUAPAYA, Ramón. Potestad sancionadora y medidas correctivas. En: <http://www.revistaderechosociedad.org/docs/diapos/sancionador5.ppt>. Revisado: 04/02/19.

249.2 Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan.

De acuerdo con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, las medidas correctivas reparadoras²³⁵ tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior.

235

LEY Nº 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 115.- Medidas correctivas reparadoras

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:

- a. Reparar productos.
- b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.
- c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
- d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.
- e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.
- f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.
- g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.
- h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.
- i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores.

115.2 Las medidas correctivas reparadoras no pueden ser solicitadas de manera acumulativa conjunta, pudiendo plantearse de manera alternativa o subsidiaria, con excepción de la medida correctiva señalada en el literal h) que puede solicitarse conjuntamente con otra medida correctiva. Cuando los órganos competentes del Indecopi se pronuncian respecto de una medida correctiva reparadora, aplican el principio de congruencia procesal.

115.3 Las medidas correctivas reparadoras pueden solicitarse en cualquier momento hasta antes de la notificación de cargo al proveedor, sin perjuicio de la facultad de secretaría técnica de la comisión de requerir al consumidor que precise la medida correctiva materia de solicitud. El consumidor puede variar su solicitud de medida correctiva hasta antes de la decisión de primera instancia, en cuyo caso se confiere traslado al proveedor para que formule su descargo.

115.4 Corresponde al consumidor que solicita el dictado de la medida correctiva reparadora probar las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas causadas por la comisión de la infracción administrativa.

115.5 Los bienes o montos objeto de medidas correctivas reparadoras son entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva reparadora, que por algún motivo se encuentran en posesión del Indecopi y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, son puestos a disposición de estos.

115.6 El extremo de la resolución final que ordena el cumplimiento de una medida correctiva reparadora a favor del consumidor constituye título ejecutivo conforme con lo dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil, una vez que quedan consentidas o causan estado en la vía administrativa. La legitimidad hará obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a los consumidores beneficiados con la medida correctiva reparadora.

Aplicando dicha disposición a la materia de libre competencia, se entendería que son las medidas destinadas a revertir los efectos que ocasionó la infracción. En este sentido, en caso de la comisión de una práctica colusoria horizontal como la fijación de precios, podría consistir en la devolución a los consumidores del excedente obtenido por los ofertantes producto de la infracción cometida que perjudicó a los consumidores. De esta manera, se devuelve al consumidor el monto obtenido por las empresas como consecuencia de los precios monopólicos colocados en el mercado, en relación con la diferencia respecto al precio competitivo.

Por otro lado, las medidas correctivas de prevención son mandatos para restablecer el proceso competitivo e impedir la reincidencia. En este sentido, un ejemplo de este tipo de medidas correctivas fueron recomendadas en el Informe Técnico 020-2009/ST-CLC-INDECOPI, emitido en el marco del Expediente 001-2009/ST-CLC-INDECOPI, donde se investigó las presuntas prácticas colusorias en la modalidad de recomendación anticompetitiva dada por el señor Piskulich, la Sociedad Nacional de Industrias, el Comité de Productos Lácteos de dicha entidad y la Asociación de Industriales Lácteos en tanto el señor Piskulich manifestó que si el OSINERGMIN realizaba un incremento de las tarifas eléctricas para uso industrial y doméstico, aumentaría el precio de la leche, entre otros productos alimenticios.

A fin de cumplir con el requisito de ofrecer medidas correctivas para restablecer el proceso competitivo, elemento fundamental para que se acepte el compromiso de cese, los

115.7 Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y no tienen naturaleza indemnizatoria; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa.

imputados propusieron preparar un memorando explicando en qué consisten las conductas anticompetitivas y realizar un conversatorio sobre los alcances del Decreto Legislativo 1034²³⁶. Como podemos apreciar, dichas medidas estuvieron orientadas a evitar que algunos de los integrantes de los agentes económicos involucrados vuelvan a reincidir en la conducta o cometer otra similar.

En el Perú, la posibilidad de imponer medidas correctivas reparadoras se ha contemplado desde la publicación del Decreto Legislativo 1205, norma que modificó que el Decreto Legislativo 1034, incluyendo el siguiente párrafo:

Artículo 46.- Medidas correctivas.-

46.2. La Comisión también podrá dictar medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora.

Esta medida es solo aplicable para casos que sean iniciados después de la promulgación del Decreto Legislativo 1205, por lo que no se podrían interponer medidas correctivas de restitución o reparación en casos que hayan sido iniciados por el Decreto Legislativo 1034.

Por otro lado, respecto a la posibilidad de que los consumidores interpongan una demanda por indemnización de daños y perjuicios en casos que hayan sufrido un perjuicio en casos iniciados por el Programa de Clemencia, la norma establecía desde el Decreto Legislativo 1034 lo siguiente:

Artículo 26.- Exoneración de sanción.-

²³⁶

Al respecto, ver Informe 020-2009/ST-CLC-INDECOPI.

(...)

26.4. La aprobación de exoneración de sanción no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

Mediante el Decreto Legislativo 1205, se modificó la Ley de Competencia. Sin embargo, sobre este punto, no se realizó una mayor modificación, quedando redactado lo referente a responsabilidad civil de la siguiente manera:

Artículo 26.- Exoneración de Sanción.-

26.6. La exoneración o reducción de la sanción aplicable no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

Podemos observar que la redacción del Decreto Legislativo 1034 y el Decreto Legislativo 1205 es notoriamente similar. Sin embargo, a través del Proyecto de Guía de Clemencia se trató de realizar precisiones sobre la imposición de medidas correctivas o la indemnización de daños y perjuicios en referencia a los solicitantes de Clemencia.

Si bien se recalcó que los beneficios de reducción de multa no limitan la responsabilidad civil de los responsables por los daños provocados como consecuencia de la práctica colusoria, se indica que se darían ciertos beneficios al primer solicitante de clemencia. En este sentido, no solamente se obtendrá como beneficio la total exoneración de la sanción, sino también no se le exigirán medidas correctivas de carácter restitutivo al primer

solicitante de Clemencia²³⁷. De manera similar, la Guía del Programa estableció que solo a los Solicitantes tipo A, es decir, aquellas personas jurídicas o naturales que solicitan acogerse al Programa antes de que la Secretaría Técnica posea información respecto al cártel, en caso obtengan el beneficio, no se les exigirá medidas de carácter reformativo²³⁸.

Estoy de acuerdo con impedir a la Comisión que imponga medidas correctivas de carácter reformativo en tanto dichas medidas podrían desincentivar la presentación de solicitudes de Clemencia pues podrían ser considerablemente onerosas, incluso cercanas al monto estimado de multa. En este sentido, es recomendable eliminar la imposición de medidas correctivas de restitución en aquellas circunstancias donde el imputado sea el Colaborador pasible de la exoneración en el Programa de Clemencia, a través de la Clemencia Tipo A. De esta manera, se genera otra carrera entre los agentes económicos que hayan participado en el cártel, con el fin de develar la conducta ante la autoridad para no pagar el monto que le hubiese correspondido en medidas correctivas.

Por otro lado, las medidas correctivas que tienen como objetivo restablecer el proceso competitivo no deberían ser más graves que aquellas que se imponen en otros casos de cárteles. Sería un error de la Comisión imponer una medida correctiva de prevención que imponga un costo excesivo para la empresa que ha solicitado clemencia con el objetivo de que reciba algún tipo de sanción, pues está siendo exonerado de la multa. A fin de dar los incentivos adecuados para la presentación de solicitudes de clemencia, no se debería sancionar a las empresas que han recibido beneficios de exoneración o reducción de

²³⁷ INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/429684/PROGRAMA+DE+CLEMENCIA/d1996668-3efc-42e8-8311-6e18d0dbfb96>. Revisado: 04/02/19.

²³⁸ INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>. Revisado: 04/02/19.

sanción con medidas correctivas de prevención que las afecte en mayor medida que en otros casos donde no se han presentado solicitudes. Incluso la propia presentación de una solicitud de clemencia evidencia la capacidad de la empresa de detectar su conducta anticompetitiva, por lo que sería más improbable la reincidencia en su caso, a diferencia de los casos donde no existen solicitantes de clemencia.

Sobre la demanda por daños y perjuicios, si bien considero correcto que se impida al Indecopi iniciar acciones por daños y perjuicios al solicitante de Clemencia Tipo A pues desincentivaría gravemente la presentación de solicitudes de Clemencia, el Proyecto de Guía de Clemencia emitida por la Comisión no podía afectar las funciones e indicar cómo puede actuar a otro órgano del Indecopi con autonomía. En este sentido, dicho documento solo afectaría la actuación de la Comisión y su Secretaría Técnica, pero no podría cambiar la manera de proceder del Consejo Directivo del Indecopi pues no tiene relación de dependencia con él. En este sentido, si se quisiera realizar un cambio sobre este punto, debería realizarse a través de una reforma legislativa. Por lo tanto, considero acertado que dicho punto haya sido removido de la versión final de la Guía.

Como he indicado, me parece una decisión acertada el impedir que el Indecopi gatille una demanda por indemnización de daños y perjuicios y se impida la imposición de medidas correctivas de restitución contra el primer solicitante de Clemencia de Tipo A. De esta manera, se darían incentivos a las personas jurídicas o naturales para que presenten su solicitud de Clemencia rápidamente pues el administrado conoce que si es el primero en presentar su solicitud de clemencia sería exonerado de la multa, Indecopi no iniciaría una acción de clase en contra suyo y no le impondrían medidas correctivas de restitución. Cabe resaltar que no se otorgan dichos beneficios al segundo, tercer o sucesivos solicitantes pues el objetivo del diseño del Programa de Clemencia es develar la existencia del cártel.

Por lo tanto, si bien la información brindada por el segundo o tercer solicitante puede ser relevante, la Secretaría Técnica previamente sabía que existía una práctica colusoria horizontal. En este caso, se trata de dar la mayor cantidad de beneficios al primero para fomentar la carrera a presentar una solicitud de Clemencia en primer lugar, debido a que los posteriores solicitantes no podrían ser acreedores de beneficios tan atractivos.

Considero que, en línea con estos objetivos, la legislación debería dar un paso más allá y no solo impedir que el Indecopi esté impedido de iniciar una demanda por indemnización de daños y perjuicios en representación de los consumidores, sino eliminar de por sí la posibilidad que cualquier asociación u organismo pueda iniciar una demanda contra aquél que ha sido beneficiado con la exoneración de sanción en el Programa de Clemencia. Esta medida no sería aplicable para aquellos que reciban un beneficio de reducción de sanción al ser los segundos, terceros o sucesivos Colaboradores dentro del Programa.

