

La colaboración eficaz y la libre competencia: INDECOPI atrapado en el dilema del prisionero

Cecilia O'Neill de la Fuente*

En el presente artículo, la profesora Cecilia O'Neill analiza la regulación de los pedidos de clemencia (colaboración eficaz) en la norma peruana de represión de conductas anticompetitivas aplicable a las infracciones a la libre competencia. Considera que estos programas han dado un paso adelante, pero que aún quedan cosas para mejorar y hacer más efectiva la lucha contra las conductas colusorias.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por University of Pennsylvania. Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Jefa del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico.

La colaboración eficaz y la libre competencia: INDECOPI atrapado en el dilema del prisionero

Cuentan que en la época de Stalin el director de una orquesta soviética viajaba por tren dirigiéndose a su siguiente presentación, y mientras leía las partituras de la melodía a ser presentada esa noche, dos oficiales de la KGB asumieron que lo que leía era un código secreto y lo arrestaron por espía. El director de orquesta replicó que se trataba de un concierto para violín de Tchaikovsky. En el segundo día de arresto le “recomendaron” que diga lo que estaba pasando porque habían capturado a su cómplice Tchaikovsky y que éste ya estaba “hablando”¹.

Esa anécdota, cierta o falsa, alude a lo que en Teoría de Juegos se llama “el dilema del prisionero”, que ayuda a predecir cómo se comportarían las personas en determinadas circunstancias y ayuda por tanto al legislador a implementar todo tipo de políticas públicas. En el caso que ahora nos ocupa, el dilema del prisionero permite entender por qué el legislador peruano, como el de otras jurisdicciones, ha creado un incentivo para evitar los efectos de las sanciones aplicables a conductas anticompetitivas a cambio de brindar información que coloque a la autoridad en mejor posición para identificarlas y sancionarlas.

I. ¿QUÉ ESTAMOS COMBATIENDO?.-

Los cárteles son acuerdos entre competidores que pretenden alcanzar niveles de precios superiores a los que se corresponderían en condiciones de competencia, mediante la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto del mercado u otras modalidades de efecto equivalente. Son particularmente dañinos para la economía, pues el aumento artificial de precios y la reducción de la competencia disminuyen los incentivos para innovar y operar con eficiencia².

¹ Avinash K Dixit. y Barry J Nalebuff,. Thinking Strategically.The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life. W. W. Norton & Company, New York – London, 1993. Páginas 11-12.

² Aunque en este artículo nos referimos básicamente a los cárteles, las afirmaciones contenidas en él son también aplicables, en lo que corresponda, a otras manifestaciones de infracciones a la libre competencia.

Los cárteles son pues las peores restricciones a la competencia y por tanto no tienen defensa posible, ya que impiden el desarrollo de procesos de selección natural de los que sobrevivan los más eficientes.

«La Comisión Europea ha estimado que la existencia de un cártel en una industria determinada redundaría en un incremento medio del 10% en los precios (en algunos casos, dicho incremento se sitúa en el 30%-50%) y en una reducción media de la cantidad producida del 20%»³

La necesidad de implementar medidas innovadoras y eficaces para luchar contra ellos es indiscutible, y las políticas de clemencia han demostrado que correctamente diseñadas y aplicadas, lo son.

Quebrar el secreto inherente a los cárteles es el desafío de las autoridades que se enfrentan a ellos. Una forma de lograrlo es crear incentivos para brindar información de primera mano, a cambio de una promesa de menores sanciones o incluso de la exoneración de sanción. Este incentivo es articulado mediante "programas de clemencia" o *leniency programs*, que en la versión peruana se presenta en dos vertientes: el compromiso de cese y la exoneración de sanción.

Nos ocuparemos brevemente de la exoneración de sanción regulada en el artículo 26 del Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Como veremos más adelante, ante lo que en general nos parece una correcta regulación de este incentivo, no tenemos mayores objeciones.

Respecto de lo que sí tenemos más comentarios y sugerencias, es del compromiso de cese, regulado en el artículo 25º del Decreto Legislativo 1034.

El compromiso de cese permite a quien viene siendo investigado por una presunta infracción, suspender la investigación para evitar que despliegue todas sus consecuencias (sufrir una potencial sanción), a cambio de detener o modificar voluntariamente su conducta.

Aunque la norma no lo diga expresamente, es evidente que el compromiso de cese no opera respecto de actos consumados.

«Debe observarse, sin embargo, que la figura aquí analizada no se presta a ser aplicada respecto de conductas que ya han agotado totalmente sus efectos. Dado que el compromiso está destinado al

³ Fernando Jiménez Latorre. Nera Economic Consulting. La Persecución de los Cárteles: la Política de Clemencia. Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia. Madrid, noviembre de 2004.

www.nera.com/image/La_persecucion_Jimenez_Nov_2004.pdf

cese inmediato o gradual de determinados hechos o a la modificación de aspectos relacionados con éstos, carecería de consecuencias posibles respecto de los actos ya plenamente consumados»⁴.

El investigado y la autoridad negocian en un plano de igualdad, para asegurarse de que los términos del compromiso sean satisfactorios para ambas "partes". Si la negociación es exitosa, gana el investigado porque evita la prosecución del procedimiento y la imposición de una sanción. Gana la autoridad pues evita desplegar recursos en una investigación que en materia de libre competencia es por naturaleza costosa y a veces hasta inocua, ante la dificultad de obtener material probatorio.

Esta dificultad se debe a que las infracciones a la libre competencia suelen expresarse mediante la existencia y mantenimiento de cárteles, que son difíciles de dismantelar, debido al secreto que se les imprime. En efecto, lejos de querer acreditar la existencia del acuerdo, como ocurriría con cualquier contrato lícito, quienes conforman el cártel se esfuerzan por lograr precisamente lo contrario: dejar la menor cantidad de huellas posibles para que la detección sea difícil. Suele haber pues graves problemas de probanza que generan un gran desequilibrio entre los esfuerzos de la autoridad y la conducta de los involucrados.

De allí que no pueda pedirse que estos acuerdos se acrediten con pruebas directas, pues ello equivaldría a dotarlos de impunidad. Por el contrario, en la lucha contra los cárteles es plenamente aplicable la prueba indiciaria, que se presenta cuando se acreditan hechos ciertos que apuntando a la misma dirección, nos llevan a la conclusión de que son altas las probabilidades de que un hecho incierto sí se produjo, hasta el punto que las explicaciones distintas deben ser descartadas por parecer absurdas. En el caso de prácticas colusorias, el uso de los indicios puede conducirnos a la conclusión de que, por ejemplo, la única explicación lógica a la evolución paralela de los precios o a la existencia de beneficios extraordinarios, es la coordinación del comportamiento⁵.

Una de las objeciones al programa de clemencia es que la actitud óptima de los operadores legales frente a las infracciones tendría que ser la adopción de

⁴ Guillermo Cabanellas. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 2005. Página 770.

⁵ Esto tiene que tomarse con pinzas, pues es posible que se presenten situaciones de estructuras de costos similares, comportamiento de seguimiento del líder, etc., que ofrezcan una explicación diferente.

acciones vigorosas contra ellas, incluyendo las infracciones contra la libre competencia. Sin embargo, se trata de una objeción sin sustento, pues de lo que se trata al armar políticas legislativas es de establecer prioridades y de balancear los costos y beneficios, que en ciertos casos pueden presentar a las autoridades como aparentemente cómplices de los infractores, cuando en realidad una política de colaboración, siempre que sea bien diseñada, es una eficaz herramienta de lucha contra los cárteles.

Así, aunque podría parecer injusto que un infractor evite las consecuencias de su conducta mediante la confesión, tratándose de infracciones cometidas a través de cárteles, en los que participan diversos agentes y las dificultades probatorias son considerables, razones de eficiencia compensan largamente dicha preocupación.

No olvidemos que para imputar responsabilidad a un agente económico, tanto civil como penal o administrativa, debe acreditarse un elemento central: la causalidad entre la conducta y el daño o infracción cometidos. Probar esto, en determinadas circunstancias, puede ser muy oneroso. Las políticas de clemencia, expresadas en sus ambas vertientes (compromiso de cese y exoneración de sanción) han probado ser herramientas eficaces para ahorrar los costos y esfuerzos de determinar dicho nexo causal, y por tanto, para la detección y persecución de las conductas anticompetitivas.

II. CLEMENCIA MEDIANTE LA EXONERACIÓN DE SANCIÓN.-

2.1 Comparación de los Decretos Legislativos N° 701 y N° 1034.-

Fue el Decreto Legislativo N° 807 el que, modificando el artículo 20° del Decreto Legislativo 701, incorporó la exoneración de sanción como herramienta para incentivar la colaboración con la autoridad de competencia para el desmantelamiento de cárteles. Así, el último párrafo del artículo 20° del Decreto Legislativo 701 señalaba que:

«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 contener 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».

Actualmente, el Capítulo III del Decreto Legislativo 1034, que regula las políticas de clemencia ("Del Compromiso de Cese y la Solicitud de Exoneración de Sanción"), señala en el artículo 26°:

«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».

Son básicamente tres las semejanzas y tres las diferencias sustanciales entre ambas versiones de la exoneración de sanción como mecanismo de colaboración con las autoridades de competencia.

Ambas versiones se parecen en que:

- (i) Para gozar del beneficio debe aportarse elementos de prueba que sean determinantes para sancionar a los responsables.
- (ii) Las autoridades que conocen del procedimiento deben guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas, bajo responsabilidad funcional.
- (iii) Ninguna autoridad administrativa o judicial podrá seguir o iniciar procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos contra el beneficiado por la exoneración de la sanción.

De otro lado, las diferencias entre el Decreto Legislativo 701 y el Decreto Legislativo 1034 en lo que se refiere a la exoneración de sanción son:

- (i) Correctamente la actual norma denomina a este beneficio "exoneración de sanción" y no "exoneración de responsabilidad", pues el beneficio consiste en liberar al interesado de la sanción que correspondería por su actuar ilícito, sin que por ello la conducta deje de ser antijurídica.
- (ii) También correctamente, la nueva norma señala específicamente que la aprobación de la exoneración de la sanción no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados, por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado.
- (iii) Finalmente, la diferencia más importante es que el Decreto Legislativo 1034 establece como requisito para gozar del beneficio, ser el primero de los involucrados en colaborar con la autoridad. Como veremos a continuación, la nueva versión de la exoneración de sanción incorpora un incentivo diseñado a partir de lo que en Teoría de Juegos se conoce como el dilema del prisionero: quien traiciona primero a los demás integrantes del cártel obtiene un beneficio mayor.

2.2 La exoneración de sanción y la Teoría de Juegos.-

La exoneración de sanción es expresión concreta del dilema del prisionero, que es el mecanismo de creación de incentivos más conocido de la Teoría de Juegos. En este juego, los prisioneros terminan traicionándose porque vale la pena convertirse en soplón: como sólo el primero que brinde información será premiado con inmunidad, existen fuertes incentivos para que cada uno de los investigados pretenda ser el primero en confesar.

Recordemos la anécdota de Tchaikovsky: los oficiales de la KGB, ignorantes en música clásica, creyeron que podían presionar al director de la orquesta, haciéndole creer que su cómplice Tchaikovsky ya estaba “hablando”.

La anécdota se entiende mejor si tenemos en cuenta que la Teoría de Juegos es un conjunto de herramientas y un lenguaje para describir el comportamiento estratégico. Tanto los oficiales de la KGB como el legislador peruano pretenden crear un incentivo para que quien tiene información valiosa decida entregarla a las autoridades. La Teoría de Juegos brinda las herramientas para ello porque ayuda a entender que al tomar una decisión (entregar la información), a una persona le gustaría saber cómo se comportará una segunda persona; y a esta última, por cierto, le gustaría saber lo mismo.

La exoneración de sanción es una política de clemencia y de colaboración con la autoridad de competencia cuyo diseño:

«ha tenido muy en cuenta el esquema que la teoría de juegos le da al denominado dilema del prisionero (...). De esta manera, se establecen incentivos para que cada agente económico procesado procure ser el primero en confesar y para que procure entregar la mayor cantidad de evidencias posibles sobre la conducta anticompetitiva investigada»⁶.

En su versión más simple, el dilema del prisionero puede explicarse con un ejemplo muy sencillo: dos personas que han cometido un delito grave son detenidas, y dependiendo del comportamiento estratégico de cada uno, es posible lograr tres resultados:

⁶ Pierino Stucchi López Raygada. El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). En: THEMIS – Revista de Derecho, N° 56. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2008. Página 326.

- (i) Si ambos confiesan, el fiscal procesará a ambos por el delito más grave, pero no pediría la pena máxima sino que obtendrán una pena moderada de seis años.
- (ii) Si sólo uno de ellos confiesa, el prisionero que lo hace saldría libre y el otro sería condenado por el delito grave, recibiendo la pena máxima de diez años en prisión.
- (iii) Si ninguno confiesa, el fiscal puede condenar a ambos por un delito menor: irán a prisión por dos años.

Como se ve en el cuadro siguiente: si ambos prisioneros confiesan, obtendrán una pena moderada (ver celda inferior derecha); si sólo uno lo hace, sólo quien confiesa obtendrá la inmunidad, mientras que el otro será condenado con la pena mayor (ver celdas diagonalmente opuestas); y si ninguno de los dos confiesa, ambos serán condenados por un delito menor (ver celda superior izquierda)⁷.

Prisioneros 1 y 2	No confiesa	Confiesa
No confiesa	-2, -2	-10, 0
Confiesa	0, -10	-6, -6

El juego se soluciona partiendo de las siguientes premisas: (i) todos los individuos queremos maximizar nuestras ganancias, de modo que el único objetivo de cada prisionero es minimizar el tiempo que pasará en prisión; (ii) cada prisionero es indiferente respecto de cuánto tiempo pase el otro en prisión; (iii) los elementos de altruismo o de rencor son ignorados; (iv) también se ignoran los problemas que surgirían si alguno se preocupara por adquirir la reputación de soplón o si tuviera miedo a las represalias por la confesión; y, (v) se asume que ninguno de los dos prisioneros tiene forma de comunicarse con el otro.

Es evidente que ambos estarían mejor si guardaran silencio (ambos lograrían una pena de dos años), pero partiendo de las premisas anteriores, su interés

⁷ Sobre este tema, ver: Randal C. Picker, Una introducción a la teoría de juegos y el Derecho. En: El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima, 2002.

individual los llevará a confesar. Eso significa que cada prisionero tiene una “estrategia dominante” porque cada uno está mejor si confiesa, sin importar lo que haga el otro. Así, cada uno podría pensar en dos posibilidades: (i) si el otro prisionero ha decidido guardar silencio, es mejor confesar pues no ir a prisión es mejor que ir dos años; y, (ii) si el otro prisionero ha decidido confesar, también es mejor hacerlo pues seis años de prisión es mejor que diez.

Lo que muestra el dilema es entonces que la incertidumbre o falta de información sobre la conducta del cómplice genera que se alcance un resultado que no es el óptimo para ambos. Recogiendo experiencias internacionales, y conociendo las ventajas de “aislar” a los prisioneros para obtener su colaboración, el legislador peruano ha usado la aplicación más conocida de la Teoría de Juegos para incentivar a los prisioneros a “hablar” y a colaborar con las autoridades de competencia en la labor de dismantelar cárteles. Aplicar las enseñanzas de este juego para combatir las prácticas anticompetitivas es ideal, pues además de ser difíciles de detectar, los cárteles deben encontrar formas para reducir la producción y elevar el precio, enfrentándose al mismo tiempo a las nada desdeñables tentaciones de sus integrantes para delatar y ganar más a expensas de los otros.

Nótese que lo interesante del dilema del prisionero es que como en otros asuntos en economía y de política, se trata de juegos de suma cero: una persona gana a costa de la pérdida de otras⁸.

Específicamente en la lucha para dismantelar cárteles, la exoneración de sanción basada en la regla *first come, first served* inspirada en el dilema del prisionero, es una herramienta esencial para que esa lucha sea exitosa. Luego veremos qué más hay que hacer para perfeccionar esta herramienta.

⁸ En efecto, los políticos también son prisioneros del mismo dilema. En 1984 había un alto déficit presupuestario en Estados Unidos, de modo que era necesario efectuar recortes en el gasto y un significativo aumento de impuestos. Sin embargo, ninguno de los dos partidos estaba dispuesto a pagar el precio político de ejercer abiertamente el liderazgo para llevar a cabo esas medidas. De hecho, el candidato demócrata Walter Mondale, sustentó en ello su campaña y perdió ante el republicano Ronald Reagan. Ambos partidos tenían varias alternativas: que sólo uno de ellos haga algo (alto precio político); que ninguno haga nada (malo para el país); o, que ambos compartan la toma de decisión en el Congreso (el mejor resultado posible). El Congreso norteamericano emitió la Ley Gramm-Rudman-Hollings, que ordenó tomar en el futuro medidas para reducir el déficit (aunque su eficacia ha sido cuestionada). Ver: Avinash K Dixit. y Barry J Nalebuff. Thinking Strategically. The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life. W. W. Norton & Company, New York – London, 1993. Páginas 93 y siguientes.

Pero si no la tuviéramos, podría ocurrir lo que pasó a Khrushchev⁹ en el Vigésimo Congreso del Partido Comunista Soviético. Mientras denunciaba en un dramático discurso las matanzas practicadas por Stalin, alguien en el público preguntó qué había estado haciendo él durante todo ese tiempo. Khrushchev respondió pidiendo que dicha persona se ponga de pie y se identifique. Nadie respondió. Khrushchev replicó: "yo también estaba haciendo lo mismo"¹⁰.

III. CLEMENCIA MEDIANTE EL COMPROMISO DE CESE

3.1 Comparación de los Decretos Legislativos N° 701 y N° 1034

Como la exoneración de sanción, el compromiso de cese no es una herramienta nueva, sino que también fue parte de la política de clemencia incorporada en el artículo 20° del Decreto Legislativo 701, según el cual:

«Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

La Secretaría evaluará la propuesta y en caso de estimarla satisfactoria propondrá a la Comisión la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o la denegatoria de la propuesta.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Asimismo, la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento».

Por su parte, el Decreto Legislativo 1034 regula el compromiso de cese en el artículo 25°, según el cual:

«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, el presunto o presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

25.2. La solicitud de compromiso de cese se tramitará en cuaderno aparte, siendo accesorio del expediente principal.

⁹ Nikita Khrushchev ocupó el cargo de Secretario General del Partido Comunista Soviético entre 1953 y 1964, luego de la muerte de Joseph Stalin. Su principal aporte fue "desestalinizar" la Unión Soviética mediante la incorporación de algunas reformas liberales.

¹⁰ Avinash K Dixit. y Barry J Nalebuff,. Thinking Strategically. The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life. W. W. Norton & Company, New York – London, 1993. Página 7.

25.3. Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

(a) Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese;

(b) Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y 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; y,

(c) Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.

25.4. La Secretaría Técnica evaluará la propuesta y, en caso de estimarla satisfactoria, propondrá a la Comisión la suspensión del procedimiento administrativo principal, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnable debido a su naturaleza eminentemente discrecional.

25.5 En caso de incumplimiento del compromiso se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. El referido incumplimiento será tratado como una infracción grave, por lo que la Comisión podrá imponer al denunciado una multa de hasta mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias.

25.6. Las declaraciones e información que los investigados aporten en el procedimiento de solicitud de compromiso de cese no podrán ser utilizadas en el expediente principal del procedimiento de investigación y sanción de la conducta anticompetitiva, bajo sanción de nulidad de este último.

25.7. 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».

Como ocurre con la exoneración de sanción, también hay semejanzas y diferencias entre ambas regulaciones, y aunque también es evidente la mejora implementada por el Decreto Legislativo 1034 respecto a la norma anterior, luego veremos que aún quedan cosas por hacer para perfeccionar el compromiso de cese como herramienta para combatir las prácticas anticompetitivas.

Ambas versiones se parecen en que:

- (i) Establecen un plazo para acogerse al beneficio (en el caso del Decreto Legislativo 1034, no es el plazo para contestar la denuncia, sino uno de 45 días hábiles desde notificada la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento).
- (ii) El compromiso ofrecido por el investigado consiste en cesar o modificar los hechos imputados (aunque el Decreto Legislativo 1034 contiene una versión mejorada, pues dicho compromiso no debe referirse necesariamente a todos los hechos imputados sino sólo a algunos de ellos).
- (iii) El investigado también debe ofrecer la adopción de ciertas medidas para verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada (el Decreto Legislativo 1034 exige además que se garantice que no habrá reincidencia y permite ofrecer adicionalmente medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores).
- (iv) Negociado y celebrado el compromiso, se suspenden las investigaciones.
- (v) Incumplido el compromiso, se reinicia el procedimiento y se impone una sanción (el Decreto Legislativo 1034 califica el incumplimiento como grave y señala que la multa puede ser de hasta 1 000 Unidades Impositivas Tributarias - UIT).

De otro lado, las diferencias entre el Decreto Legislativo 701 y el Decreto Legislativo 1034 en lo que se refiere al compromiso de cese son:

- (i) Correctamente, el Decreto Legislativo 1034 señala que el compromiso se tramita en cuaderno aparte, lo que contribuye a garantizar la confidencialidad.

- (ii) Correctamente, según el Decreto Legislativo 1034, la información aportada en el procedimiento de compromiso de cese no podrá ser usada en el expediente principal, bajo sanción de nulidad.
- (iii) Correctamente, según el Decreto Legislativo 1034, la aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados.
- (iv) Incorrectamente, el Decreto Legislativo 1034 exige el reconocimiento de la ilicitud de los hechos imputados.
- (v) Incorrectamente, el Decreto Legislativo 1034 exige como requisito para acogerse al beneficio, que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores.
- (vi) Incorrectamente, el Decreto Legislativo 1034 señala que la decisión de conceder o no el beneficio es inimpugnable.

Revisaremos en detalle cada uno de los aciertos e imperfecciones en la regulación del compromiso de cese, además de las medidas a tomar para mejorar esta herramienta, luego de revisar su aplicación concreta en el Perú y en el exterior.

3.2 Experiencia nacional: INDECOPI.-

Los antecedentes que aquí presentamos son importantes porque ayudaron a delinear los criterios adoptados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI en materia de políticas de clemencia. Sus aciertos e imperfecciones dieron lugar a la actual versión del compromiso de cese, que como veremos más adelante, puede llegar a ser una herramienta eficaz de lucha contra las prácticas anticompetitivas, siempre que sea bien diseñada¹¹.

Los antecedentes de la aplicación del compromiso de cese en el Perú son importantes no sólo porque ayudaron a mejorar la regulación de la política de clemencia, sino porque además ayudaron a crear conciencia en los operadores económicos sobre la necesidad de respetar la libre competencia y de propiciar que los precios y condiciones de calidad de los productos y servicios sean determinados por la libre oferta y demanda.

¹¹ Hemos usado como fuente tanto las Resoluciones mencionadas en esta sección, como el Informe N° 005-2005-INDECOPI/ST-CLC.

3.2.1 Investigación de oficio contra propietarios de grifos y estaciones de servicio de Arequipa.-

En 1994 la CLC inició una investigación de oficio contra propietarios de grifos y estaciones de servicio de Arequipa por la presunta concertación en el precio de combustibles. La Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio de Arequipa, en representación de sus asociados, presentó un compromiso de cese de los hechos investigados al amparo de lo previsto en el artículo 20° del Decreto Legislativo 701.

En la solicitud se afirmó que el incremento de precios se debió a factores tales como la contratación de auditorías y seguros contra terceros, el Impuesto Mínimo a la Renta, la obligación de entregar facturas, el incremento de la remuneración mínima vital, entre otros. Sin embargo, los involucrados expresaron también que no habían tenido la voluntad de concertar y que en todo caso sólo imitaron la conducta de una de las estaciones que aumentó sus precios. Añadieron que se comprometían a no volver a actuar en contravención del Decreto Legislativo 701.

Mediante Resolución 021-94-INDECOPI/CLC del 22 de setiembre de 1994, la CLC resolvió: (i) aprobar el compromiso de cese; (ii) suspender la investigación de oficio; (iii) disponer que la referida Asociación publique un comunicado dirigido a sus asociados señalando que ellos son libres para establecer sus precios en función a la oferta y demanda y en ningún caso como consecuencia de una concertación; (iv) disponer que durante doce meses cada uno de los denunciados remita una copia de la lista de precios de sus combustibles, que permita apreciar a la autoridad los precios diferenciados; y, (v) en caso de incumplimiento, facultar a la Secretaría Técnica a reiniciar la investigación e imponer las sanciones y medidas pertinentes.

3.2.2 Procedimiento de oficio contra la Asociación de Industriales de Panadería y el señor Gilberto Hinojosa Teves.

En 1995 la CLC inició un procedimiento de oficio contra la Asociación de Industriales de Panadería y su representante, el señor Gilberto Hinojosa Teves, por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia en la modalidad de recomendaciones, al haber sugerido en medios periodísticos el incremento de los precios del "pan de labranza" y del "pan francés".