Estas medidas deben tomarse con el objetivo de hacer lo más atractivo posible solicitar Clemencia para el primer Solicitante pues no solo se eliminaría su multa, sino no tendría que pagar montos por indemnización de daños o medidas correctivas. Si no se otorgaran estos beneficios, el posible Solicitante podría verse desincentivado de presentarse al Programa pues de todas maneras tendría que enfrentarse a pérdidas económicas considerables y, en dicha situación, podría considerar que sería una mejor opción arriesgarse a continuar formando parte del cártel. En dicha situación, solo se tendría postulantes de Clemencia cuando la existencia de una práctica anticompetitiva se sospecha por determinados motivos (inicio de una investigación en otro país, visitas de inspección realizadas, etc), mas no existirían muchos casos donde el Solicitante se presenta y no haya indicios previos de una conducta ilegal.

La razón para no eliminar la imposición de medidas correctivas e indemnización por daños y perjuicios a los Solicitantes de Clemencia en segundo, tercer o sucesivo orden se debe a que es importante también restituir los daños causados por el cártel hacia los consumidores. Así, si se eximiera de estas cargas a todas las empresas que participaron en el cártel, no existiría ningún tipo de restitución a los consumidores sobre el precio monopólico que dichos agentes económicos colocaban en el mercado.

Es importante tomar en cuenta que, si se exige al primer Solicitante de Clemencia del pago de indemnización y de medidas correctivas de restitución, existiría un número considerable de consumidores que podrían verse perjudicados si se considera correcta la teoría de que cada empresa o agente económico es responsable independientemente por el daño causado a los consumidores respecto a la diferencia del precio competitivo con el precio que sostuvo esa empresa en el cártel. Bajo dicha interpretación, el daño por el que una empresa sería responsable es la cantidad de ventas realizadas por la diferencia entre el precio del cártel y el precio competitivo. Esta solución no afectaría a las otras empresas colusoras pues solo pagarían los daños que han causado en relación con sus ventas más el interés correspondiente, pero sería perjudicial para los consumidores pues no serían indemnizados en su totalidad debido a que nadie cubriría los daños causados por el primer Solicitante.

Por otro lado, distando de la interpretación anterior, el determinar que existe una responsabilidad solidaria entre todas las empresas participantes en el cártel por el daño causado por este es una teoría grandemente reconocida dentro de los principios del derecho de la responsabilidad civil dentro de la Unión Europea²³⁹. En este caso, los

²³⁹ CLARKE, Osborne. The EU Damages Action Directive. En: http://www.osborneclarke.com/media/filer_public/28/2a/282a0ac7-4563-4b77-aff-83c283d357cf/the_eu_damages_actions_directive.pdf. Revisado: 04/02/19.

consumidores podrían demandar a cualquiera empresa participante del cártel por todo el daño causado por el cártel. Esta situación podría perjudicar a los Colaboradores en Clemencia, razón por la cual se estableció en la Unión Europea que, aquel que ha recibido exoneración de sanción solo sería responsable por el daño causado por sus propias ventas²⁴⁰.

Considero que la decisión más acertada sobre la interrelación entre los daños y el Programa de Clemencia fue la tomada en la legislación de Hungría, el cual ha querido resguardar dos objetivos:

- (i) Las empresas no deben tener un desincentivo de presentarse al Programa de Clemencia debido a los altos pagos por indemnización de daños y perjuicios.
- (ii) Una compensación completa debe ser entregada a aquellos consumidores que han sufrido un daño.

La Ley de Competencia de Hungría señala lo siguiente respecto a la responsabilidad civil del beneficiario de exoneración de sanción:

*“Una empresa a la que se haya concedido inmunidad de multas con arreglo a la sección 78 / A **podrá negarse a reembolsar los daños causados por la violación del artículo 11 de la presente ley o del artículo 81 del Tratado CE, siempre que la reclamación pueda obtenerse de otras empresas responsables de la misma infracción. Esta disposición no impide al demandante entablar una demanda***

²⁴⁰ WAGNER-VON PAPP, Florian. Sie-Mens sana: Contribution between jointly and severally liable companies, and contribution between jointly and severally liable undertakings. En: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/aes2014-sie-mens_sana_contribution.pdf. Revisado 04/02/19.

conjunta contra las empresas infractoras que causan los daños. La demanda iniciada para hacer cumplir la responsabilidad de la empresa que a la que se ha concedido inmunidad en multas se suspenderá hasta el cierre definitivo de la demanda administrativa iniciada para revisar la decisión de la Autoridad de Competencia húngara que establece la infracción²⁴¹”

(Resaltado añadido)

De esta manera, la ley de Competencia de Hungría afirma la existencia de la responsabilidad solidaria por los daños causados por el cártel, pero exime al beneficiario con la exoneración de sanción sobre estos, indicando que solo le correspondería pagar en caso las otras empresas participantes del cártel no pudieran realizar la indemnización completa.

Podemos apreciar que esta legislación resguarda tanto el funcionamiento del Programa de Clemencia como los derechos de los consumidores a ser indemnizados en su totalidad por el daño recibido.

Asimismo, incentiva a los participantes de un cártel a intentar ser los primeros solicitantes en un Programa de Clemencia pues no solo serían exonerados de la multa, sino también de la indemnización por daños y perjuicios y las medidas correctivas de restitución correspondientes. Así, esta disposición causaría inestabilidad en un cártel pues si conozco que recibiría sanciones considerables si otro agente económico me delata y existe una gran

²⁴¹ BACHER, Gustav. Limitation of liability of the leniency applicant and calculation of amount of damages in the new hungarian legislation. En: http://www.ligue.org/uploads/documents/bacher_leniency_amendment_of_the_competition_act_080901.doc. Revisado: 04/02/19.

probabilidad de que lo haga, voy a tratar de ser el primero en solicitar Clemencia, lo que reduce la confianza en las otras empresas participantes del cártel. De esta manera, se generan todos los incentivos para intentar ser el primer Solicitante de Clemencia, lo que permite una rápida detección de los cárteles. De igual manera, generaría el desincentivo en incurrir en un cártel al ser estos altamente inestables por los beneficios otorgados por el Programa de Clemencia y la posibilidad de ser sancionado gravemente si no soy beneficiado con este Programa.

Considero que el beneficio de ser eximido de la indemnización de daños y perjuicios solo puede establecerse para el primer colaborador Tipo A, pues el objetivo de la Secretaría Técnica es detectar la existencia del cártel. La necesidad de un segundo, tercer, o posterior Colaborador dentro de la Clemencia es utilizada para obtener mayores pruebas dentro del cártel, pero no es absolutamente determinante en función de los objetivos de desincentivo y detección. Incluso, el otorgar beneficios claramente diferenciados entre el primer y posteriores solicitantes, incentiva a los agentes económicos a presentar sus solicitudes de clemencia con mayor rapidez y acudir ante la autoridad apenas detecten la práctica dentro de sus empresas.

Por lo tanto, considero que debería eximirse de multa, medida correctiva de restitución e indemnización de daños y perjuicios al primer Colaborador en Clemencia, pero no a otros colaboradores. Respecto a la indemnización, no debería exigírsele al primer Colaborador el pago de este monto y solo podría exigírsele cuando las demás empresas participantes del cártel (colaboradoras o no) no puedan pagar la totalidad de la indemnización.

Por otro lado, también es recomendable, establecer dentro de la regulación de los Programas de Clemencia, la imposibilidad para que se revele a terceros la información que

ha sido entregada por el solicitante de Clemencia en el expediente de Clemencia a fin de que a través de dichos datos no se pueda iniciar una acción por daños en contra de ellos.

Si permitiéramos que se utilicen las pruebas brindadas por el colaborador en el expediente de Clemencia, dicha persona o empresa se verá en un conflicto. Por un lado, tiene el deber de colaborar con la autoridad si quiere ser beneficiado con la exoneración de sanción, pero, mientras más pruebas presente ante la autoridad y cumpla exitosamente su deber de colaboración, se agranda la gravedad de la posible indemnización de daños y perjuicios que le interpongan los consumidores. Si en la legislación de competencia está configurado que es posible la presentación de una demanda por daños y perjuicios o se interponga una acción de clase contra las empresas o personas beneficiadas por el Programa de Clemencia, el presentar más pruebas podría aumentar el periodo de colusión, agravar la conducta por su efecto en el mercado u otros efectos adversos para el solicitante de clemencia, lo que se vería reflejado en que la empresa colusora tendría que pagar un monto mayor como indemnización a los consumidores.

Por lo tanto, debería impedirse que aquellas pruebas presentadas por el solicitante de dentro del expediente de Clemencia puedan ser utilizadas contra él en una posible demanda por indemnización de daños o perjuicios o acción de clase, de manera que se logre incentivar que el solicitante presente la mayor cantidad de pruebas posibles.

Finalmente, debemos señalar que en caso se adoptara la recomendación de exonerar el primer Colaborador de la indemnización de daños y perjuicios, este tendría que renunciar a la confidencialidad sobre su identidad para poder alegar que por ser el primer Colaborador no le corresponde realizar pago alguno. Esta disposición no afecta de ninguna manera que

los escritos o pruebas presentadas en el expediente de Clemencia por él se mantengan como confidenciales.

En conclusión, con el fin de desincentivar la formación de cárteles y detectarlos rápidamente, se debería eximir de indemnización de daños y perjuicios, así como de medidas correctivas reparadoras al primer solicitante de clemencia Tipo A, pero no a los subsiguientes colaboradores. Asimismo, las pruebas otorgadas por todos los colaboradores dentro del expediente de Clemencia no debería ser público o ser trasladado a órganos judiciales. En este sentido, las pruebas con las que eventualmente partes interesadas podrían iniciar una indemnización por daños y perjuicios solo podrían corresponder al expediente público.

III.11. Programa de Clemencia versus Compromiso de Cese

El compromiso de cese es un mecanismo de terminación anticipada del procedimiento administrativo sobre conductas anticompetitivas. Consiste en un compromiso que puede presentar el presunto o presuntos responsables de una infracción anticompetitiva en la cual ofrecen el cese los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos²⁴². De esta manera, permite a quien viene siendo investigado evitar que se desplieguen todas las consecuencias del procedimiento (como la imposición de una multa), a cambio de detener o modificar voluntariamente su conducta²⁴³.

²⁴² INDECOPI. Preguntas Frecuentes: Procedimiento Administrativo Sancionador sobre Conductas Anticompetitivas. En: <https://www.indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/preguntas-frecuentes>. Revisado: 04/02/19.

²⁴³ O'NEIL, Cecilia. Indecopi y el dilema del prisionero. En: El Cristal Roto. Análisis Económico del Derecho. <https://blogcristalroto.wordpress.com/2011/08/10/indecopi-y-el-dilema-del-prisionero/>. Revisado: 04/02/19.