La Asociación de Industriales de Panadería presentó un compromiso de cese señalando que: (i) las declaraciones efectuadas no tuvieron como propósito trasgredir el Decreto Legislativo 701, ofreciendo no formular ningún tipo de recomendación en tal sentido; (ii) se declaraban respetuosos de la economía de mercado y de la libre competencia; (iii) se comprometían a emitir un

comunicado dirigido a sus asociados precisando que ellos son libres de establecer sus precios en función de sus propios costos y de acuerdo a la oferta y demanda; y, (iv) se comprometían a respetar las normas vigentes y abstenerse de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia contrarias al Decreto Legislativo 701.

Mediante Resolución 033-95-INDECOPI/CLC del 23 agosto de 1995, la CLC resolvió aprobar el compromiso de cese en los términos siguientes: (i) no formular ningún tipo de recomendación destinada a fijar un precio uniforme para el pan; (ii) emitir un comunicado a sus asociados precisando que son libres de establecer sus precios de venta en función a sus costos y de acuerdo a la libre oferta y demanda; (iii) respetar las normas vigentes y abstenerse de incurrir en prácticas anticompetitivas contrarias al Decreto Legislativo 701; (iv) suspender la investigación de oficio y en caso de incumplimiento, facultar a la Secretaría Técnica a reiniciarlo de manera inmediata y proponer las medidas y sanciones que aseguren el cese definitivo de la práctica; y, (v) que los solicitantes cursaran las comunicaciones a las que se habían comprometido en un plazo máximo de diez hábiles de publicada la Resolución y que publicaran un comunicado en ese sentido en un diario de circulación nacional.

3.2.3 Procedimiento de oficio contra Taxitel S.R.L., Empresa de Transportes "Fox" S.R.L., Empresa de Mototaxis Kallpay S.R.L., Asociación de Mototaxis "Andino", Asociación de Transportes Mototaxi "Taxi Tours" y Asociación de Choferes Mototaxistas de Huanta.-

El 21 de enero de 2000 la CLC inició un procedimiento de oficio contra Taxitel S.R.L., Empresa de Transportes "Fox" S.R.L., Empresa de Mototaxis Kallpay S.R.L., Asociación de Mototaxis "Andino", Asociación de Transportes Mototaxi "Taxi Tours" y la Asociación de Choferes Mototaxistas de Huanta por la presunta concertación en el precio del servicio de transporte a través de mototaxis en la ciudad de Huanta.

El 2 de junio de 2000 la Secretaría Técnica recibió el compromiso de cese suscrito por casi todos los investigados, en el cual señalaron que el acuerdo de fijación de precios no pretendía trasgredir lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701, por lo que ofrecían dejar sin efecto el acuerdo y no adoptar ningún otro que implique fijar un precio uniforme o incurrir en alguna otra figura prohibida en dicha norma.

A pesar de que el compromiso de cese no fue aprobado por la Comisión, ésta lo consideró como atenuante de la infracción, en vista de que las empresas y los gremios solicitantes reconocieron el acuerdo adoptado y se comprometieron a

no volver a adoptar otro acuerdo que infrinja el Decreto Legislativo 701, por lo que mediante Resolución 003-2000-INDECOPI/CLC del 16 de junio de 2000 la CLC declaró la existencia de la infracción pero no impuso las sanciones correspondientes.

Finalmente, la Comisión dispuso encargar a la Secretaría Técnica el seguimiento del mercado del servicio de transporte a través de mototaxis en la ciudad de Huanta a efectos de verificar el cumplimiento de las normas de libre competencia, tomando en cuenta el compromiso de cese presentado por las denunciadas.

3.2.4 Procedimiento seguido por Maersk Perú S.A. y de oficio por la Comisión contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos, Pilot Station S.A., Seawell S.A. y Pratmar S.R.L.-

En febrero de 2001 la CLC acumuló las denuncias interpuestas por Maersk Perú S.A. y de oficio contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos, Pilot Station S.A., Seawell S.A. y Pratmar S.R.L. por la presunta comisión de prácticas colusorias en la modalidad de concertación en los servicios de practicaaje en el Terminal Portuario del Callao.

Las denunciadas negaron reiteradamente haber cometido la infracción imputada; sin embargo, el 30 de marzo de 2001 presentaron un compromiso de cese sobre los hechos investigados. En dicho documento las denunciadas no reconocían la comisión de la infracción administrativa imputada, limitándose a señalar que el comunicado emitido por dicha asociación no pretendía trasgredir el Decreto Legislativo 701 y que dicho comunicado no había sido acatado.

Mediante Resolución 012-2001-INDECOPI/CLC del 2 de mayo de 2001, la CLC denegó el compromiso de cese por las siguientes consideraciones: (i) las denunciadas no reconocieron haber concertado precios y condiciones de comercialización en el servicio de practicaaje del Terminal Portuario del Callao; (ii) el compromiso de cese podía estar siendo utilizado por las denunciadas como un mecanismo para dar por terminado el procedimiento de manera rápida sin asumir las responsabilidades por las infracciones cometidas; y, (iii) teniendo en cuenta la afectación al interés general que generaba la presunta infracción (se trataba de un servicio fundamental para el desarrollo del comercio exterior), no correspondía su aprobación.

Mediante Resolución 0791-2001/TDC-INDECOPI del 30 de noviembre de 2001, el Tribunal confirmó el pronunciamiento de la CLC y estableció los criterios que debían tenerse en consideración para la evaluación y aprobación de un compromiso de cese.

El Tribunal señaló que para determinar el grado de certeza que el compromiso de cese puede generar, se debería analizar si las condiciones del mercado investigado son tales que facilitan la realización de prácticas colusorias (tales como mercados concentrados, reducido número de vendedores, productos homogéneos e inelásticos, barreras a la entrada, etc.), para luego evaluar los siguientes criterios: (i) la existencia de indicios de dolo en la realización de las prácticas denunciadas, pues aprobar un compromiso de cese cuando hay indicios de que las prácticas investigadas se realizaron con conocimiento de que eran ilegales, generaría incentivos para que otras empresas hagan lo mismo y sólo se comprometan al cese una vez que sean detectadas, con el objeto de librarse de la sanción; (ii) el tipo de asunción de la responsabilidad, es decir, si ésta fue asumida o negada en el procedimiento, si únicamente fue asumida en el compromiso de cese, o si nunca fue asumida; (iii) si el compromiso de cese se pronuncia con relación a todas las prácticas investigadas o denunciadas; y, (iv) si el compromiso de cese contiene las medidas que adoptarán sus suscriptores para hacer efectivo el cese de los hechos denunciados.

3.2.5 Expediente N° 004-C-CLC/2004 (Confidencial).-

En este caso, mediante Resolución 055-2004-INDECOPI/CLC del 29 de setiembre de 2004 la CLC estableció un nuevo criterio:

«Que, independientemente de los criterios establecidos en las Resoluciones números 012-2001-INDECOPI/CLC y 0791-2001/TDC-INDECOPI, esta Comisión considera que un criterio que no ha sido tomado en cuenta con anterioridad (por esta Comisión, el Tribunal o la Secretaría Técnica) es que conforme a su naturaleza, los compromisos de cese sólo deben proceder frente a cárteles (u otro tipo de prácticas anticompetitivas) recientemente formados o cuya ejecución o implementación no tiene una larga duración, lo que supone obviamente que estén vigentes. De lo contrario, este mecanismo podría ser utilizado por las empresas con la finalidad de lograr una indeseable impunidad respecto de prácticas colusorias de larga duración y, por ende, perjudiciales para el interés económico general, evadiendo la sanción que eventualmente correspondería si el procedimiento respectivo continuara su curso».

La CLC estableció un criterio adicional, por el que un compromiso de cese sólo se debe aprobar tratándose de cárteles recientemente formados o de aquéllos cuya implementación no tenga larga duración en el mercado. Se pretendía con ello evitar la impunidad de quienes participaron en prácticas colusorias de larga duración, que por ende son perjudiciales para el interés económico general.

Si bien el Tribunal declaró la nulidad de la Resolución 055-2004-INDECOPI/CLC, ello se originó en un aspecto formal, esto es, la falta de pronunciamiento expreso por parte de la CLC sobre la aprobación o desaprobación del compromiso de cese. Por lo tanto, la declaración de nulidad efectuada por el Tribunal no afectó los fundamentos de la Resolución 055-004-INDECOPI/CLC.

3.2.6 Conclusión de la jurisprudencia analizada.-

Tomando en consideración la experiencia de la CLC y los criterios establecidos por el Tribunal, en principio, un compromiso de cese se debería aprobar si se verifica el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- (i) Que no haya indicios de dolo en la realización de los hechos denunciados.
- (ii) Que se reconozca la responsabilidad tanto en el procedimiento de investigación como en el compromiso de cese.
- (iii) Que el compromiso de cese se pronuncie respecto de todos los hechos denunciados.
- (iv) Que el compromiso contenga las medidas que adoptarán sus suscriptores para hacer efectivo el cese de los hechos denunciados.
- (v) Que los hechos denunciados no afecten gravemente el interés económico general.
- (vi) Que se trate de prácticas anticompetitivas recientemente implementadas o cuya ejecución no sea de larga duración en el mercado.

Los primeros cuatro criterios fueron esbozados por el Tribunal en la Resolución 0791-2001/TDC-INDECOPI del 30 de noviembre de 2001, mientras que los criterios detallados en los puntos (v) y (vi) fueron señalados por la CLC en las Resoluciones 012- 2001-INDECOPI/CLC y 055-2004-INDECOPI/CLC del 2 de mayo de 2001 y 29 de setiembre de 2004, respectivamente.

3.2.7 Análisis crítico previo a la versión actual del compromiso de cese.-

La Secretaría Técnica de la CLC emitió el Informe 005-2005-INDECOPI/ST-CLC (hemos tenido a la vista la llamada "Versión Pública") del 31 de enero de 2005 en el marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra KLM Compañía Real Holandesa de Aviación – Sucursal en el Perú y Hansaperú Consulting S.A.C., por la presunta concertación de la fecha de reducción de las comisiones pagadas a las agencias de viajes el 1 de abril de 2000" (en adelante, "el Informe Técnico").

El Informe Técnico no sólo fue expedido en relación sobre la conveniencia o no de aceptar el compromiso de cese ofrecido en el caso, sino que además realizó un análisis crítico de la jurisprudencia y los criterios entonces vigentes.

La importancia del Informe Técnico se encuentra además en que sus conclusiones fueron incorporadas en la actual versión del compromiso de cese, contenida en el artículo 25° del Decreto Legislativo 1034.

A continuación revisaremos brevemente cuál fue la posición asumida en el Informe Técnico en relación con los criterios esbozados por la CLC y por el Tribunal para delinear una política de clemencia adecuada.

a) **Inexistencia de indicios de dolo en los hechos denunciados.-**

Partiendo de las diferencias entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, el Informe Técnico prefiere usar la noción de “diligencia debida” y no de “dolo”, como parámetro de identificación de culpabilidad de los ilícitos administrativos. Añade el Informe que los administrados no están obligados a conocer todas las infracciones, de modo que su responsabilidad se determina no por sus conocimientos reales de los ilícitos sino por los conocimientos que son exigibles con el estándar de diligencia debida, lo cual varía según las circunstancias.

La Secretaría Técnica expresó sus discrepancias con la exigencia de ausencia de dolo como condición para aprobar un compromiso de cese. Así, en el párrafo 70 el Informe Técnico señaló que

«Bajo el criterio del Tribunal, un compromiso de cese sólo sería aceptado cuando el imputado justifique su conducta argumentando un “error sobre la ilicitud del hecho” (o lo denominado en el Derecho penal como “error de prohibición”), lo cual podría ser sostenido en sede administrativa, cuando por ejemplo, en atención a su entorno cultural, el sujeto no conocía o no estaba en la posibilidad de conocer la existencia del Decreto Legislativo 701 e infringe este dispositivo legal».

Añade el Informe Técnico que las prácticas anticompetitivas se realizan no sólo por quienes desconocen la existencia de las normas de competencia sino principalmente por los agentes económicos que bajo el parámetro de la diligencia debida están en capacidad de conocerlas.

Estamos de acuerdo con la Secretaría Técnica, pues precisamente los cárteles o acuerdos colusorios que se quiere dismantelar a través de compromisos de cese suelen ser realizados por quienes están en aptitud de conocer la naturaleza infractora de sus actos.

b) Reconocimiento de todos los hechos denunciados.-

La Secretaría también discrepa con este requisito pues considera innecesario que los solicitantes reconozcan todos los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite, pues podría ocurrir que sólo hayan realizado algunos de los hechos imputados.

Nosotros también discrepamos con este requisito, pero por razones distintas: no porque el reconocimiento de todos los cargos imputados sea innecesario, sino porque lo que es innecesario es el reconocimiento siquiera de alguno. Como veremos más adelante, el compromiso de cese sería una herramienta más efectiva para combatir los cárteles si los involucrados en las investigaciones no se vieran obligados a reconocer la ilicitud de los hechos imputados. Lejos de incentivar la suscripción de estos acuerdos, y ante la posibilidad de ser demandado por responsabilidad civil por los daños ocasionados, dicho reconocimiento es un elemento disuasivo para colaborar con la autoridad.

El Informe Técnico señala, por el contrario, que es una condición necesaria que la solicitud de compromiso de cese contenga el reconocimiento de al menos uno de los cargos imputados, y para sostener su posición señala que

«89.[...] no debe perderse de vista que el derecho a la no autoincriminación tiene como núcleo esencial el derecho de cualquier persona de no reconocerse como responsable de las imputaciones hechas en su contra así como el poder defenderse de ellas y refutarlas en el marco de un debido procedimiento con todas las garantías que se establecen en la Constitución y las leyes»

Este argumento sostiene más bien la posición contraria (que el reconocimiento no debería ser necesario nunca).

c) Si la responsabilidad fue asumida o negada durante el procedimiento y en el compromiso de cese.-

Para el Informe Técnico no es relevante que los denunciados hayan asumido o negado su responsabilidad en el transcurso del procedimiento principal, dado que lo fundamental es saber si aquéllos reconocen o no su responsabilidad en el ofrecimiento del compromiso de cese.

Añade el Informe que si la solicitud es desestimada, la Comisión no puede usar la información vertida en el procedimiento para sancionar al investigado en el procedimiento sancionador. Por eso el expediente se mantiene confidencial y sólo si se aprueba se hace público.

Nótese que el Informe Técnico reconoce implícitamente que hay un problema si se exige a los investigados que reconozcan la ilicitud de los hechos (en el

expediente principal) como requisito para suscribir un compromiso de cese, pues

«96. [...] si se requiere que los denunciados reconozcan previamente su responsabilidad no existirían incentivos para presentar una solicitud de compromiso de cese. En atención a esto, el trámite de la solicitud de aprobación del compromiso de cese se debe desarrollar en estricta reserva y confidencialidad, pues en caso de ser desaprobado, el reconocimiento de los hechos y los elementos de prueba recabados durante la negociación no podrían ser utilizados por la Comisión, ni por ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional, para sancionar a los infractores».

Compartimos la preocupación expresada en el Informe Técnico, con una diferencia no muy sutil: tampoco hay incentivos para presentar un compromiso de cese si el reconocimiento es requisito para acceder a él, porque lo que se gana en no pagar multas se puede perder pagando indemnizaciones. Al final, la lavada puede salir más cara que la camisa.

d) Que no se trate de una práctica anticompetitiva antigua o cuyos efectos hayan sido de larga duración en el mercado.-

La Secretaría Técnica comparte el criterio, pero añade que se debe analizar caso por caso.

Nosotros no lo compartimos. Nos guiamos más bien por el objetivo de dismantelar cárteles, sean éstos nuevos o antiguos, y sin importar tampoco si los líderes o cabecillas pueden ser beneficiados.

e) Medidas efectivas que aseguren el cese de la práctica.-

Estamos de acuerdo con el Informe Técnico en que es necesario que las medidas ofrecidas por los infractores no sólo aseguren el cese de la práctica denunciada sino que garanticen el correcto funcionamiento del mercado de modo que no se reincida en el futuro.

El Informe añade que un mecanismo eficaz es la remisión de información periódica a la CLC sobre el desarrollo de las actividades económicas de las empresas en cuestión, «sin que ello signifique la introducción de políticas regulatorias no propias de una agencia de competencia».

f) Acerca de la afectación al interés económico general.-

En el párrafo 112 del Informe Técnico, la Secretaría señala que si bien la ejecución de un cártel implica una afectación al interés económico general, debido a las características propias de la práctica imputada (cártel recién implementado o de corta duración), un compromiso de cese sería susceptible

de aprobación solamente si es leve su impacto negativo en el bienestar de los consumidores.

Discrepamos abiertamente de este requisito, pues hacia donde deben apuntar los esfuerzos para promover la competencia es a dismantelar acuerdos colusorios, que por sí mismos generan un fuerte impacto en el bienestar de los consumidores. Y si por este impacto no se puede acceder al beneficio, no se entiende muy bien entonces para qué se ha establecido.

IV. POLÍTICA DE INCENTIVOS.-

A estas alturas el lector tiene que haberse percatado de que en la lucha contra las prácticas anticompetitivas hay dos caminos posibles. El primero es el tradicional, que consiste en desplegar enormes esfuerzos en detectar, investigar y dismantelar cárteles. Dado el carácter secreto que les es típicamente inherente, y debido a las prácticas represivas implementadas al interior de aquéllos para castigar a los participantes "soplones", este camino tradicional es altamente costoso, y en ciertos casos, poco efectivo.

El segundo camino, que naturalmente no es incompatible sino complementario con el anterior, es el de diseñar un sistema de incentivos que permita a la autoridad dismantelar prácticas colusorias y recibir información de primera mano, pero a cambio de ciertos sacrificios. Se trata de la política de clemencia por la que a cambio del cese de las infracciones y de la información que necesita, la autoridad se compromete a no sancionar a los responsables.

Claro, ambos caminos requieren ser complementados con un esfuerzo adicional e insustituible por parte de la autoridad: crear una cultura de competencia, consolidar a una autoridad fuerte y proyectar la impresión de que quien no cumple -y es detectado por la autoridad o no colabora con ella- recibirá sanciones considerables.

Ahora nos estamos ocupando del segundo camino, el de la política de clemencia, que funciona esencialmente sobre la base de incentivos: propiciar el cese de las infracciones y la colaboración con las autoridades. Si los agentes involucrados no hacen ni lo uno ni lo otro, están expuestos a sanciones que como sabemos, son especialmente drásticas.

Se trata de poner los costos (dejar de sancionar) y los beneficios (cese de la conducta e información útil) en una balanza y según el resultado (déficit o superavit de ventajas) decidir qué camino tomar. Evidentemente, el infractor hará el mismo ejercicio: poner los costos (dejar el beneficio de la colusión y arriesgarse a represalias comerciales) y los beneficios (evitar la imposición de sanciones) en una balanza y según el resultado (déficit o superavit de ventajas) decidir qué camino tomar.

Ahora, cuando el legislador se enfrenta a la tarea de regular ciertas conductas (para propiciarlas o evitarlas), además de balancear las ventajas y desventajas de la medida, debe preguntarse si debe tratar de influenciar el comportamiento con incentivos positivos o negativos.

El uso de cinturones de seguridad es un ejemplo sencillo: el sistema legal puede aplicar sanciones o amenazas a quienes no lo usen, o, a la inversa, podría ofrecer recompensas a quienes lo usen (de forma similar, en un negocio de ventas se podría incentivar al equipo ofreciendo bonificaciones a los dos mejores vendedores de 15; o a la inversa, se podría aumentar el sueldo básico e imponer penalidades a los 13 empleados con el desempeño más deficiente). Para decidir qué hacer, se debe comparar el costo de administrar recompensas con el de administrar sanciones, para lo cual se debe medir cuál es el grupo más pequeño y dirigir los incentivos hacia él. Ello es así porque un grupo más pequeño permite mayor precisión en la decisión de incentivar positiva o negativamente a los involucrados en la política legislativa¹².

Sin embargo, hay casos en los que no se puede recompensar a todos los que actúan bien ni castigar a todos los que actúan mal, y ello se debe a que la precisión es costosa o casi imposible.

En el ejemplo del cinturón de seguridad, ante la falta de precisión de cuál es el grupo infractor, una de las dos alternativas posibles sería implementar una política de incentivos "positiva", recompensando a quienes sí lo usan. Ésta no parece ser una solución inteligente, pues de inmediato se generaría un incentivo perverso y un alto riesgo moral: que los conductores simplemente se paseen por las calles para ser "detectados" y premiados, conduciendo más de lo que en realidad necesitan. En tal caso, la recompensa produciría efectos secundarios que no se quisieron cuando se diseñó la política pública.

Por el contrario, es claro que si se elevaran las penalidades por no usar el cinturón, y se reforzara la noción de que la autoridad puede detectar y sancionar la infracción, quienes tienen aversión al riesgo no evitarán conducir (efecto no deseado, equivalente a conducir "en exceso" si el incentivo fuese otorgar recompensas), sino que preferirán ponerse el cinturón.

«Estas observaciones sobre los efectos secundarios como clave para entender la elección entre los incentivos positivos y negativos se extienden muy dentro del pasado del Derecho. Existen reglas en el

¹² Véase, Saul Levmore. Recompensas y responsabilidad civil extracontractual. En: El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima, 2002.

Código de Hammurabi que penalizan a quienes no mantienen los sistemas de irrigación apropiadamente. El mantenimiento podría haber sido fomentado también mediante recompensas. Sin embargo, a menos que esas recompensas estuvieran perfectamente calibradas, existía el peligro de que las personas oportunistas crearan fugas con el propósito de repararlas, además del problema de distorsionar las decisiones de ubicación debido a la expectativa de obtener recompensas. Aquí también los castigos parecen superiores a las recompensas cuando existe poca certidumbre respecto del cumplimiento de la regla o del estándar de mantenimiento. Interesantemente, el Código de Hammurabi ofrece una mezcla de incentivos a los cirujanos: una recompensa cuando tienen éxito y una penalidad cuando fracasan»¹³ (subrayado agregado).

El caso de los cárteles es una de las situaciones en las que no se puede recompensar a todos los que actúan bien ni castigar a todos los que actúan mal, pues la precisión es costosa o casi imposible: detectar y perseguir cárteles es difícil y costoso. Así, acertadamente el legislador peruano ha abierto una tercera vía: ni recompensar a los cumplidores ni sancionar a los infractores, sino abrir la posibilidad de colaborar con la autoridad.

Aunque no se les premia, los infractores evitan que se les imponga sanciones, y por su parte la autoridad, de un lado, evita desplegar esfuerzos en investigar y sancionar; y del otro, obtiene información útil que facilita la persecución contra los otros involucrados¹⁴.

V. LA POLÍTICA DE INCENTIVOS EN EL ÁMBITO PENAL.-

El tema penal es mencionado no porque las prácticas anticompetitivas estén sancionadas penalmente (de hecho, es una conducta despenalizada)¹⁵, sino

¹³ Recompensas y responsabilidad civil extracontractual. En: El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima, 2002. Página 297.

¹⁴ Algunos argumentan (Aubert, Rey y Kovacic, 2003) que el efecto desestabilizador de un programa de clemencia basado en la concesión de recompensas positivas es incluso mayor que el asociado a un sistema basado en la exoneración. Al respecto, ver: Fernando Jiménez Latorre. Nera Economic Consulting. La Persecución de los Cárteles: la Política de Clemencia. Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia. Madrid, noviembre de 2004.

¹⁵ El artículo 232° del Código Penal, que quedó sin efecto a partir del 25 de julio de 2008 por el inciso b) de la 2° Disposición Complementaria y Derogatoria del Decreto Legislativo 1034, señalaba que: «El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de la

para observar que la política de clemencia en materia penal también está basada en un esquema de incentivos, en el que tanto las autoridades como los infractores evalúan el costo y el beneficio de asumir el compromiso de colaboración mutua.

El nuevo Código Procesal Penal, publicado el 29 de junio de 2004, establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, como una expresión del "derecho penal premial", que responde a una concepción según la cual la pena que sigue a la comisión del delito no se aplica o simplemente se atenúa.

«El derecho penal premial descansa en la figura del arrepentido (...). El arrepentido reconoce ante la autoridad los hechos delictivos en que ha participado y proporciona información suficiente y eficaz, de un lado, para influir sobre la situación antijurídica producida por el delito en sus consecuencias nocivas o peligrosas, o bien, sobre los eventuales desarrollos sucesivos del delito ya realizado; y, de otro lado, para ayudar a la autoridad a buscar pruebas permitiendo en última instancia una eficaz prevención y adecuada represión del delito. Sobre esa base se otorga un premio a comportamientos que pueden definirse genéricamente como de "ayuda" ("o colaboración") a la autoridad judicial o de policía, condicionados a un previo o coetáneo distanciamiento de la actividad criminal mafiosa»¹⁶.