En la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el compromiso de cese está regulado en el artículo 25, el cual señala los requisitos para que se pueda emplear este mecanismo. Así, el compromiso puede ser presentado dentro de los cuarenta y cinco días hábiles desde la notificación de la resolución de imputación de cargos o inicio del procedimiento. La solicitud puede ser realizada de manera individual o conjunta.

A fin de evaluar la solicitud de compromiso de cese, la Secretaría Técnica considerará las medidas correctivas que ofrezcan los Solicitantes que permitan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, así como revertir los efectos lesivos de la conducta infractora. Para este efecto, se considerarán también el ofrecimiento de medidas complementarias.

La Secretaría Técnica es el órgano facultado para evaluar el ofrecimiento dado por los imputados en un plazo máximo de 60 días hábiles, y en caso de estimarlo satisfactorio, propondrá a la Comisión su aprobación sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso de cese y los plazos de vigilancia resulten aplicables. A fin de coordinar las acciones a tomar en el compromiso, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación.

Finalmente, la Comisión decidirá la aprobación o denegatoria de la propuesta recibida de la Secretaría Técnica en un máximo de 30 días hábiles, siendo su pronunciamiento inimpugnable. Si el compromiso de cese fuera aprobado, solo se concluirá el procedimiento respecto a la persona a quien se le hubiese aprobado el compromiso, declarando su responsabilidad y estableciendo las medidas correctivas que correspondan.

Al verificarse el cumplimiento de los compromisos asumidos por los solicitantes del compromiso de cese, la Comisión emitirá un pronunciamiento declarando dicha situación

dentro de los 60 días hábiles desde el vencimiento de la fecha límite para la realización de los compromisos²⁴⁴.

A través de la modificación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se eliminó uno de los requisitos principales del anterior programa de compromiso de cese. Dicho requisito consistía en “que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y

²⁴⁴

Decreto Legislativo 1205

Artículo 25.- Del Compromiso de Cese.-

25.1. Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, los investigados podrán ofrecer, de manera individual o conjunta, un compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora.

25.2. La solicitud de compromiso de cese se tramitará como cuestión incidental, siendo accesoria del expediente principal.

25.3. Para evaluar la propuesta de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración que los solicitantes ofrezcan medidas correctivas que permitan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, así como revertir los efectos lesivos de la conducta infractora. Adicionalmente, los solicitantes podrán ofrecer medidas complementarias que evidencien su propósito de enmienda.

25.4. La Secretaría Técnica evaluará el ofrecimiento en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles y, en caso de estimarlo satisfactorio, propondrá a la Comisión su aprobación sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso de cese y los plazos de vigilancia que resulten aplicables. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos de la propuesta.

25.5. La Comisión decidirá la aprobación o denegatoria de la propuesta en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles de recibida la propuesta de la Secretaría Técnica, siendo su pronunciamiento inimpugnante debido a su naturaleza eminentemente discrecional. Con la aprobación de la propuesta, la Comisión emitirá una resolución dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador únicamente respecto del imputado a quien se le hubiese aprobado el compromiso de cese, declarando su responsabilidad por las conductas materia del compromiso, y estableciendo las medidas correctivas que correspondan, así como los plazos de vigilancia aplicables.

25.6. De verificarse el cumplimiento oportuno de los compromisos asumidos, la Comisión declarará dicha situación mediante pronunciamiento escrito en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles desde el vencimiento del plazo de vigilancia correspondiente.

25.7. El incumplimiento del compromiso de cese constituirá una infracción autónoma y calificada como una infracción grave, por lo que la Comisión podrá imponer una multa de hasta mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la decisión de la Comisión. Adicionalmente, la Comisión podrá ordenar la imposición de multas coercitivas para exigir el cumplimiento de los compromisos aprobados aplicándose las reglas previstas en el Artículo 47 de la presente Ley.

25.8. Las declaraciones y documentación que los solicitantes aporten en el procedimiento de solicitud de compromiso de cese no podrán ser utilizadas en su contra en el expediente principal del procedimiento de investigación y sanción de las conductas anticompetitivas reconocidas. No obstante, podrán ser incorporadas al expediente principal para acreditar la responsabilidad de otros imputados, una vez aprobado el compromiso de cese por parte de la Comisión.

25.9. La aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

25.10. La Comisión podrá expedir Lineamientos estableciendo plazos, reglas y condiciones particulares para la mejor aplicación del presente artículo.

reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello, se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores”²⁴⁵.

Una de los principales motivos por el cual, con la anterior normativa, el Decreto Legislativo 1034, el compromiso de cese solo había sido utilizado exitosamente en pocas oportunidades es que se exigía demostrar a los imputados que la acción cometida no había causado una grave afectación a los consumidores. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que son exactamente los cárteles aquellos que causan más daño a los consumidores y sobre los cuales es primordial que terminen con rapidez²⁴⁶. Por lo tanto, a través de las modificaciones del Decreto Legislativo 1205, en vez de utilizar el compromiso de cese como un mecanismo para eximir o reducir la sanción a aquellos administrados cuya actuación no ha causado un impacto considerable en el mercado, se pretende utilizarlo para finalizar las acciones del cártel y revertir o resarcir los efectos perjudiciales que haya causado, así como terminar anticipadamente dicho procedimiento, ahorrando recursos para la Secretaría Técnica.

Sobre este tema, el Decreto Legislativo 1205 y el Decreto Legilastivo 1396 ha determinado las medidas correctivas que tendrá que presentar el imputado para presentar un compromiso de cese:

²⁴⁵ INDECOPI. Preguntas Frecuentes: Procedimiento Administrativo Sancionador sobre Conductas Anticompetitivas. En: <https://www.indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/preguntas-frecuentes>. Revisado: 04/02/19.

²⁴⁶ HIPERDERECHO. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En: http://www.hiperderecho.org/wp-content/uploads/2015/09/EXP_MOTIVOS_DLEG_1205.pdf. Pág 15. Revisado: 04/02/19.

- Medidas correctivas de prevención: Conforme establece el artículo 46 de la Ley, estas medidas están dirigidas a asegurar el restablecimiento del proceso competitivo y a garantizar que el solicitante no incurrirá en reincidencia.
- Medidas correctivas de restitución: Se trata de medidas dirigidas a reparar o revertir los efectos de la conducta ilegal.
- Medidas complementarias: De acuerdo con lo establecido en la Ley, los solicitantes de un compromiso de cese podrán ofrecer cualquier tipo de medida complementaria que evidencie su propósito de enmienda y que contribuyan con las actividades de investigación, promoción y defensa de la competencia, incluyendo el soporte o financiamiento de tales actividades²⁴⁷.

De esta manera, el ofrecimiento voluntario de medidas efectivas para contrarrestar los efectos negativos de una infracción no sólo podría permitir el oportuno y eficaz cumplimiento de las funciones de la Secretaría Técnica y la Comisión, sino que permitiría asegurar que los destinatarios últimos de las normas de libre competencia, los consumidores, se vean inmediatamente beneficiados con este sistema. Así, se busca incentivar que los agentes imputados por conductas anticompetitivas soliciten la terminación anticipada del procedimiento a cambio de ofrecer medidas eficaces para contrarrestar los efectos de su actuación antijurídica. Siendo los procedimientos sobre conductas anticompetitivas graves

²⁴⁷

Decreto Legislativo 1396
Artículo 25.- Del Compromiso de Cese.-

(...)

25.3. Para evaluar la propuesta de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración que los solicitantes ofrezcan medidas correctivas que permitan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, así como revertir los efectos lesivos de la conducta infractora. Adicionalmente, los solicitantes podrán ofrecer medidas complementarias que evidencien su propósito de enmienda y que contribuyan con las actividades de investigación, promoción y defensa de la competencia, incluyendo el soporte o financiamiento de tales actividades.”

aquellos sobre los cuales los imputados podrían enfrentar las multas más elevadas, la propuesta trata de limitar los incentivos a contestar y objetar indebidamente las decisiones de la agencia de competencia y redireccionar tales esfuerzos hacia una solución anticipada de la controversia, precisamente, para garantizar en mejor medida el bienestar de los consumidores²⁴⁸.

Otra modificación importante realizada en el Decreto Legislativo 1205 es la terminación del procedimiento cuando se verifican el cumplimiento de los compromisos por parte de los administrados. En la norma anterior, el procedimiento se suspendía indefinidamente, por lo que el administrado solo podría tener la seguridad jurídica de que la controversia y el procedimiento habían finalizado cuando hubiera transcurrido el tiempo suficiente para que la acción sobre el caso prescriba. Así, las modificaciones realizadas otorgan mayor seguridad jurídica a los administrados y promueven que estos se vean incentivados a cumplir los compromisos pactados con la Secretaría Técnica.

En este sentido, si el compromiso se incumpliera, el procedimiento se reiniciará contra el imputado ya sea de oficio o a petición de parte. De esta manera, podemos observar lo importante que es para la Secretaría Técnica y la Comisión el cumplimiento de las medidas correctivas de prevención y medidas correctivas restitutivas a fin de beneficiar a los consumidores. Por lo tanto, el papel del compromiso de cese ya no se centra en el reconocimiento de la infracción y gravedad de la conducta, sino en las medidas que los imputados van a tomar para restaurar el proceso competitivo y resarcir a los consumidores. Dichas medidas son tan importantes que el incumplimiento de cualquiera de ellas, faculta

²⁴⁸ HIPERDERECHO. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En: http://www.hiperderecho.org/wp-content/uploads/2015/09/EXP_MOTIVOS_DLEG_1205.pdf. Pág 15 y 16. Revisado: 04/02/19.

a la Secretaría Técnica para volver a iniciar un procedimiento administrativo en contra de los ex beneficiados por el compromiso.

De acuerdo con lo explicado anteriormente, debemos realizar un análisis integral de las figuras de Compromiso de Cese y el Programa de Clemencia. Se pueden encontrar diferencias notables, razón por la cual cada figura se utilizaría en supuestos distintos.

Si bien se han reducido requisitos para cumplir con el Compromiso de Cese, se exigen medidas correctivas que restablezcan el proceso competitivo (programas de compliance, inaplicación de cláusulas anticompetitivas, entre otras), medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos de la infracción (devolución de sobreprecio a consumidores) y medidas complementarias que evidencian el propósito de enmienda. Asimismo, el Compromiso de Cese solo puede presentarse una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador. Finalmente, sus objetivos principales es la terminación anticipada del procedimiento, el ahorro de recursos y la imposición de medidas correctivas.