Son cinco los elementos que caracterizan la figura del arrepentido: (i) tiene la calidad de imputado de un delito vinculado a una organización criminal; (ii) debe brindar información a la autoridad; (iii) debe tratarse de información significativa; (iv) la finalidad de entregar esa información es colaborar en la lucha contra la criminalidad; y, (v) el arrepentido se favorece con una reducción o exención de pena.

El nuevo Código Procesal Penal, modificado por la Ley 30077 se aplica a los (i) delitos perpetrados por asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, contra la humanidad; (ii) secuestro agravado, robo agravado, abigeato agravado, así como delitos monetarios y tráfico ilícito de drogas, siempre que en todos estos casos el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva; (iii) para todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la

libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con 180 a 365 días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 2 y 4» (incapacidad para ejercer cargos públicos, y para ejercer la profesión, comercio o industria que se fije en la sentencia).

¹⁶ César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal, volumen II. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003. Páginas 1398-1399.

materia; (iii) concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros contra la fe pública y contra el orden migratorio, siempre que el delito sea cometido en concierto por una pluralidad de personas.

Tenemos entonces que el ámbito del derecho penal premial se ha ido expandiendo progresivamente, y aunque no se aplica a las prácticas anticompetitivas porque éstas han sido despenalizadas, es de utilidad al analizar la política de clemencia en materia de competencia.

La doctrina señala que son cinco los principios aplicables a los procedimientos de colaboración eficaz: (i) eficacia; (ii) proporcionalidad; (iii) condicionalidad; (iv) formalidad; y, (v) oportunidad¹⁷.

- (i) Eficacia: la colaboración del delincuente debe ser útil (identificación de fuentes de financiamiento, delación de copartícipes, pruebas eficaces, etc.); ésta es la única forma de que el interés público quede bien servido con la premialidad.
- (ii) Proporcionalidad: debe medirse el grado de colaboración con la justicia para tasar el beneficio penal que corresponde otorgar.
- (iii) Condicionalidad: los beneficios no tienen vida propia, sino que se sujetan al cumplimiento de condiciones específicas.
- (iv) Formalidad: se exige una manifestación expresa del imputado.
- (v) Oportunidad: el procedimiento de colaboración eficaz puede iniciarse en la medida que el colaborador esté procesado o condenado, aunque también puede iniciarse antes, si el sujeto está sometido a una investigación preliminar.

Por razones de justicia, los beneficios no se aplican a los dirigentes, jefes y cabecillas de las bandas o cárteles dedicados al tráfico ilícito de drogas. Como veremos más adelante, no estamos de acuerdo con pretender aplicar un criterio como éste en el diseño de políticas de clemencia en materia de competencia. En otras palabras, INDECOPI sí debería estar en capacidad de celebrar un compromiso de cese con el líder de un cártel.

San Martín menciona que algunos cuestionan «la voluntariedad de la aceptación de cargos por el imputado y de la propia negociación, pues se considera que aquél está en una posición de inferioridad frente al Fiscal, con las presiones que

¹⁷ César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal, volumen II. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003. Páginas 1402-1404.

ejerce y las amenazas de solicitar una pena mayor si no se acepta la responsabilidad»¹⁸.

En la misma línea, se señala que parecería un contrasentido “premiar” a quienes han delinquido, pero esta no deseada consecuencia en materia penal se ve compensada con la posibilidad de desarticular delitos que involucran una malla de contactos y bajas posibilidades de detección (como ocurre con las infracciones a la libre competencia), teniendo en cuenta que las organizaciones delictivas (así como los cárteles) se esconden en el anonimato u ocultamiento.

«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 implicados»¹⁹.

Como puede apreciarse, la necesidad de implementar políticas de clemencia no es privativa de la legislación de libre competencia sino además del llamado derecho penal premial. Pero como veremos a continuación, los esquemas de colaboración con las autoridades investigadoras también son aplicables en el Perú por los organismos reguladores de los servicios públicos.

Reconociendo las diferencias de roles de los organismos reguladores y de la agencia de competencia, es interesante anotar que todos tienen como función central propiciar la competencia, de modo que es útil mencionar la forma en que aquéllos pueden echar mano de la política de clemencia para optimizar sus investigaciones.

VI. LAS POLÍTICAS DE CLEMENCIA EN LOS ORGANISMOS REGULADORES.-

Seguramente la fuente de inspiración para diseñar el compromiso de cese aplicable por los organismos reguladores fue su implantación y aplicación por la agencia de competencia. A continuación veremos las variaciones en cada uno.

6.1 Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN.-

Mediante Decreto Supremo 054-2001-PCM se aprobó el Reglamento General del OSINERGMIN. El artículo 83 señala:

¹⁸ Ibid., p. 1413.

¹⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal: la Colaboración Eficaz. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004, pp. 244-245.

«Artículo 83.- Compromiso de Cese o Modificación de Actos que constituyen Infracción

Dentro del plazo fijado para formular descargos por la comisión de una infracción, el presunto responsable podrá suscribir un compromiso de cese de los hechos investigados o de la modificación de aspectos relacionados con ellos.

Si el órgano de OSINERG estimara satisfactoria la propuesta, se suspenderá el procedimiento previa firma de un compromiso conteniendo las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte, pudiendo imponerse una multa por incumplimiento, además de la que correspondiese a la infracción».

Asimismo, el artículo 35 de la Resolución de Consejo Directivo 233-2009-OS/CD, por la que se aprueba el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, señala:

«Artículo 35.- Compromiso de Cese de actos que constituyen infracción

Los órganos competentes para imponer sanciones están facultados para suscribir, previa autorización expresa de la Gerencia General, los compromisos de cese o modificación de actos que constituyen infracción a que hace mención el Artículo 83 del Reglamento General de OSINERGMIN, sujeto a lo siguiente:

35.1. El Administrado debe hacer una propuesta al Órgano Sancionador de OSINERGMIN, que contemple las medidas y actos a ser llevados a cabo por éste, que impliquen la cesación o, de ser el caso, la ejecución de determinados actos que acrediten el cese de la infracción.

35.2 No procederán los compromisos de cese en los cuales la presunta infracción pueda afectar la seguridad, salud, calidad, facturación, confiabilidad y medio ambiente de las actividades reguladas, supervisadas y fiscalizadas por OSINERGMIN.

35.3. Si el Órgano Sancionador, previa opinión del Órgano Instructor, según corresponda, estima satisfactoria la propuesta solicitará a la Gerencia General autorización para suscribir un Compromiso de Cese que contenga las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor.

35.4. El Compromiso debe proponerse dentro del plazo fijado para formular los descargos en el procedimiento administrativo

sancionador o, de ser el caso, dentro del plazo ampliatorio que conceda la autoridad.

35.5. Una vez suscrito el Compromiso, OSINERGMIN suspenderá el procedimiento administrativo sancionador, el cual se reiniciará en forma automática en caso se verifique su incumplimiento, pudiendo imponerse una multa por el incumplimiento del compromiso, además de la sanción que correspondiese por la comisión de la infracción.

35.6. Verificado el cumplimiento del Compromiso por OSINERGMIN, se procederá al archivo del procedimiento administrativo sancionador.

35.7. No se aceptará la suscripción de Compromisos en el caso de infractores que sean reincidentes o de infractores que hayan incumplido con Compromisos anteriores.

35.8. La facultad de OSINERGMIN de suscribir el Compromiso de Cese es de discrecionalidad de la Entidad y no puede ser objeto de recursos impugnativos. »

6.2 Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.-

El Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 023-2003-CD/OSITRAN establece:

«Artículo 65º: Compromiso de Cese

El presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados y/o la modificación de aspectos relacionados con ellos y/o la subsanación de la infracción, siempre que concurren los siguientes requisitos:

65.1. La infracción no consista en el incumplimiento de obligaciones que impliquen caducidad del contrato de concesión respectivo²⁰.

65.2. La infracción no haya generado grave daño a los usuarios, ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado.

65.3. El infractor no haya cometido con anterioridad una infracción idéntica a la que es materia del procedimiento, respecto de la cual se le haya impuesto una sanción por resolución administrativa firme o que haya suscrito un compromiso de cese, durante los dos (2) años inmediatos anteriores”.

[...] Artículo 69º.- Procedimiento para el Compromiso de Cese

²⁰ Es interesante, aunque no compartimos este criterio, que se haya incluido como requisito, que la infracción no consista en el incumplimiento de obligaciones que impliquen la caducidad del contrato de concesión correspondiente.

69.1 El compromiso de cese podrá presentarse dentro del plazo fijado en el numeral 66.5 para formular descargos en un procedimiento administrativo sancionador. El compromiso de cese deberá estar suscrito por el representante legal de la Entidad Prestadora.

69.2 El órgano instructor contará con un plazo de diez (10) días para poner en conocimiento del órgano resolutorio su evaluación de la propuesta, la misma que deberá adjuntar el documento que contenga el compromiso de cese. El órgano resolutorio contará con un plazo de diez (10) días para comunicar a la Entidad Prestadora su evaluación de la propuesta de compromiso de cese. En caso que el órgano resolutorio estimase satisfactoria la propuesta, emitirá una resolución que apruebe la misma, y la notificará a la Entidad Prestadora.

69.3 Es facultad del órgano resolutorio proponer modificaciones al Compromiso de Cese, las que deberán ponerse en conocimiento de la Entidad Prestadora, señalando el plazo para la remisión del Compromiso de Cese con las formalidades a que se contrae el numeral 69.1 del presente Reglamento. En caso en que en el plazo fijado, no se recibiera la propuesta alternativa firmada por el representante legal de la Entidad Prestadora, se procederá a la continuación del procedimiento administrativo sancionador, para efectos de lo cual la Entidad Prestadora contará con un plazo de cinco (05) Días para formular sus descargos, contados a partir del día siguiente de la fecha fijada para la remisión del Compromiso de Cese suscrito. La negativa a la firma del Compromiso de Cese que incorpore las modificaciones a las propuestas por el órgano resolutorio no acarreará consecuencias negativas para la Entidad Prestadora.

69.4 En caso que el órgano resolutorio desestimase la propuesta de compromiso de cese, en el plazo a que se refiere el párrafo anterior procederá a la devolución del expediente al órgano instructor para que continúe con el procedimiento administrativo sancionador. En dicho caso, el órgano instructor, deberá conceder un plazo no mayor de diez (10) días para que la Entidad Prestadora formule sus descargos.

69.5 La Entidad Prestadora incurrirá en infracción muy grave cuando incumpla con cualquiera de los términos establecidos en el Compromiso de Cese».

Vale la pena mencionar dos casos de aplicación concreta por parte de OSITRAN de la política de clemencia.

Mediante Resolución de Consejo Directivo 037-2004-CD-OSITRAN se conoció el recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General 025-2004-GG-

OSITRAN, que sancionó a Ferrocarril Transandino S.A. con 20 UIT por incumplimiento del Reglamento Marco de Acceso y la falta de registro del contrato de arrendamiento con PeruRail respecto de la estación de Pachar. Se señaló que se cumplieron las condiciones para aceptar el compromiso de cese, pues no se trataba de obligaciones sustanciales de índole contractual sino de obligaciones legales. Se acompañó evidencia de la subsanación de la conducta infractora.

De otro lado, mediante Resolución de Gerencia General 015-2004-GG-OSITRAN se aprobó la propuesta de compromiso de cese de Enapu S.A., por prácticas anticompetitivas en el Terminal Portuario de San Martín. La empresa se comprometió a que el acceso de los usuarios intermedios que brindan el servicio de remolcaje se produzca bajo los términos y condiciones aplicables en los demás terminales portuarios que se encuentran bajo la administración de Enapu S.A., sin discriminación y sin ejercer abuso de posición de dominio.

6.3 Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.-

El Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo 008-2001-PCM, señala:

«Artículo 102.- Compromiso de Cese o Modificación de Actos que constituyen Infracción

Dentro del plazo fijado para formular descargos por la comisión de una infracción, el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos.

Si el órgano funcional estimara satisfactoria la propuesta, se suspenderá el procedimiento, previa la firma de un compromiso conteniendo las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto invasor.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte, pudiendo imponerse una multa por incumplimiento».

6.4 Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS.-

El Reglamento General de la SUNASS, aprobado por Decreto Supremo 017-2001-PCM, señala:

«Artículo 68º.- Compromiso de Cese o Modificación de Actos que constituyen Infracción

Dentro del plazo fijado para formular descargos por la comisión de una infracción, el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos.

Si el órgano de la SUNASS correspondiente estimara satisfactoria la propuesta, se suspenderá el procedimiento previa firma de un compromiso conteniendo las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte, pudiendo imponerse una multa por incumplimiento».

Asimismo, el Reglamento de Infracciones y Sanciones y Escala de Multas de la SUNASS, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 003-2007-SUNASS-CD, señala:

«Artículo 36°.- Compromiso de cese de actos que constituyen Infracción

Dentro del plazo fijado para formular descargos por la comisión de una infracción, la empresa presuntamente responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados. Si la Gerencia General estimara satisfactoria la propuesta, podrá suspender el procedimiento mediante la emisión de una resolución de Gerencia General en la que se detallen las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor, así como los respectivos plazos. Para el ejercicio de esta facultad, la Gerencia General deberá tomar en cuenta el interés público y la existencia y gravedad de los daños ocasionados por la conducta de la EPS.

Transcurrido el plazo determinado en la Resolución, la GSF verificará el cumplimiento del compromiso asumido por la EPS, lo cual podrá tener como resultados:

1. Subsanación de la infracción:

La subsanación de la infracción concluye el procedimiento administrativo sancionador, para lo cual se emitirá una resolución de Gerencia General. Sin perjuicio de ello, se registrará la conducta de acuerdo al artículo 40 del presente Reglamento.

2. Incumplimiento del compromiso de cese:

Se reiniciará el procedimiento mediante resolución de Gerencia General. El incumplimiento del compromiso de cese se considerará un agravante para la determinación de la multa».

Aunque no analizamos en detalle los requisitos exigibles por cada uno de los organismos reguladores y las diferencias entre ellos en lo que se refiere al diseño de políticas de clemencia, nuestras críticas al compromiso de cese

aplicable por INDECOPI se extienden, en lo que corresponda, al compromiso de cese aplicable por aquéllos; específicamente, a la necesidad de reconocer que se cometió una infracción, y al requisito, para acceder al beneficio, que la infracción no genere grave daño a los usuarios y que no afecte severamente el interés público.

VII. EXPERIENCIA INTERNACIONAL.-

Los miembros de los cárteles saben o deberían saber que su conducta es ilegal, y en tan sentido tratarán a toda costa de evitar la detección. Por su lado, los recursos de las autoridades para investigar las infracciones suelen ser limitados. De allí que el desafío para las autoridades de competencia de todo el mundo sea penetrar el sello de seguridad –secreto de sus actividades- que suelen imponer los cárteles.

7.1 Estados Unidos.-

La División *Antitrust* del Departamento de Justicia de Estados Unidos (“DOJ”, por sus siglas en inglés) ha estado siempre a la vanguardia de los esfuerzos para propiciar la libre competencia. Su “*Corporate Leniency Policy*” fue una innovadora herramienta que se introdujo en 1978, pero sus efectos más importantes se produjeron con las reformas introducidas en agosto de 1993.

La experiencia americana revela el poder de los programas de clemencia, que pueden aumentar considerablemente el nivel de detección de los cárteles.

El *Corporate Leniency Policy* emitido por el DOJ permite otorgar clemencia (exonerar de sanción ante una conducta anticompetitiva) si ésta se solicita en la etapa de investigaciones preliminares. A continuación nos referimos a las condiciones para acceder al *Corporate Leniency Policy* de los Estados Unidos.

La Sección A regula el otorgamiento del beneficio de clemencia antes de que la investigación haya empezado, para lo cual deben cumplirse seis condiciones:

- (i) Que la División *Antitrust* (en adelante, “la División”) no haya recibido información sobre la actividad ilegal.
- (ii) Que al descubrimiento (“*upon discovery*”) de la actividad ilegal, la empresa haya tomado acciones rápidas y efectivas para terminar su participación en ella²¹.

²¹ Cabe preguntarse qué significa “descubrir” la actividad. Conocer la respuesta es más difícil en el caso de compañías equivalentes a las sociedades anónimas cerradas, en las que los ejecutivos, miembros del directorio o accionistas participan en el acuerdo colusorio. En tales casos especiales se ha sostenido que la compañía no puede acceder al

- (iii) Que la empresa reporte la infracción con franqueza ("*with candor*"), brindando información completa y continua, y que coopere con la División.
- (iv) Que la confesión sea un acto corporativo, y no sólo confesiones aisladas e individuales de los funcionarios involucrados. Para cumplir este requisito, la compañía debe tomar todas las medidas razonables para cooperar con la investigación²².
- (v) Si es posible, que se ofrezca restitución a las partes afectadas.
- (vi) Que la empresa no haya ejercido coerción para instigar a otra a participar en la actividad ilegal, siempre que la empresa claramente no haya sido el líder o iniciador de dicha actividad²³.

La Sección B regula los requisitos alternativos para acceder al *Corporate Leniency Policy*: si la empresa no cumple las anteriores seis condiciones, podrá obtener clemencia, haya o no empezado la investigación, siempre que se cumplan siete condiciones:

- (i) Que la empresa sea la primera en solicitar el otorgamiento del beneficio.
- (ii) Que la División no cuente con evidencia a su alcance que incrimine a la empresa y que permita imponerle sanciones.
- (iii) Que al descubrimiento de la actividad ilegal ("*upon discovery*"), la empresa haya tomado acciones rápidas y efectivas para terminar su participación en aquélla.

beneficio. En general, la División Antitrust considera que la empresa ha descubierto la actividad ilegal en la fecha más antigua en la que el directorio fue informado de la conducta. El propósito de esta interpretación es asegurar que el órgano que representa legalmente a la compañía tome acciones para cesar la actividad.

²² Sobre este tema, si la compañía no puede asegurar la cooperación de uno o más funcionarios, ello no necesariamente impide a la autoridad conceder la amnistía. Sin embargo, el número e importancia de los funcionarios que cooperan y las medidas tomadas por la compañía para conseguir que sí lo hagan, sí son relevantes para la autoridad.

Ver: Gary R Spratling,. *The Corporate Leniency Policy: answers to recurring questions*. April, 1998, Department of Justice:
www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.htm

²³ El programa se refiere a "el" líder o "el" iniciador de la actividad; no a "un" líder o a "un" iniciador de la actividad, de modo que si en un caso los participantes del cartel son percibidos como iguales o si dos o más compañías son consideradas como líderes, cualquiera de los participantes podría calificar para la amnistía.

- (iv) Que la empresa reporte la infracción con franqueza ("*with candor*"), brindando información completa y continua, y que coopere con la División.
- (v) Que la confesión sea un acto corporativo, y no sólo confesiones aisladas e individuales de los funcionarios involucrados.
- (vi) Si es posible, que se ofrezca restitución a las partes afectadas.
- (vii) Que la autoridad considere que otorgar clemencia no será injusto para otros, considerando la naturaleza de la actividad ilegal, la participación del solicitante en ella y el momento en que éste solicita el beneficio (la carga de la prueba de este requisito será mayor cuanto mayor sea la evidencia incriminatoria en poder de la autoridad).

El *Corporate Leniency Policy*, antes de su versión vigente, fue revisado en tres aspectos importantes. De hecho, antes de los cambios, en promedio sólo una empresa por año aplicaba al beneficio, mientras que con la versión revisada el DOJ ha venido recibiendo cerca de una solicitud por mes²⁴.

En primer lugar, el programa fue modificado para asegurar que la amnistía sea automática siempre que no se haya iniciado investigación previa y siempre que se cumplan los requisitos para acceder a ella, de modo que en tales casos no haya margen de discrecionalidad en la toma de la decisión por parte de la autoridad (sección A).

En segundo lugar, se creó una amnistía alternativa, que opera si la cooperación se realiza luego de haber empezado la investigación (sección B). Así, el efecto del beneficio dependerá de la relación entre la fecha de la solicitud y el avance de las investigaciones.

En tercer lugar, si la empresa califica para la amnistía automática, el beneficio se extiende a los funcionarios involucrados que decidan acogerse.

Otro aspecto interesante de la política de clemencia norteamericana es el llamado "*marker system*":

«In the US, it is possible to 'put down a marker' by contacting the relevant agency and establishing whether amnesty would be available, thereby saving a company's place in line before making a formal leniency application. This procedure allows a company to

²⁴ Gary R Spratling,. The Corporate Leniency Policy: answers to recurring questions. April, 1998, Department of Justice:

inquire whether there is anyone who is ahead of it, and, if not, to secure the company's place at the head of the line for some period of time before making a formal leniency application. In the United States, this 'marker' may be put down simply by contacting the DOJ to establish that amnesty is available and notifying the agency of an impending application»²⁵.

La idea es consultar a la autoridad de competencia, antes de acogerse oficialmente a la clemencia, si es posible acceder al beneficio completo, reservando así el primer lugar de la cola. Sería interesante tener evidencia de lo que ocurre cuando sí hay alguien delante y por tanto el interesado no se anima a presentar formalmente su solicitud. Esa evidencia sería interesante para conocer la utilidad del "marker system", pues la posibilidad de haber sido desplazado por alguien en la fila sumada a la posibilidad de que la autoridad investigue al interesado que no se acogió finalmente al beneficio, podrían ser razones suficientes para que dicho sistema no se use en la práctica. Repetimos, no contamos con evidencia sobre su uso.

7.2 Europa.-

El éxito de la política de clemencia de Estados Unidos dio lugar a la adopción de una política similar en Europa. Así, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea adoptó en 1996 el llamado "Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases" (en adelante, "leniency notice").

Mientras que en Estados Unidos la aplicación de la política de clemencia importa la inmunidad frente a la acción penal, en Europa genera la reducción de las sanciones. Otra diferencia importante es el nivel de evidencia requerida para aprobar la solicitud: mientras que la Comisión Europea exige evidencia que en opinión de la autoridad sea decisiva, el estándar en Estados Unidos es menor, pues la aplicación de la Sección A del *Corporate Leniency Policy* emitido por el DOJ es automática, siempre que se cumplan los requisitos para acceder al beneficio²⁶.

²⁵ En Estados Unidos, es posible que el futuro solicitante, antes de animarse a revelar su conducta infractora, consulte a la autoridad de competencia si el beneficio completo (por ser el primero en revelar) está o no disponible. En caso que no haya nadie delante de la fila, el "marker system" permite reservar el primer lugar de la cola para acogerse formalmente al beneficio en un futuro inmediato.
Review of the ACCC's Leniency Policy for Cartel Conduct.
www.accc.gov.au/content/item.phtml?-itemId=566510

²⁶ Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. Organisation for Economic Co-operation and Development: www.oecd.org/dataoecd/28/31/1890449.pdf

En efecto, en Europa los beneficios no son automáticos y se parecen más bien al sistema de *plea bargaining*²⁷, con penalidades negociadas al final del proceso de investigación, poniéndose énfasis en qué tan decisiva es la evidencia proporcionada por el solicitante y su nivel de cooperación²⁸.

El *leniency notice* europeo promete una reducción de multas de 75% - 100% a la primera compañía que aporta evidencia suficiente antes de que comience la investigación; una reducción de 50% - 75% a la primera compañía que presta completa cooperación luego de haya empezado la investigación; y, reducciones de 10% a 50% para quienes confiesan después, dependiendo del valor de las pruebas aportadas²⁹.

Sobre la aplicación del *leniency notice* en Europa existen datos bastante interesantes.

Una investigación efectuada en el 2008 denominada "*An Empirical Assessment of the European Leniency Notice*"³⁰ da cuenta de que la mayoría de casos en los que se presentó solicitudes de clemencia se refieren a infracciones que fueron previa o simultáneamente detectadas en Estados Unidos.

«Thus, in many instances, detection is attributable to the efficacy of U.S. antitrust instruments rather than to the incentives for self-revelation provided by the European leniency program»³¹.

²⁷ El "*plea bargaining*" es una negociación en materia penal por la cual el fiscal ofrece al inculcado en el delito la posibilidad de reconocerse culpable a cambio de una sentencia más benevolente de la que correspondería.

²⁸ En Canadá, como en Estados Unidos, los cárteles suponen la comisión de un delito, y el primero en cumplir con los requisitos recibe total inmunidad. En el Reino Unido el sistema también es similar al norteamericano, con inmunidad automática si los pre-requisitos se cumplen. También puede acceder a los beneficios el primero que lo solicite luego de que la investigación haya empezado.

Ver: Review of the ACCC's Leniency Policy for Cartel Conduct.
www.accc.gov.au/content/item.phtml?-itemId=566510

²⁹ Steffen Brenner. Does amnesty deter organized crime? The case of the European corporate leniency program. Humboldt-University, Berlin, September 25, 2006: www2.wiwi.hu-berlin.de/institute/im/publikdl/Brenner_leniency_and_deterrence.pdf

³⁰ Andreas Stephan. An Empirical Assessment of the European Leniency Notice. Journal of Competition Law and Economics Advance Access published online on October 21, 2008: <http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/content/full/nhn031>

³¹ El autor señala que los niveles de detección de cárteles en Europa fueron atribuibles a la eficacia de los instrumentos *antitrust* de los Estados Unidos; no a los incentivos para acogerse a los beneficios establecidos en el *leniency notice* de 1996. Steffen Brenner.