Por otro lado, en el Programa de Clemencia a los colaboradores se les exime o reduce la multa que les hubiera correspondido, a cambio de aportar pruebas que evidencien la existencia de la conducta y se les puede imponer medidas correctivas de restitución. Cabe recalcar que dentro del Programa de Clemencia es importante la colaboración e información que aporte el Solicitante, lo cual no es requisito dentro del Compromiso de Cese. Asimismo, los objetivos del Programa son la detección, desincentivo de los cárteles, así como obtención de pruebas de los mismos.

El Compromiso de Cese y el Programa de Clemencia tienen una diferente razón de ser (el primero se centra en una terminación anticipada del procedimiento y el segundo en una

detección de una conducta que permitiría el inicio de un procedimiento), por lo que es importante establecer claramente las diferenciaciones entre ellos. De esta manera, se debe buscar que sea más atractivo para el administrado postular a Clemencia, a diferencia de esperar a que se inicie un procedimiento y presentar un Compromiso de Cese, pues la primera acción permite detectar los cárteles con mayor éxito y obtener pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva.

De acuerdo con la legislación actual, tanto en el Compromiso de Cese como en el Programa de Clemencia se establecerían medidas correctivas de restablecimiento del proceso competitivo y medidas correctivas de restitución para sus solicitantes. La diferencia parecería estar en que se le exige también medidas complementarias a aquel que está dentro del Compromiso de Cese, mientras que al Solicitante de Clemencia recibiría una exoneración o reducción de multa.

Bajo estos parámetros, tal como fue sugerido anteriormente, estoy de acuerdo con lo establecido en la Guía de Clemencia que señala que para el primer Solicitante de Clemencia no debería exigírsele medidas correctivas de restitución. Considero que este punto podría diferenciar con mayor notoriedad ambas figuras para que sean utilizadas de acuerdo el caso de cada administrado: el Programa de Clemencia donde se necesita develar un cártel y el Compromiso de Cese para una terminación anticipada del procedimiento.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, de por sí, el Programa de Clemencia para el primer solicitante es más beneficioso que el Compromiso de Cese pues en esta última figura se tendrían que dar medidas complementarias y/o de restitución, mientras que en el primero no.

La duda estaría en cuan beneficioso podría ser para el Solicitante de Clemencia en segundo, tercer o posterior orden en contraposición con aquel que suscribe un Compromiso de Cese. La única manera de que, bajo lo señalado por el Decreto Legislativo 1205, la Clemencia para los que obtienen una reducción de sanción sea más beneficiosa que el Compromiso de Cese sería si las medidas complementarias son más onerosas que la multa final que estarían obteniendo los solicitantes de Clemencia después de la reducción.

En este sentido, si soy la empresa B y sé que tanto en el Programa de Clemencia como en el Compromiso de Cese se me impondrían medidas correctivas de restitución y restablecimiento del proceso competitivo, me enfocaría en las diferencias entre ambos Programas. Si soy el segundo Solicitante de Clemencia y mi multa que iba a ser 100 millones de dólares se reduce a 50 millones de dólares como máximo, la Secretaría Técnica no podría haberle exigido en caso suscriba un Compromiso de Cese que pague un monto menor a 50 millones de dólares, pues en ese caso se daría la señal al mercado que sería más beneficioso esperar al inicio del procedimiento administrativo y suscribir un Compromiso de Cese (en el que incluso no tengo que aportar pruebas) que participar del Programa de Clemencia.

En este sentido, es necesario que la Comisión analice el impacto de la utilización de estas herramientas en conjunto, de manera que en la práctica no sea más beneficioso esperar que se inicie un procedimiento administrativo y solicitar la suscripción de un compromiso de cese, en vez de solicitar ingresar al Programa de Clemencia apenas detecto que he incurrido en una práctica anticompetitiva. Por lo tanto, las resoluciones que emita el Indecopi en estos años, en la utilización de estas herramientas, es crucial para dar las señales correctas al mercado y exponer al Programa de Clemencia como la herramienta más atractiva para los administrados.

III.12. Amnesty plus y penalty plus

El “amnesty plus” y “penalty plus” son herramientas utilizadas en el Programa de Clemencia para incentivar a posibles beneficiarios del Programa a presentar su solicitud.

Así, de acuerdo con el amnesty plus, aquel agente económico que no ha podido obtener la exoneración en un cártel por no delatar primero su participación en él, podrá develar la existencia e informar de su participación en otro cártel, siendo eximido de sanción en el segundo cártel y obteniendo un mayor beneficio del que iba a obtener en el primero²⁴⁹.

Cabe resaltar que existen legislaciones donde solo se otorga el beneficio de eximir de sanción al primer agente que informa sobre su involucración en un cártel y no existe beneficio alguno para el segundo. De igual manera, existen legislaciones donde se otorga la exoneración para el primero y una reducción de la multa que les correspondería al segundo, tercero y demás participantes del Programa.

Dadas estas reglas, la utilización del amnesty plus variaría de acuerdo con la jurisdicción. Así, por ejemplo, en Estados Unidos solo puede ser beneficiado con el Programa de Clemencia la primera empresa o persona natural que se acerque a la División de Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Por ejemplo, la empresa A devela que ha participado en un cártel sobre la oferta de azúcar. Por dichos motivos, se inicia una investigación contra la empresa B, C y D. D no puede solicitar la reducción de sanción a la autoridad sobre su participación en el mercado del azúcar debido a que no existen

²⁴⁹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy. En: Anti-Cartel Enforcement Manual (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>). Pág 9 y 10. Revisado: 04/02/19.

beneficios para el segundo, tercer o siguientes que se presentan²⁵⁰. Sin embargo, D también participó de otro cártel sobre la oferta de arroz con las empresas C y N. La División de Antitrust todavía no conoce la existencia de dicho cártel pues la empresa A no es parte de él y no lo ha detectado mediante sus labores de monitoreo usuales. Así, la empresa D revela su participación en el cártel de arroz, por lo que recibiría la exoneración total sobre la multa que hubiera tenido que pagar y ninguno de los trabajadores de su empresa que habrían participado del cártel recibirían penas de cárcel. Pero este no es el único beneficio que recibiría esta empresa. La División de Antitrust recomendaría también que se reduzca la multa que se iba a poner a la empresa D por su involucración en el primer cártel, el cártel del mercado de azúcar. De esta manera, la empresa D va de una primera situación en la que no ha recibido ningún beneficio en el cártel sobre azúcar a que le sea otorgada una reducción de sanción.

Esta situación sería distinta en Colombia. En este país quienes no logren ser el primer solicitante al Programa de Clemencia dentro de un mercado, todavía podrían obtener reducción de la multa que les correspondería si fueran el segundo, tercero, y subsiguientes en presentarse ante la autoridad con tal de que aporten información valiosa para la detección del cártel en el que habría participado²⁵¹. Así, supongamos que, de acuerdo con el ejemplo del párrafo anterior, la empresa A devela ante la autoridad la existencia de un cártel de azúcar, la que involucra a las empresas B, C y D. Sin embargo, ante la posibilidad de que sea sancionado, la empresa D también presenta una solicitud al Programa de Clemencia en el mismo mercado, por lo que obtiene una reducción de sanción, pero no exoneración. En este caso, si D develara su participación en otro cártel donde no se ha

²⁵⁰ Cabe resaltar que en Estados Unidos se puede obtener un “settlement”, que en muchas ocasiones también supone la reducción de multas, pero solo se considera un colaborador en Clemencia.

²⁵¹ PRACTICAL LAW. Cartel Leniency in Colombia: overview. En: <http://uk.practicallaw.com/0-628-5006>. Revisado: 04/02/19.

presentado ninguna solicitud de clemencia, no solo recibiría la exoneración de sanción correspondiente en el segundo cártel, sino también se consideraría un mayor porcentaje de reducción de multa del obtenido inicialmente por develar su participación en dicho cártel.

Por lo tanto, de acuerdo con lo analizado anteriormente, la figura de amnesty plus podría aplicarse de manera distinta en distintas jurisdicciones dependiendo de las normas vigentes de cada país.

Por otro lado, el penalty plus es aquella herramienta utilizada en el Programa de Clemencia el cual, mediante el castigo, busca incentivar que los agentes económicos que han participado en más de un cártel reconozcan y manifiesten su participación en él. Así, aquel agente que pueda ser beneficiado por el Programa de Clemencia al informar su involucración en un cártel verá reducido el porcentaje de su beneficio si es que hubiese participado en otro cártel, pero no lo manifieste a la autoridad correspondiente.

Así, por ejemplo, si bien la empresa A hubiera podido recibir una exoneración de sanción por la comisión de una conducta anticompetitiva, la autoridad disminuirá este beneficio a una reducción de multa en el caso que esta empresa no hubiera informado sobre la existencia de otro cártel en el que hubiera participado.

De manera similar al amnesty plus, el penalty plus este se aplicará de diferentes formas de acuerdo con la legislación de cada país. En las legislaciones donde existe exoneración de sanción al primer solicitante y reducción de sanción a los subsiguientes, el penalty plus podría funcionar reduciendo el porcentaje de sanción incluso al segundo, tercer y demás postulantes al Programa de Clemencia. Sin embargo, en aquellas jurisdicciones donde el beneficio de exoneración de sanción se otorga al primero y las otras empresas no podrían

verse beneficiadas, el penalty plus funcionaría solo reduciendo la multa de aquél que hubiera sido exonerado de sanción en tanto este agente no informó sobre su participación en otro cártel.

En la legislación peruana no se ha contemplado la utilización de estas herramientas. Si bien es cierto que esta herramienta no es una de las más usadas en las legislaciones sobre clemencia, existen algunos países donde su aplicación ha sido exitosa. De acuerdo con Marek Martyniszyn en su artículo *Leniency (Amnesty) Plus: A Building Block or a Trojan Horse* la aplicación del amnesty plus habría funcionado en Estados Unidos, pero es una innovación trasplantada erróneamente a otros países²⁵².

Cabe preguntarnos entonces si hubiera sido recomendable aplicar esta herramienta del Programa de Clemencia en la legislación peruana.

En primer lugar, debemos ponernos en la situación particular de aquellos que podrían utilizar esta herramienta: posibles solicitantes o actuales solicitantes al Programa de Clemencia que han participado en más de un cártel. Por ejemplo, la empresa A cuando presenta su solicitud el primer mercado solo puede obtener el segundo orden, es decir máximo el 50% de reducción de multa pues fue el segundo en solicitar clemencia. En la investigación interna realizada en su compañía, detecta que también es partícipe de otra conducta en otro mercado, en la cual todavía no existe Solicitante de clemencia alguno. En este punto, la empresa podría optar por esconder la información y esperar que la agencia de competencia no lo detecte o solicitar clemencia. Para evitar que la persona natural o empresa intente esconder la evidencia del cártel y opte por solicitar Clemencia, considero

²⁵² MARTYNISZYN, Marek. *Leniency (Amnesty) Plus: A Building Block or a Trojan Horse*. Ed Queen's University Belfast, School of Law Research Paper No. 2014-10. Pág 2.

que debería implementarse el amnesty plus en el Perú, de manera que las empresas no solo delaten su participación en los carteles más evidentes, sino también por un efecto dominó, ellos mismos o sus competidores develen la existencia de cárteles en todos los mercados donde se habrían coludido.

Un efecto similar produce el penalty plus. La empresa A que, obtenido una exoneración de sanción por la develación de la existencia de un cártel, podría optar por no develar su participación en un cártel en otro mercado debido a que tiene la esperanza de que la agencia de competencia no lo detecte. Sin embargo, si la empresa A conociera que si no delata su condición de colusor en el segundo mercado y alguien más lo delata, podría ser reducido su beneficio en el primer mercado, su actuación cambiaría pues no solo recibiría una multa completa por el segundo mercado, sino no podría obtener la exoneración a la que había aspirado inicialmente en el primer mercado.

En este sentido, ambas figuras (amnesty plus y penalty plus) muestran grandes incentivos para que todas las empresas colusoras que han participado en cárteles en distintos mercados, develen su participación en ellos. Si no se incorporarían dichas figuras, los Colaboradores de Clemencia podrían esperar a que la agencia de competencia detecte la conducta y no tendrían tanta incertidumbre sobre si sus competidores los delatarían, pues ellos tampoco tienen incentivos suficientes para hacerlo.

Por lo dicho anteriormente, considero necesario en el Programa de Clemencia peruano incorporar las figuras del amnesty plus y penalty plus.

III.13. Colaboración entre agencias de competencia

A fin de incentivar la presentación de solicitudes de clemencia se debe instaurar una política de confidencialidad para determinar cómo la agencia de competencia tratará la información o evidencia que reciba de los Solicitantes de Clemencia, incluyendo en qué términos la agencia de competencia cooperará con otras agencias internacionales y estableciendo las obligaciones de confidencialidad que tendrá tanto la agencia de competencia como el solicitante²⁵³.

Así, la información dada por los Solicitantes o Colaboradores no puede ser compartida con otras agencias de competencia sin su permiso previo y debe ser compartida solo en los términos que fue permitida por el solicitante.

Para poder colaborar con otras agencias de competencia en la investigación y detección de prácticas colusorias horizontales, se ha implementado el “waiver” dentro del sistema del Programa de Clemencia. El waiver debería establecer claramente qué información puede compartir la agencia de competencia con sus pares en otros países de manera que no se vulnere el principio de confidencialidad del Programa. Esta herramienta permite que las agencias puedan compartir información obtenida mediante el Programa de Clemencia, evitando que el solicitante tenga que duplicar la información presentada para cada país y permitir que las agencias de competencia puedan ahorrar tiempo y recursos, que les

²⁵³ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy. En: Anti-Cartel Enforcement Manual (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>). Pág 9. Revisado: 04/02/2019.

ayudara en ser más efectivos en la resolución del caso o la investigación de otras conductas²⁵⁴.

La agencia de competencia también debería promover que los Solicitantes de Clemencia en su país presenten su solicitud en otros países, pues, si bien la información que ha sido obtenida es confidencial, muchas veces la develación del cártel fomenta que las otras empresas colusoras también brinden información sobre dicho cártel, lo que podría develar la existencia de la conducta en otras esferas. Sin embargo, la decisión sobre si presentar o no la solicitud es enteramente decisión del Solicitante o Colaborador.

Por ningún motivo, la agencia de competencia podría informar a sus pares en el extranjero la identidad del Colaborador en Clemencia, la existencia y características del procedimiento iniciado gracias el Programa, la información que contiene los expedientes de Clemencia o cualquier otro dato que haya obtenido la agencia de competencia gracias a la solicitud de exoneración o reducción de sanción presentada. Los acuerdos de colaboración entre las agencias de competencia no los debería de eximir de las responsabilidades por confidencialidad exigidas dentro del Programa de Clemencia.

Incluso si los datos presentados en una solicitud de Clemencia en el Perú tengan un efecto directo sobre posible cártel en otro país, la Secretaría Técnica no podría informar a dicho país a menos que exista un waiver que le permita hacerlo. El establecimiento de reglas claras respecto a la información que pueda compartir la agencia de competencia esclarece el panorama para los interesados en participar en el Programa de Clemencia.

²⁵⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy. En: Anti-Cartel Enforcement Manual (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>). Pág 14. Revisado: 04/02/19.

Cualquier violación a la confidencialidad por parte del Indecopi podría tener efectos gravísimos. A manera de ejemplo, si se transfiere información proporcionada en el marco del Programa de Clemencia a otras agencias de competencia que les permite identificar la existencia de un cártel su país, el solicitante se vería afectado pues tendría que enfrentar un procedimiento, pagar una multa, recibir la imposición de medidas correctivas, afectación de su reputación, entre otros. Ningún otro administrado tendría confianza en el Indecopi pues conoce que transmite información agencias de competencia, vulnerando su obligación de mantener la confidencialidad en los casos relacionados al Programa de Clemencia.

De esta manera, si bien es importante la colaboración entre agencias de competencia para mejorar las prácticas de detección y sanción de cárteles, dicha colaboración no puede vulnerar los preceptos básicos que permiten que el Programa de Clemencia tenga éxito.

III.14. Compatibilidad de la sanción penal con el Programa de Clemencia

Si bien anteriormente ya hemos señalado las razones por las cuales considero que no debería implementarse la sanción penal en el sistema de libre competencia peruano, debemos considerar el efecto que este tendría en el Programa de Clemencia.

En el artículo Peru: Antitrust Laws sharpens its teeth against cartels: Too little... not too late, Mario Zuñiga aboga por una reforma en la utilización de las herramientas para detectar y desincentivar los cárteles, señalando que debería mejorarse el Programa de Clemencia e implementarse la sanción penal, que fue dejada atrás con la promulgación del Decreto Legislativo 1034 en el 2008.

La fórmula propuesta Zuñiga parece ser simple y tener sentido: aplicar el “garrote y zanahoria”. Así, por un lado, la autoridad de competencia debe crear una creíble amenaza de sanciones fuertes a las participantes del cártel, el cual considera que debería ser la imposición de una sanción penal, y, por el otro lado, se debería promover incentivos para los miembros del cártel que ocasione que colaboren con las agencias de competencias para identificar el cártel²⁵⁵. El problema en este caso es que, si bien estas dos herramientas pueden generar ciertos incentivos para lograr los objetivos de una política de competencia, no se analiza la compatibilidad de utilizar los dos mecanismos al mismo tiempo ni cómo podrían tener éxito considerando la realidad peruana, pues que haya tenido cierto éxito en otros países no significa que necesariamente va a funcionar en el Perú.

Así, he encontrado algunos problemas con la compatibilidad de un Programa de Clemencia en el Perú y la aplicación de sanciones penales para los infractores de la norma.

En primer lugar, encontramos el problema de que el solicitante de clemencia está develando su participación en un cártel. Por lo tanto, si existiera una sanción penal por su conducta, el poder judicial podría iniciar una acción contra él. De esta manera, no sería razonable que una persona solicitara ingresar a este Programa pues le estaría dando información e insumos al poder judicial para poder condenarlo a un delito. En contraposición el incentivo de exoneración de multa se vería mermado por la posibilidad de ir a la cárcel en caso solicitara clemencia.

Sin embargo, como política pública podría optarse por inhabilitar al poder judicial para iniciar una acción penal si el caso proviene de una solicitud de exoneración de sanción. En

²⁵⁵ ZUÑIGA, Mario. Peru; Antitrust Law sharpens its teeth against cartels: Too little... not too late. p 3. En: <http://www.concurrences.com/Journal/Issues/No-1-2016/Peru-Antitrust-law-sharpens-its?lang=en>. Revisado: 04/02/19.

Estados Unidos, una corporación puede evitar una persecución penal y las multas correspondientes, y las personas naturales pueden evitar una condena y multas si son las primeras personas en confesar su participación en una infracción a las leyes de antimonopolio²⁵⁶. La exoneración es automática para el solicitante en caso no haya una investigación en curso, y podría estar disponible si la compañía coopera después de que la investigación haya iniciado. Todos los funcionarios, directores y trabajadores de la empresa que califica para la exoneración de sanción son protegidos de persecución penal. La clave estaría, sin embargo, es que solo una empresa puede obtener estos beneficios²⁵⁷. La diferencia con el sistema peruano es que tendríamos que plantear un distinto Programa de Clemencia si quisiéramos incorporar la sanción penal.

En el actual sistema, se permite que exista más de un agente beneficiado con el Programa de Clemencia, así, el primero es eximido de la sanción y los siguientes obtienen una reducción de multa. Si se quisiera incluir la sanción penal, entonces solo se podría obtener la colaboración de una empresa, pues si solo el primero es eximido de la multa y la sanción penal, entonces no habría incentivos para que otros colusores ingresen al Programa pues solo se verían beneficiados con una reducción de multa, pero podrían ir la cárcel. Incluso si al comunicarte con la agencia de competencia, pudieras desistir de postular al Programa al enterarte que no eres el primer solicitante en un mercado determinado, ya podrías haber alertado a la agencia de tu participación, por lo que en cierta manera has develado tu participación, pero no podrías obtener ningún beneficio. Por lo tanto, se tendrían que hacer las modificaciones pertinentes para que solo al primer solicitante se le otorgue clemencia.

²⁵⁶ SD Hammond y BA Barnett, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters (2008) En: www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf. Revisado: 04/02/19.

²⁵⁷ STUCKE, Maurice. Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency. En: http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/11_-_stucke.pdf. Pag 2. Revisado: 04/02/19.

Dicha modificación distaría del sistema peruano donde se intenta obtener la mayor información posible, otorgando beneficios a más de un solo solicitante.

Asimismo, debemos entender que sistema de detección y sanción de los cárteles en Estados Unidos es distinto al peruano. En dicho país, el procedimiento respecto a cárteles analizados bajo la regla *per se* es netamente penal, siendo que la División de Antitrust del Departamento de Justicia norteamericano realiza una investigación, presenta una denuncia formal ante un juez y un jurado decide sobre la culpabilidad de los imputados, donde se debe demostrar dicha culpabilidad más allá de toda duda razonable²⁵⁸. No existe un ente administrativo que dictamine sobre el caso. Por otro lado, en el sistema peruano, si se incluyera la sanción penal, tendríamos un ente administrativo y un ente penal que resuelvan sobre la misma controversia, razón por lo que podrían existir resultados contradictorios entre sí donde el juez penal dictamine que no existió una vulneración a las leyes de competencia, pero el tribunal administrativo sí.