El *leniency notice* en su versión original no contenía los incentivos necesarios para desencadenar los efectos esperados. De hecho, las solicitudes de clemencia amparadas en el *leniency notice* europeo se presentaron como consecuencia de haberse ya iniciado investigaciones en Estados Unidos. Como quiera que las investigaciones norteamericanas ya habían comenzado, y asumiendo que los cárteles involucrados operaban internacionalmente, éstos se vieron motivados a solicitar el beneficio de clemencia en Europa antes de que las investigaciones siguieran su curso allí.

Ello originó que muchas jurisdicciones europeas tuvieran que “ponerse al día” con Estados Unidos, iniciando investigaciones que fueran espejo de las norteamericanas. Estas últimas fueron exitosas por varias razones. En primer lugar, la penalización de las conductas anticompetitivas es incentivo suficiente para que las empresas involucradas en conductas ilícitas se acerquen a las autoridades *antitrust* para colaborar con ellas. En segundo lugar, la política de clemencia norteamericana otorga cierto nivel de anonimato, pues la identidad del sujeto y la evidencia de su rol en el cártel no están disponibles para terceros (que podrían reclamar por daños y perjuicios).

Lo antes señalado generó como consecuencia que sólo un tercio de los casos de clemencia ocurridos en Europa hayan sido independientes de las investigaciones desarrolladas en Estados Unidos.

La investigación mencionada (*An Empirical Assessment of the European Leniency Notice*)¹ añade que los incentivos para revelar las conductas anticompetitivas son mucho mayores en Estados Unidos que en Europa, al punto que algunos funcionarios involucrados en conductas colusorias han viajado voluntariamente a los Estados Unidos para acogerse a los beneficios y pasar algún tiempo en prisión allí. Lo curioso es que eso ha ocurrido incluso desde países en los que la extradición a Estados Unidos no es posible. Es más, los propios involucrados han expresado que si bien realizaron conductas anticompetitivas fuera de Europa, nunca lo hubieran hecho en Estados Unidos por temor a las consecuencias (alta probabilidad de detección y sanciones drásticas).

Además de la influencia norteamericana en el desarrollo de la política de clemencia europea, tampoco puede omitirse un hecho importante: la mitad de los cárteles revelados por el *leniency notice* se originaron en la industria química, y la decisión de acogerse a la clemencia tuvo que ver con más con el

Does amnesty deter organized crime? The case of the European corporate leniency program. Humboldt-University, Berlin, September 25, 2006:

fracaso de esos cárteles por condiciones de mercado (sobrecapacidad de producción, competencia de Asia, regulación medioambiental, etc.), que con el temor a ser detectado y sancionado.

Además de la influencia norteamericana y de las condiciones de ciertos mercados que generaron el fracaso de los cárteles, hubo un elemento adicional por el que las políticas de clemencia europeas no eran efectivas: el *leniency notice* emitido en 1996 tenía severos defectos que limitaban su efectividad.

Por ejemplo, faltaba claridad y certeza al señalar que “el instigador” o la empresa con “un rol determinante” en el cártel no podía obtener inmunidad completa o sustancial. Además se decía que no había inmunidad completa o sustancial si ya se había iniciado la investigación, lo cual también era problemático porque las firmas preferirían cooperar y dar evidencia una vez iniciada la investigación. Estas dudas fueron aclaradas con las modificaciones introducidas en el 2002.

Además se exigía brindar “evidencia determinante” para acceder al beneficio. Las modificaciones del 2002 también corrigieron este tema, pues reemplazaron este requisito con la necesidad de brindar evidencia que en opinión de la autoridad permitiera llevar a cabo la investigación.

Otro problema del *leniency notice* en su versión original era que imponía como condición para acceder al beneficio, retirarse del cártel de inmediato, lo cual no necesariamente era una buena idea, ya que con ello podía alertarse a los demás miembros del cártel para destruir la evidencia antes de que la autoridad empezara la investigación (este problema se remedió con las modificaciones introducidas en el 2006).

Es interesante tener en cuenta que con la versión original del *leniency notice*, entre 1996 y abril de 2007 (antes de que las modificaciones de 2002 fuesen implementadas) hubo 34 decisiones de la Comisión Europea sobre cárteles horizontales, de los cuales 23 casos se abrieron como resultado de solicitudes de clemencia. En 19 de ellos se otorgó inmunidad o exoneración de multas por más de 75%, pues la información se brindó antes de que se iniciara la investigación. Sólo 23 casos en 11 años no es una cifra alentadora.

Después de la revisión de 2002, en abril de 2007 se tomaron 9 decisiones en casos en los que se pidió clemencia, que terminaron en 3.6 billones de euros en multas. En 8 de ellos se dio inmunidad. Las cifras revelan que las políticas de

clemencia europeas habían madurado y que se volvieron más independientes de los Estados Unidos³².

En otra investigación ("*Does amnesty deter organized crime? The case of the European corporate leniency program*"³³) se trabaja con 62 casos desarrollados entre 1990 y 2004, que fueron decididos por la Comisión Europea. De esos casos, 19 se desarrollaron antes del *leniency notice*, y en 43 hubo solicitudes de clemencia, que permitieron imponer multas por un total de 7 232 millones de euros.

Ahora bien, el número de cárteles detectados y desactivados no necesariamente es una señal elocuente para determinar si una política de clemencia es o no exitosa, pues en ello influye también el número de nuevos cárteles que se van creando en el tiempo (por razones de mercado, por medidas internas eficaces para castigar a los "soplones", por deficiencias en la labor de las autoridades, etc.).

En cualquier caso, a pesar de las cifras antes indicadas, que en principio evidencian que la política de clemencia europea es eficaz, se ha señalado:

«However, the main reason why the European leniency program has done little to enhance deterrence by uncovering active cartels may be inadequate sanctions. The U.S. first-mover advantage in many cartel cases indicates that the incentives to reveal are stronger than in Europe»³⁴.

Otro dato interesante ofrecido por las investigaciones efectuadas por Brenner en Europa es que el desarrollo de políticas de clemencia podrían tener un efecto en el tamaño de los cárteles: después de la emisión del *leniency notice* los cárteles han sido más pequeños en Europa, porque lógicamente la mayor facilidad de ejecutar controles internos hace que éstos sean menos propensos a la deserción.

A pesar de lo anterior, es interesante notar que en la práctica el número de personas que integran el cártel no afecta necesariamente la probabilidad de

³² Los datos incluidos en los dos párrafos precedentes fueron obtenidos de: Andreas Stephan. An Empirical Assessment of the European Leniency Notice. *Journal of Competition Law and Economics Advance Access published online on October 21, 2008*:

³³ Steffen Brenner. *Does amnesty deter organized crime? The case of the European corporate leniency program*. Humboldt-University, Berlin, September 25, 2006:

³⁴ Ibid. El autor indica que a pesar de los avances en la política de clemencia europea, ésta no ha hecho lo suficiente para desarticular cárteles debido a que las sanciones por actividades anticompetitivas son inadecuadas, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos.

reporte voluntario (acogerse a la clemencia), teniendo en cuenta que la existencia de un alto número de miembros se compensa con mecanismos de control interno bastante estrictos.

Lo que sí tiene influencia en la estructura y organización de los cárteles es el número de países involucrados, pues la existencia de bagajes culturales distintos puede ser fuente de conflictos y mayores costos de monitoreo del comportamiento.

7.3 Latinoamérica.-

7.3.1 Argentina.-

El artículo 36° de la Ley 25.156, Ley de Defensa de la Competencia, señala que hasta un plazo máximo determinado por la propia ley, el presunto responsable de infracciones a la libre competencia podrá comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos. Añade que luego de tres años del cumplimiento del compromiso, se archivarán las actuaciones.

Encontramos que son dos los aspectos destacables de esta norma: (i) la posibilidad de que le cese o la modificación de los hechos investigados sea gradual y no inmediata; y, (ii) el establecimiento de un plazo a cuyo vencimiento se archivarán las actuaciones. Volveremos a estos dos temas más adelante.

7.3.2 México.-

La Ley Federal de Competencia Económica publicada el 24 de diciembre de 1992 se ocupa de ambas vertientes de las políticas de clemencia: el compromiso de cese y la exoneración de sanción.

Del compromiso de cese se ocupa en el artículo 33 bis 2, según el cual, antes de que se dicte resolución definitiva, «el agente económico podrá presentar escrito mediante el cual se comprometa a suspender, suprimir, corregir o no realizar la probable práctica monopólica relativa o concentración prohibida». Para ello deberá acreditar que los medios propuestos sean los idóneos y económicamente viables para dejar sin efectos la práctica, señalando los plazos y términos para su comprobación.

Lo novedoso de la norma es que los agentes económicos sólo podrían acogerse al beneficio una vez cada cinco años.

De otro lado, la ley mexicana se ocupa de la exoneración de sanción en el artículo 33 bis 3, según el cual «Cualquier agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta podrá reconocerla ante

la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones establecidas en la Ley», para lo cual debe ser el primero, entre los agentes económicos involucrados en la conducta, en aportar los elementos de convicción suficientes que a juicio de la autoridad permitan comprobar la existencia de la infracción. Además, el interesado debe cooperar plena y continuamente durante la investigación, y realizar las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica infractora.

Lo interesante es que de los agentes económicos que no cumplan con el requisito de ser los primeros en revelar la infracción, podrán obtener una reducción de la multa de hasta el 50%, 30% o 20% del máximo permitido, cuando aporten elementos de convicción adicionales a los que ya tenga la autoridad y siempre que cumplan con los demás requisitos. Para determinar el monto de la reducción, la autoridad toma en cuenta el orden cronológico de presentación de la solicitud y los elementos de convicción presentados. Volveremos sobre este tema.

7.3.3 Uruguay.-

Los beneficios de clemencia uruguayos están regulados en el Decreto 404/007 – «Bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso a las empresas y productos a los mercados», publicado el 6 de noviembre de 2007.

El artículo 28° de dicha norma señala que durante un período determinado por la norma, el presunto infractor podrá presentar un compromiso de cese o modificación de las conductas investigadas.

El compromiso debe incluir cláusulas referidas a la obligación del denunciado de cesar la práctica investigada en cierto plazo, y a su obligación de presentar informes periódicos sobre su actuación en el mercado, entre otras.

El proceso será suspendido en tanto se dé cumplimiento al compromiso de cese y será archivado al término del plazo fijado, si se cumplieran todas las condiciones establecidas en el compromiso.

La norma señala que el compromiso «no implicará confesión en cuanto al hecho ni reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada», lo cual parece ser una buena medida (pues exigir el reconocimiento de la ilicitud es un despropósito), pero este acierto legislativo fue desbaratado por la propia norma, al señalar que en caso que «la ilegitimidad de la conducta y la identidad de quien la realizó fueran evidentes, el compromiso deberá implicar la aceptación de la ilicitud de la conducta y establecer una sanción, la que deberá

ser menor a la que hubiera regido si el reconocimiento del infractor no hubiera existido».

Se borró con una mano lo que se estaba logrando con la otra.

VIII. EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE CLEMENCIA PERUANA EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA.-

Llegados a este punto, habiendo revisado al menos superficialmente la experiencia nacional e internacional en materia de políticas de clemencia aplicables a conductas anticompetitivas, estamos en mejor posición para listar aquellos aspectos que encontramos correctamente regulados por el Decreto Legislativo 1034, y lo que es más importante, para listar los puntos de la agenda pendiente: qué se puede hacer para mejorar aun más la política de clemencia en materia de libre competencia.

Tanto en materia penal como administrativa, partimos del paradigma según el cual las actividades criminales y las infracciones administrativas se disuaden imponiendo sanciones altas, naturalmente luego de que la autoridad haya investigado y descubierto la actividad ilegal.

De este paradigma debe partir el legislador al diseñar programas de clemencia, pues éstos sólo serán exitosos si ofrecen importantes beneficios a los infractores, como la exoneración total o parcial de la sanción que en principio correspondería aplicar. Sólo así se lograría que el beneficio de colaborar con la autoridad sea mayor que permanecer en el cártel.