Por otro lado, existe un nivel alto de corrupción en el sistema judicial peruano. En el Barómetro Global de Corrupción del 2013 se indicó que en Perú se tiene mayor percepción de corrupción en el poder judicial que en cualquier otra institución en el Perú, incluyendo los partidos políticos, el parlamento, los funcionarios públicos, la policía, entre otros²⁵⁹. De igual manera, en una encuesta realizada por Proética, la corrupción de funcionarios y autoridades es percibida como el principal problema del Estado peruano²⁶⁰.

²⁵⁸ LYNCH, Niall. United States Antitrust Law, Policies and Procedures. En: <https://www.lw.com/presentations/us-antitrust-law-policies-and-procedures>. Revisado: 04/02/19.

²⁵⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Global CorruptionBarometer 2013 Report. En: <http://www.transparency.org/gcb2013/report>. Pag 39. Revisado: 04/02/19.

²⁶⁰ PROÉTICA. Novena Encuesta Nacional sobre Corrupción – 2015. En: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0BFA0AA1A3A42EAC05257F17005BC149/\\$FILE/292794637-Informe-de-resultados-Encuesta-Nacional-sobre-Corrupcion-2015.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0BFA0AA1A3A42EAC05257F17005BC149/$FILE/292794637-Informe-de-resultados-Encuesta-Nacional-sobre-Corrupcion-2015.pdf). Revisado: 04/02/19.

En el año 2015, de los 2700 jueces que integran aproximadamente el poder judicial del Perú, 727 fueron sancionados por casos de corrupción, siendo que en el 2016, solo hasta mediados del mes de marzo, la cifra llegó a 144 jueces²⁶¹. Asimismo, de acuerdo con Raúl Chanamé, 19% de personas en una encuesta realizada afirmaron que sobornaron a terceros para influir sobre un juez y el 10% de las personas encuestadas señalan haberle pagado a un amigo de un juez o un allegado a él²⁶². Dadas las estadísticas y el considerable porcentaje de corrupción en el Poder Judicial, sería complicado asignarle al Poder Judicial el análisis de conductas anticompetitivas pues los principales actores en dichas prácticas son empresas y muchas de las competidoras de las posibles imputadas tienen un gran poder económico y podrían tener interés en dañar la reputación de sus competidores. Por lo tanto, un solicitante de clemencia podría mostrarse inseguro sobre el manejo que daría el poder judicial a su caso, tomando en consideración el nivel de corrupción que existe en dicha institución.

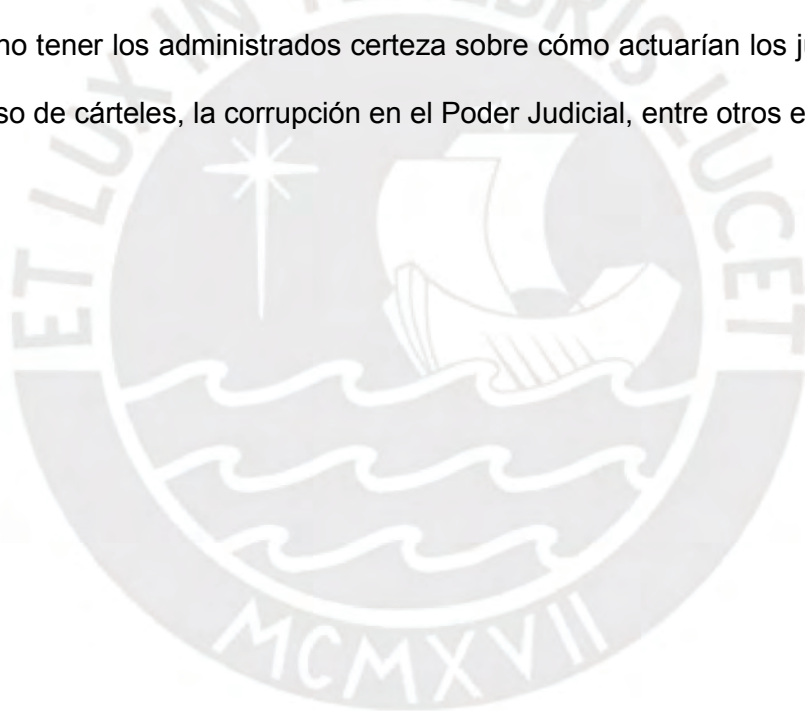
Otro punto importante a tomar cuenta es el grado de discrecionalidad que tienen los órganos administrativos y judiciales para actuar. En este sentido, existe un deber de colaboración dentro del Programa de Clemencia que exige aquella persona que debe la existencia de un cártel, está obligada a revelar toda la información relevante sobre el cártel a fin de obtener la exoneración de sanción. Sin embargo, en caso la autoridad de competencia considere que el solicitante de clemencia no ha cumplido con el estándar de colaboración adecuado, podría denegarle el beneficio y, por lo tanto, podría posteriormente iniciarse una acción penal en contra de él. El Solicitante se vería entonces severamente desincentivado

²⁶¹ RPP Noticias. Así está el Perú: Poder Judicial es la segunda institución con más rechazo. En: <http://rpp.pe/politica/elecciones/asi-esta-el-peru-poder-judicial-es-la-segunda-institucion-con-mas-rechazo-noticia-946086>. Revisado: 04/02/19

²⁶² CHANAMÉ, Raúl. La necesidad del cambio en el Poder Judicial. Reforma Judicial. En: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/csociales/ep_desarrollo/necesidad.htm. Revisado: 04/02/19.

a presentar una solicitud pues es consciente que existe el peligro de que la autoridad considere que su colaboración no ha cumplido con los estándares esperados y, como consecuencia, no solo su solicitud ha sido denegada, sino que ha develado su participación en un cártel a la agencia de competencia y posteriormente, al poder judicial que, en esas circunstancias, no tendría ningún obstáculo para sancionarlo penalmente.

Por las razones señaladas anteriormente, consideramos que no debería implementarse la sanción penal dentro de los mecanismos de protección a la competencia en el ordenamiento jurídico peruano pues podría perjudicar la presentación de solicitudes de Clemencia al no tener los administrados certeza sobre cómo actuarían los jueces penales frente a un caso de cárteles, la corrupción en el Poder Judicial, entre otros elementos.



Recomendaciones

De acuerdo con los argumentos presentados en este trabajo, considero que se deberían implementar las siguientes recomendaciones para obtener un efectivo Programa de Clemencia:

- Reglas claras en las normas y en los lineamientos que se pone a disposición de los administrados.
- Imposición de multas fuertes y sanciones reputacionales mediante la publicidad de las resoluciones del Indecopi, a fin de evitar la reincidencia y desincentivar la comisión de conductas anticompetitivas por otros agentes económicos.
- Mayor actividad de investigación y visitas de inspección por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que permita una mayor de detección de conductas. Para este fin, se debería destinar mayores recursos a dicha Comisión, tanto en personal como en tecnología forense para una obtención de mayores pruebas y un rápido procesamiento de la evidencia.
- Estándar distinto respecto a la información que se aporta respecto a las personas jurídicas y las personas naturales, en tanto ambas no podrían tener disponible la misma cantidad de información.
- No exigir como requisito para presentar una solicitud de Clemencia ante la autoridad el haber cesado su participación en el cártel pues, podría obtenerse mayor evidencia si el solicitante continúa formando parte del cártel por un tiempo determinado.
- Realizar un cambio normativo a fin de que el Programa de Clemencia solo sea aplicable para cárteles.
- Se debe permitir varios solicitantes al Programa de Clemencia. Sin embargo, los posteriores solicitantes al primero tienen que presentar un valor agregado significativo que colabore con las actividades de investigación de la Secretaría Técnica y no puede consistir en información que ya posee la Secretaría Técnica por sus propias investigaciones o entregadas por el primer solicitante. Asimismo, solo se deberían aceptar solicitudes de clemencia posteriores al inicio del procedimiento administrativo cuando se encuentre en alguno de los siguientes tres supuestos: aumento del periodo de la conducta, involucra nuevos agentes económicos determinantes o presentar pruebas fundamentales para sustentar la hipótesis de colusión.

- El porcentaje de reducción de sanción para el solicitante de Clemencia que se presenta en primer lugar, pero después de la visita de inspección debe ser entre el 60% y 100%. De esta manera, tiene suficientes incentivos de participar del Programa, pero no esperaría a recibir una visita de inspección por parte de la Secretaría Técnica antes de presentar su solicitud.
- La pérdida del marker de un solicitante debería permitir a los subsiguientes solicitantes a “avanzar un puesto en la fila” y obtener los beneficios que hubiera obtenido el solicitante anterior a él. De igual manera, el solicitante que perdió el marker no puede recuperar el lugar que poseía entre los solicitantes de Clemencia.
- Es apropiado tener un deber de reserva estricto también para los solicitantes o colaboradores en Clemencia, de manera que no afecten las labores de investigación de la Secretaría Técnica.
- La Secretaría Técnica, la Comisión y todos aquellos trabajadores que, debido a sus funciones, conozcan la existencia de una solicitud de colaboración o la suscripción de un compromiso de exoneración o reducción de sanción deben guardar la confidencialidad sobre la identidad del solicitante, las pruebas entregadas y cualquier otro conocimiento obtenido gracias al Programa de Clemencia. Para estos fines deberían suscribirse protocolos de seguridad y tratamiento de la información.
- El solicitante de Clemencia no debería estar obligado a renunciar a la confidencialidad de la información entregada a solicitud de la Secretaría Técnica.
- El líder del cártel debería poder recibir exoneración de sanción.
- El coaccionador no debería recibir la exoneración, pero sí una reducción de multa. Para estos efectos, la coacción solo debería interpretarse como violencia física o amenaza de violencia física, mas no tener connotación económica.
- A fin de evitar la reincidencia en el cártel no debería limitarse los beneficios de Clemencia que podría obtener el reincidente, sino impedir la reincidencia a través de medidas correctivas.
- El compromiso de exoneración o reducción de sanción debería ser un modelo estándar, el cual, una vez suscrito, no podría ser modificado posteriormente por las partes.
- El deber de colaboración y entrega de información debe cumplirse durante todo el procedimiento, constituyendo una obligación de medios y no de resultados.

- El Programa de Clemencia debe regularse de manera que sea más beneficioso que suscribir un Compromiso de Cese, pues de lo contrario los agentes económicos optarían por esta segunda opción sobre la primera.
- Se debería de eximir al beneficiario de la exoneración de la sanción Tipo A de la imposición de medidas correctivas de restitución y de la indemnización de daños y perjuicios.
- La colaboración entre agencias de competencia sobre información entregada por los solicitantes o colaboradores de Clemencia solo debe realizarse previa a la suscripción de un “waiver”.
- Se debe implementar la utilización del amnesty plus y penalty plus.
- El Programa de Clemencia sería incompatible, de acuerdo con el sistema judicial peruano, con la imposición de penas privativas de la libertad por conductas anticompetitivas.



Conclusiones

Los cárteles son la conducta más nociva sancionada por leyes de competencia, causando graves perjuicios a los consumidores. Por estas razones, las agencias de competencia poseen diversas herramientas que permiten desincentivar, detectar y sancionar dichas conductas, algunas obteniendo un mayor nivel de eficacia que otras. Las visitas de inspección, las multas y la sanción penal tienen la potencialidad de lograr una efectiva erradicación de los cárteles; sin embargo, a fin de obtener este objetivo, estas herramientas deben regularse e implementarse de determinada manera para que puedan lograr los propósitos para lo cual han sido creadas.

En este sentido, en este trabajo se pudo identificar cómo la manera de detectar cárteles internacionalmente y en el Perú ha evolucionado, pues si bien inicialmente existían evidencias físicas como actas o documentos que dejaban constancia de los acuerdos colusorios, en posteriores casos no se encontraban dichas evidencias, sino correos electrónicos o medios que involucraban mayor resguardo de la información. A posterioridad, se espera que los infractores intenten eliminar cualquier evidencia de la práctica debido a que las herramientas de las agencias de competencia se han especializado para obtener esta información, por lo que herramientas de enforcement más efectivas son necesarias.

En este contexto, el Programa de Clemencia, implementado hace no más de 30 años internacionalmente, ha surgido como la herramienta más fructífera para detectar cárteles. A pesar del éxito internacional, la primera solicitud de exoneración de sanción en el Perú fue recibida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el 2012, más de quince años después de la entrada en vigencia del Programa, en 1996. De acuerdo con la experiencia era evidente, entonces, que existían problemas con su

diseño e implementación en el Perú. Por dicho motivo, era fundamental revisar las bases de la libre competencia y los cárteles a fin de determinar qué componentes son necesarios para un exitoso Programa de Clemencia.

En ese sentido, en este trabajo de investigación se analizó el diseño del Programa de Clemencia en el Perú, tomando en cuenta que el objetivo de la agencia de competencia es el desincentivo, cese, detección y sanción los cárteles, así como el resarcimiento de los daños causados por ellos. Así, se debe tener claros dichos objetivos pues el Programa de Clemencia debe resguardarlos, tomando en cuenta que no siempre se podrá satisfacer en su totalidad a todos ellos, sino deber realizarse una ponderación de acuerdo con los objetivos principales y los derechos protegidos.

Asimismo, se debe tomar en cuenta cómo actúan los agentes económicos, no solo examinando las razones racionales por las cuales les conviene coludirse, sino también aquellos aspectos emocionales y sesgos cognitivos que los llevan a formar parte de una colusión. Así, es necesario crear un Programa de Clemencia tomando en cuenta todas las particularidades de las empresas y de sus trabajadores, así como los incentivos que tendrían para delatar su conducta.

Por lo tanto, a fin de obtener un Programa de Clemencia exitoso, se debe otorgar seguridad jurídica a los administrados, implementar reglas claras, promover y publicitar su utilización, así como informar a los administrados de la posibilidad real de la detección de sus conductas y las sanciones monetarias o repercusiones reputacionales que podrían esperar, para lograr la mayor cantidad de solicitudes de Clemencia posibles.

A manera de conclusión, a través de los conceptos básicos de la libre competencia y analizando el comportamiento de las personas jurídicas y personas naturales, podemos diseñar un Programa de Clemencia que sea eficaz. Cabe resaltar que las sugerencias realizadas en este trabajo de investigación no son permanentes, es conveniente revisar cada cierto tiempo la legislación para determinar si se encuentra acorde a la realidad. Las conclusiones halladas en esta investigación se refieren al estado actual de la libre competencia en el Perú, las restricciones estructurales y económicas que aún existen para la preservación del derecho a la libre competencia, la reciente concientización sobre la ilegalidad de los cárteles y el marco normativo alrededor de ellos, así como el desarrollo del Programa de Clemencia en el Perú.



Bibliografía

- CONNOR, John y Gustav HELMERS. Statistics on Modern Private International Cartels. Working Papers, Purdue University, College of Agriculture, Department of Agricultural Economics. (2006).
- MANKIWI, N. Gregory. Principios de Economía. Sexta edición, Harvard University, 2012.
- MOFFAT, Mike. Definition of Free Market Economy. About Education. En: http://economics.about.com/cs/economicsglossary/g/free_market_e.htm
- COASE, Ronald. La Empresa, el Mercado y la Ley. Alianza Editorial, 1994.
- KHEMANI, Shyam. "Objetivos de la Política de Competencia" En Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Vol XXIV. N° 2.
- CALVO-CAVARACA, Alfonso y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANGARA. Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación. Revista General de Derecho. 1993.
- FERNÁNDEZ, David. El abuso de procesos legales como práctica que distorsiona la competencia en los mercados: el Estado como instrumento de monopolización y la necesidad de una metodología jurídica económicamente eficiente. Tesis para obtener el título de abogado. 2015.
- BECKER, Gary. La Naturaleza de la Competencia. En: <http://www.hacer.org/pdf/Becker01.pdf>.
- QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. 2013, Indecopi.
- FRANK, Robert. Microeconomía y conducta. Interamericana de España, 2005.
- RAE JURISPRUDENCIA. La asimetría informativa y la protección de los derechos del consumidor. En: <http://www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial/descargas.php?p=116>.
- SCHRAGE, Andrea. Microeconomía I. Universidad Carlos III de Madrid, 2006. En: http://www.eco.uc3m.es/~aschrage/Microl_archivos/Tema%205%20Fallas%20de%20Mercado.pdf.
- FIGARI, Hugo. Los Objetivos de la Política de Libre Competencia en el Perú. Informe Profesional para optar por el título de Licenciado en Economía.
- FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Experiencias de política antimonopólica en el Perú. CIUP, 2009.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. FTC Fact Sheet: Antitrust Laws: A Brief History. En: https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/páges/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. "Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica. Disciplina de la Competencia Desleal". Madrid: Editorial Civitas.
- BLUME, Ernesto. La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia. Themis: 20 mejores artículos de derecho de la competencia.

- LO GRECO, Maria. Unfair Competition and IP. En: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_kipo_kipa_ip_ge_08/wipo_kipo_kipa_ip_ge_08_www_109885.
- BORK, R.H. The Antitrust Paradox. Ed Free Press, Nueva York, 1983
- DIEZ, Fernando. Los objetivos del derecho antitrust. Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, nro 224, 2003.
- COMISIÓN EUROPEA. Directrices sobre las Restricciones Verticales 2000/C 291/01. Comunicación de la Comisión.
- COMISIÓN EUROPEA. Directrices sobre las Restricciones Verticales 2010/C 130/01. Comunicación de la Comisión.
- LIANOS, Ioannis. Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law. Centre for Law, Economics and Society CLES. Faculty of Laws, UCL. CLES Working Paper Series 3/2013. Enero de 2013.
- Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, United Brands c. Comisión, dictada en el asunto 27/76 (Rec.1978, p. 207).
- Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, publicada en el DO de la Comunidad Económica Europea. N° C 372, del 9 de setiembre de 1997.
- ECHEVERRÍA, David. Beneficios Sociales que genera la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Superintendencia de Control de Poder de Mercado. En: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/01/1.6.-David-Echeverr%C3%ADa-Presentaci%C3%B3n-beneficios-LORCPM-15-de-enero-2014.pdf>
- Decreto Ley 25868
- RUIZ, Gonzalo. La Nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: Acotando la Discrecionalidad de la Autoridad de Competencia. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12, Año 7.
- Código Penal, Decreto Legislativo 635.
- OECD. El Control de Concentraciones Empresariales. En: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Protección de la Competencia. En: <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>.
- BRUNECKIENE, Jurgita. The Impact of Cartels on National Economy and Competitiveness. Ed Springer.
- MOSTAJO, Jorge. Prácticas Anticompetitivas y Derecho de la Competencia en Bolivia. Boletín Latinoamericano de Competencia. N°32, 2012. En: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_32_es.pdf.
- VELASQUEZ, Manuel. Ética en los negocios: conceptos y casos. Ed Pearson Educación, 2008.
- SONNENFELD, Jeffrey and LAWRENCE, Paul. ¿Why do companies succumb to price fixing? En: <https://hbr.org/1978/07/why-do-companies-succumb-to-price-fixing>.

- SCOTT, Stephen. Follow the leader. The effects on situational and power control. En: <http://starlingtrust.com/follow-the-leader-the-effects-of-situational-power-and-control/>.
- OECD. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. (2002)
- OECD. Cartels and anticompetitive agreements. En: <http://www.oecd.org/competition/cartels/>
- CONNOR, John M. Price Fixing Overcharges. 2010. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1610262.
- OECD. Reports: HardCoreCartels 2000. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>.
- Resolución 020-97-INDECOPI/CLC
- Informe 008-2002-INDECOPI/CLC
- Informe 051-2010/CLC-INDECOPI
- Resolución 036-2004-INDECOPI/CLC
- INDECOPI. Boletín de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. En: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/197143/Boletin_2014-1.pdf/876b37c5-0b87-4312-8f0d-caefd7000be9.
- Resolución 015-2011/ST-CLC-INDECOPI.
- Resolución 015-2014/ST-CLC-INDECOPI.
- WORD REFERENCE. Disponible en: <http://www.wordreference.com/es/translation.asp?tranword=enforcement>.
- FALLA, Alejandro. ¿Zanahoria o garrote: de qué depende?: De los estilos de enforcement de la regulación. En: "Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General," libro tributo a José Alberto Bustamante Belaunde, Apuntes de Derecho y Economía, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009.
- BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. <http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=tp&tid=7>.
- HIGA, César y Francisco SIGUEÑAS. Incentivos para el cumplimiento de la Ley De Represión De Conductas Anticompetitivas. Compromiso de cese, exoneración de responsabilidad y sanción en los procedimientos por infracción a las normas de libre competencia. En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Año 8, número 14, 2012.
- POLINSKY, Mitchell y Steven SHAVELL. The Theory of Public Enforcement of Law. En: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/07-Polinsky-Shavell-Public%20Enforcement%20of%20Law-Hdbk%20LE.pdf>.
- ASHURST. Dawn raids: dealing with inspections by competition authorities. En: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewiRkr3trtDLAhXH4iYKHQpZC0EQFggbMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.ashurst.com%2Fdoc.aspx%3Fid_Resource%3D8438&usq=AFQjCNFapnoZ_xR597afYRfYI3potNKPvQ
- Informe 040-2015/ST-CLC-INDECOPI
- DÁVILA, Santiago. ¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracción? En: Revista de Economía y Derecho Vol 9 Nro 35, UPC.

- Decreto Legislativo 701
- BOOMEN, Marcus. The Effectiveness and Ethics of Economic Sanctions. En: <http://sevenpillarsinstitute.org/essays/effectiveness-and-ethics-of-economic-sanctions>
- El papel higiénico en Chile: Correos entre altos ejecutivos develan nuevos detalles de colusión. En: <http://peru21.pe/mundo/cartel-papel-higienico-remece-chile-esta-historia-completa-2231398>.
- El cartel del confort: el papel higiénico que ensucia la imagen empresarial en Chile. En: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151029_chile_cartel_del_confort_papel_higienico_ilm.
- EYAL, Doron. The Oxford Handbook of Behavioral Economics. Oxford University Press.
- CARNEVALI, Raúl. Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext.
- Informe Técnico 025-2015/ST-CLC-INDECOPI.
- European Commission: Leniency. En: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>.
- WISH, Richard. Leniency: Introduction, terminology and history. International Competition Network. Kings College London. En: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/sq%201%20call%20series/leniency%20-%20introduction,%20terminology%20and%20history.pdf>.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy. En: Anti-Cartel Enforcement Manual (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>).
- GARCÍA, Javier. Mechanism Design o Reverse Game Theory: Una Propuesta para la Asignación Eficiente de Obras Públicas de Infraestructura en el Perú. En: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6702>.
- PARRA-GARCÍA, Eduardo y otros. Elección en palomas: Un análisis a través del dilema del prisionero. En: Acta Comportamental. Vol 22, num 3.
- LESLIE, Christopher. Antitrust Amnesty, Game Theory and Cartel Stability. En: <http://lesliecaton.com/wordpress/wp-content/uploads/2012/01/10-LESLIE-FINAL.pdf>.
- MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. University of California – Berkeley. 2007. En: http://eml.berkeley.edu/~webfac/gilbert/e221_f07/miller.pdf.
- Nota Sucinta del inicio del procedimiento administrativo sancionador por colusión en el mercado de papel higiénico en Perú. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/197841/Nota+24/4c1bb540-1834-4b8f-bf05-d83ef4975c06>.
- LEVENSTEIN, Margaret y SUSLOW, Valerie. What determines cartel success? Journal of Economic Literature Vol 44 (Marzo 2006)

- HARRINGTON, Joseph y otros. The discontent cartel member and cartel collapse: The case of the German cement cartel. *International Journal of Industrial Organization* 42 (2015)
- MARINUS, Bastian. Essays of Theory of Collusion. En: <http://www.rug.nl/research/portal/files/10372652/12complete.pdf>. En: dissertations.uu.nl/FILES/faculties/feb/2009/b.m.../12complete.pdf.
- GROSSMAN, Peter Z. How cartels endure and how they fail: studies of industrial collusion. Edward Elgar Publishing.
- HAMMOND, Scott (DOJ – Antitrust Division), Fighting Cartels - Why And How?, Lessons Common To Detecting And Deterring Cartel Activity, The 3rd Nordic Competition Policy Conference, Setiembre 2000.
- LYNCH, Niall E. Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective. P 1 Latham & Watkins. En: <https://www.lw.com/presentations/immunity-in-criminal-cartel-investigations-us-perspective>.
- WALLACE, Kate. To Cooperate Or Not: Obtaining Amnesty Under The DOJ's Corporate Leniency Policy. Jones Day. En: <http://www.jonesday.com/files/Publication/8edab167-d0d4-4264-8657-22df273e6a65/Presentation/PublicationAttachment/65c82d88-8a6d-49a3-ac6b-283f85f7f302/wallace.pdf>
- ARP, D Jarret y SWAFF, Christof. Immunity from Fines for Cartel Conduct Under the European Commission's New Leniency Notice. 2002 En: http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/EU_Leniency_Notice.pdf.
- EUROPEAN COMMISSION. Competition: Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report cartels. En: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1705_en.htm?locale=en.
- CARMELIET, Tine. How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentivos to blow the whistle. En: <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/48n3/carmeliet.pdf>.
- PRACTICAL LAW. Cartel Leniency in EU: overview. En: <http://uk.practicallaw.com/0-517-4976?source=relatedcontent#a864850>.
- Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi
- INDECOPI. El Indecopi publica para comentarios el Proyecto de Guía del Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/proyecto-de-guia-del-programa-de-clemencia>.
- PUENTE, Germán. Los Programas de Clemencia en el Derecho de la Competencia. En: <http://zaquan.unizar.es/record/31855/files/TAZ-TFG-2015-550.pdf>
- INDECOPI. Proyecto de Guía de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/435397/Proyecto+Gui%C2%B4a+de+Clemencia+%5BVF+EN+ESPA%C3%91OL%5D.pdf/d0939ad5-df3b-40ef-a867-9effe175fb0a->
- OECD. Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. PolicyBrief.P2. En: <http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>
- MOTTA, Massimo y POLO, Michele. Leniency Programs and Cartel Prosecution. En: *International Journal of Industrial Organization*. Ed Elsevier.

- EUR-LEX. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. En:[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)).
- COMPETITION BUREAU. Leniency Program: Frequently Asked Questions. En: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03593.html>.
- Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control
- BOS, Iwan y WANDSCHNEIDER, Frederick. Cartel ringleaders and the corporate leniency program. Centre for Competition Policy. En: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8253131/CCP+Working+Paper+11-13.pdf/9bb116b7-0026-4e48-9bb2-48308f4dad3>.
- Asked Questions Regarding the Antitrust Divisions Leniency Program and Model Leniency Letters. En: <https://www.justice.gov/atr/frequently-asked-questions-regarding-antitrust-divisions-leniency-program>. HAMMOND, Scott y BARNET, Belinda. Frekently program.
- Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC
- Ley de Procedimiento Administrativo General
- PALACIOS, Enrique y Miguel LUQUE. Las medidas correctivas y la defensa de la Competencia: la experiencia peruana. En: <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario04/Art18/ANUARIO%20ANDINO%20ART18.pdf>.
- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
- OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. Algunos conceptos sobre la teoría de las obligaciones. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Algunos%20conceptos%20sobre%20la%20teoria%20general%20de%20obligaciones.pdf>
- UNCTAD MENA PROGRAMME. Competition Guidelines: Leniency Programme. En: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2016d3_en.pdf
- HUAPAYA, Ramón. Potestad sancionadora y medidas correctivas. En: <http://www.revistaderechoysociedad.org/docs/diapos/sancionador5.págt>
- Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor
- Informe 020-2009/ST-CLC-INDECOPI.
- OECD. Policy Roindutables: Leniency for Subsequent Applicants. 2012. En:<http://www.oecd.org/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>.
- CLARKE, Osborne. The EU Damages Action Directive. En: http://www.osborneclarke.com/media/filer_public/28/2a/282a0ac7-4563-4b77-afff-83c283d357cf/the_eu_damages_actions_directive.pdf
- WAGNER-VON PAPÁG, Florian. Sie-Mens sana: Contribution between jointly and severally liable companies, and contribution between jointly and severally liable undertakings. En: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/aes2014-sie-mens_sana_contribution.pdf.

- BACHER, Gustav. Limitation of liability of the leniency applicant and calculation of amount of damages in the new hungarian legislation. En: http://www.ligue.org/uploads/documents/bacher_leniency_amendment_of_the_competition_act_080901.doc.
- INDECOPI. Preguntas Frecuentes: Procedimiento Administrativo Sancionador sobre Conductas Anticompetitivas. En: <https://www.indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/preguntas-frecuentes>.
- O'NEIL, Cecilia. Indecopi y el dilema del prisionero. En: El Cristal Roto. Análisis Económico del Derecho. <https://blogcristalroto.wordpress.com/2011/08/10/indecopi-y-el-dilema-del-prisionero/>.
- HIPERDERECHO. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En: http://www.hiperderecho.org/wp-content/uploads/2015/09/EXP_MOTIVOS_DLEG_1205.pdf
- PRACTICAL LAW. Cartel Leniency in Colombia: overview. En: <http://uk.practicallaw.com/0-628-5006>.
- MARTYNISZYN, Marek. Leniency (Amnesty) Plus: A Building Block or a Trojan Horse. Ed Queen's University Belfast, School of Law Research Paper No. 2014-10.
- ZUÑIGA, Mario. Peru; Antitrust Law sharpens its teeth against cartels: Too little... not too late. p 3. En: <http://www.concurrences.com/Journal/Issues/No-1-2016/Peru-Antitrust-law-sharpens-its?lang=en>.
- SD Hammond y BA Barnett, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters (2008) En: www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf
- STUCKE, Maurice. Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency. En: http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/11_-_stucke.pdf.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Global Corruption Barometer 2013 Report. En: <http://www.transparency.org/gcb2013/report>
- PROÉTICA. Novena Encuesta Nacional sobre Corrupción – 2015. En: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0BFA0AA1A3A42EAC05257F17005BC149/\\$FILE/292794637-Informe-de-resultados-Encuesta-Nacional-sobre-Corrupcion-2015.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0BFA0AA1A3A42EAC05257F17005BC149/$FILE/292794637-Informe-de-resultados-Encuesta-Nacional-sobre-Corrupcion-2015.pdf).
- CHANAMÉ, Raúl. La necesidad del cambio en el Poder Judicial. Reforma Judicial. En: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/csociales/ep_desarrollo/necesidad.htm
- RPÁG Noticias. Así está el Perú: Poder Judicial es la segunda institución con más rechazo. En: <http://rpág.pe/politica/elecciones/asi-esta-el-peru-poder-judicial-es-la-segunda-institucion-con-mas-rechazo-noticia-946086>.
- STIGLER, George. A Theory of Oligopoly. The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue 1, 1964.
- ROJAS, Fredy. Alcances y Cuestiones Generales del Procedimiento Especial de Colaboración Eficaz en el Nuevo Código Procesal Penal. Revista Derecho & Sociedad número 39.

- ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption and the criminal law. En: http://www.unodc.org/pdf/crime/publications/corruption_criminal_law.pdf.
- ARP, D Jarret y SWAFF, Christof. Immunity from Fines for Cartel Conduct Under the European Commission's New Leniency Notice. 2002 En: http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/EU_Leniency_Notice.pdf.
- OECD. Policy Roundtables: Resale Price Maintenance. En: <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>
- INDECOPI. Guía de Programa de Clemencia. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>