Por lo demás, quedarse en un cártel ofrece beneficios económicos nada desdeñables: como ya hemos indicado, la Comisión Europea ha estimado que la existencia de un cártel en una industria determinada redundaría en un incremento medio del 10% en los precios (en algunos casos, dicho incremento se sitúa en el 30%-50%) y en una reducción media de la cantidad producida del 20%.

Sin embargo, *no hay lonche gratis*, pues para cartelizarse hay que incurrir en costos de transacción (red de contactos, evitar la detección, sancionar a los traidores, etc.). Lo que hacen los programas de clemencia es aumentar esos costos, porque con dichos programas es mayor el riesgo de traición al interior de la organización, por lo que la duración y cantidad de cárteles deberían reducirse.

Las ventajas de traicionar a la organización deben ser evidentes para incentivar a salir de ella. Es decir, para que los programas de clemencia sean lo suficientemente disuasivos, los beneficios de reportar la actividad ilegal deben ser suficientemente altos. Con ello podría lograrse «que para algún miembro

del cártel resulte atractivo incumplir el acuerdo de tal forma que, durante el tiempo que tarden el resto de los miembros del cártel en reaccionar ante su incumplimiento, obtenga un beneficio extraordinario superior al que obtiene respetando el acuerdo. Para que esto se produzca basta con que este resultado extraordinario que resulta del incumplimiento del acuerdo supere la menor ganancia futura derivada de la reacción del resto de los miembros del cártel»³⁵.

Algunos sostienen que si «la probabilidad de que la autoridad de competencia sancione el cártel es total e inmediata, bastaría con que la sanción sea igual al beneficio del cártel para que no compense coludir»³⁶. Sin embargo, este enfoque parece simplificar demasiado las motivaciones de la conducta humana, presumiendo que los individuos son perfectamente racionales, lo que no corresponde a la realidad³⁷.

En cualquier caso, lo que sí parece más claro es que existiendo una clara relación entre las posibilidades de detección de la conducta ilícita y la decisión de mantener dicha conducta, a medida que las probabilidades de detectarla disminuyan, debería aumentarse la sanción para restablecer el equilibrio esperado entre el beneficio extraordinario del cártel y la sanción esperada³⁸.

Con ello se enviaría la señal de que cuanto mayor es la sanción aplicable, mayor será el beneficio de acogerse a la política de clemencia y apartarse de la conducta infractora.

³⁵ Fernando Jiménez Latorre. Nera Economic Consulting. La Persecución de los Cártels: la Política de Clemencia. Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia. Madrid, noviembre de 2004. Página 4.

³⁶ Fernando Jiménez Latorre. Nera Economic Consulting. La Persecución de los Cártels: la Política de Clemencia. Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia. Madrid, noviembre de 2004. Página 8.

³⁷ Además, la precisión de esta afirmación no es clara cuando el cártel es inestable, pues en tal caso la voluntad de apartarse de él ya existiría incluso sin el beneficio de clemencia (el cual sería simplemente un motivo más para apartarse de la organización).

³⁸ Sin embargo, hay que tener cuidado en que la sanción esperada no supere el nivel de equilibrio, pues ello podría ocasionar que los consumidores soporten ineficiencias aún mayores: «la empresa internaliza el coste de la sanción y toma un exceso de precauciones para asegurarse de que ésta no llegará a aplicarse. Por ejemplo, para evitar que alguna persona u órgano de la sociedad pueda realizar este tipo de acuerdos introducirá excesivos mecanismos internos de control, aumentándose los costes de producción. El aumento de costes también puede provenir del exceso de cautela y medidas de defensa ante el temor de la sanción (abogados, consultores, etc.)». Fernando Jiménez Latorre. Nera Economic Consulting. La Persecución de los Cártels: la Política de Clemencia. Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia. Madrid, noviembre de 2004. Páginas 8-9.

En el siguiente acápite veremos que el programa de clemencia peruano, en ambas vertientes, apunta a esa dirección, aunque luego veremos también que falta mucho por hacer.

IX. EN LO QUE ESTAMOS DE ACUERDO.-

9.1 Exoneración de sanción.-

Como ya hemos indicado, las políticas de clemencia son la forma ideal para llevar a cabo una regulación por incentivos. Ello es así porque el público objetivo de estas políticas suelen ser integrantes de organizaciones que en principio se encuentran cómodas manteniéndose en ellas; especialmente si, como en el Perú, los recursos de las autoridades para detectar y sancionar las infracciones son limitados.

9.1.1 Dilema del prisionero.-

Nos parece un excelente incentivo para propiciar la revelación de la conducta infractora.

Recordemos que 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.

Como ya hemos indicado, en el dilema del prisionero, ambos juegan una estrategia dominante, maximizando sus ganancias individuales, aunque el resultado final no sea el óptimo (si ninguno confesara, la situación conjunta sería mejor para los implicados). Recordemos también que lo interesante del dilema del prisionero es que se trata de un juego de suma cero, pues una persona gana (el solicitante del beneficio) a costa de la pérdida de otras³⁹.

9.1.2 Dilema del prisionero atenuado.-

También estamos de acuerdo con esta solución, que, recogiendo la experiencia internacional, permite que otros agentes económicos que aporten información relevante sean también beneficiados con la reducción de la sanción, si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia.

No obstante, en la siguiente sección, referida a las medidas que deben adoptarse para mejorar la política de clemencia en el Perú, veremos que este mecanismo debería ser perfeccionado, dotándolo de mayor claridad sobre la

³⁹ Claro, el resultado no es de suma cero si los dos prisioneros se quedan callados.

forma en que opera; es decir, hace falta aclarar por qué conviene ser el primero en la carrera hacia la revelación de la conducta ante la autoridad.

9.1.3 Confidencialidad.-

Sin la obligación de las autoridades de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas, el éxito del programa se vería seriamente afectado. Es acertado que el legislador peruano impida a la CLC o a cualquier otra autoridad administrativa o jurisdiccional, que siga o inicie contra el interesado, cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.

De hecho, la posibilidad de ganarse la reputación de "soplón" o de sufrir las represalias comerciales del cártel, en un mercado tan pequeño como el peruano, son desincentivos suficientemente importantes como para asegurar que sin el deber de las autoridades de guardar reserva, el programa podría ser un fracaso.

A pesar de lo anterior, una reciente decisión de la Corte de Justicia de la Unión Europea podría poner en riesgo los *leniency programs* en la Unión Europea porque permite que las compañías que quieran demandar por daños por conductas anticompetitivas puedan acceder a los documentos (de naturaleza confidencial) y declaraciones brindadas dentro del programa.

«The upshot of the ruling is that each judge in each EU Member State has a considerable margin of discretion as to what type of leniency document can be disclosed to a cartel victim. Although this provides parties with room to maneuver in national courts, it also threatens to generate considerable legal uncertainty and unpredictability. This is because the CJEU did not provide concrete guidance on what factors judges should take into account in assessing whether and which documents should be disclosed to a damages claimant »⁴⁰.

9.1.4 Exoneración de sanción más responsabilidad civil.-

Estamos de acuerdo con la decisión legislativa de que la aprobación de la exoneración de sanción no elimine ni limite la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado⁴¹.

⁴⁰ http://www.mwe.com/index.cfm/fuseaction/publications.nldetail/object_id/e4463374-3600-4bc2-995e-c9234844b2da.cfm. En el texto se indica que lo más importante de la regla establecida por la Corte de Justicia de la Unión Europea es que los jueces tendrán un amplio margen de acción para determinar qué documentos del expediente de colaboración eficaz pueden revelarse a las víctimas de carteles, sin que se haya indicado los criterios a tomar en cuenta para decidir la revelación de los documentos.

⁴¹ Evidentemente, esto no podría hacerse sin el consentimiento de los afectados.

Aunque este principio es acertado en ambas vertientes de la política de clemencia, como veremos después, tratándose del compromiso de cese puede generar efectos perniciosos. Adelantamos, no obstante, que estos efectos no son ocasionados por el principio de subsistencia de la responsabilidad civil, sino por el hecho que dicho principio debe coexistir con la exigencia de reconocimiento de la ilicitud de los hechos, lo cual es un despropósito con la finalidad que se pretende alcanzar.

9.2 Compromiso de cese.-

9.2.1 El dolo es irrelevante.-

Como ya habíamos adelantado, estamos de acuerdo con el Informe Técnico (que dio lugar a la actual versión del compromiso de cese), en que los administrados no están obligados a conocer todos los ilícitos administrativos, de modo que su responsabilidad se limita no por sus conocimientos reales de los ilícitos sino por los conocimientos exigibles bajo el parámetro de la diligencia debida.

De allí que ausencia de dolo no debería ser un requisito para acceder a los programas de clemencia. De hecho, las prácticas anticompetitivas suelen realizarse principalmente por quienes, bajo el parámetro de diligencia debida, están en capacidad de conocer la ilicitud de sus conductas.

9.2.2 Ser líder o cabecilla del cártel también es irrelevante.-

Este tema no ha sido abordado en el Informe Técnico ni en el artículo 25° del Decreto Legislativo 1034. Aunque indicamos que es un acierto que el hecho de ser líder o cabecilla de un cártel sea irrelevante, no podemos ocultar la preocupación de que en la aplicación práctica del compromiso de cese se termine impidiendo a un agente acceder al beneficio por el hecho de haber sido el instigador de la conducta infractora.

La preocupación se sustenta en que la norma exige como requisito para acceder al compromiso de cese, que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida no haya causado una grave afectación al bienestar de los consumidores, para lo cual 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” (subrayado agregado). No descartamos que eventualmente la exclusión de los líderes o cabecillas se sustente en la posibilidad ofrecida por la norma.

Como habíamos señalado al referirnos a la colaboración eficaz en materia penal, en dicho ámbito se sostiene que por razones de justicia, los beneficios no se aplican a los dirigentes, jefes y cabecillas de las bandas o cárteles dedicados al tráfico ilícito de drogas.

Sin extender nuestros comentarios al ámbito de política criminal, que eventualmente podría presentar razones suficientes para excluir a los dirigentes de las bandas criminales del beneficio de colaboración eficaz (dada la gravedad de los delitos en los que se aplica), creemos que es equivocado extender la restricción en materia de infracciones a la libre competencia (que por lo demás han sido despenalizadas).

Así como carecería de sentido excluir del beneficio a quienes presumiblemente conocían de la ilicitud de su conducta (dolo o falta de diligencia debida), dejando fuera del beneficio a buena parte de su objetivo, también sería irracional excluir a quienes, precisamente por ser líderes de la organización colusoria, cuentan con valiosa información para desarticular la organización y sancionar a los demás involucrados.

Por lo demás, el alineamiento de los cabecillas a las directivas que impongan las autoridades de competencia podría ser percibido como un símbolo de debilidad del cártel, mellando así la sensación de fortaleza, estabilidad e impunidad de los cárteles.

9.2.3 Es un acto discrecional; no automático.-

Como hemos indicado, una de las diferencias entre el régimen de clemencia europeo y el norteamericano que anotan los analistas, es que mientras el primero es discrecional, el segundo es automático.

No nos queda tan claro cómo opera esa diferencia en la práctica, pues el hecho que el *Corporate Leniency Policy* de los Estados Unidos sea "automático", no exime a la autoridad de examinar el cumplimiento de los requisitos para acceder al beneficio.

Recordemos que la Sección A del *Corporate Leniency Policy* emitido por el DOJ establece ciertos requisitos que requieren una evaluación previa por parte de la autoridad, como por ejemplo, que la empresa haya tomado acciones rápidas y efectivas para terminar su participación en la actividad ilícita, que brinde información completa, que no haya ejercido coerción para instigar a otra a participar en la actividad ilegal, etc.

En buena cuenta, ello supone el ejercicio de facultades discrecionales.

9.2.4 Compromiso “de cese” o “de modificación”.-

Aunque a esta modalidad de beneficio de clemencia se le suele llamar “compromiso de cese”, se le debería denominar “compromiso de cese o de modificación”.

Acertadamente el artículo 25° del Decreto Legislativo 1034 permite que el resultado del acogimiento al beneficio no sea únicamente apartarse por completo de la conducta investigada, sino eventualmente, si las circunstancias del caso lo ameritan, poder modificarla para ajustarse a la ley.

9.2.5 No reconocer todos los hechos investigados.-

Aunque en estricto no debería exigirse el reconocimiento de la ilicitud de los hechos, acertadamente la norma atenúa el requisito al no exigir que se admita que todas las conductas imputadas por la autoridad ocurrieron en realidad, pues como con buen criterio señala el Informe Técnico, podría ocurrir que sólo se hayan realizado algunos de los hechos denunciados.

9.2.6 Limitaciones en el uso de las pruebas.-

El artículo 25 del Decreto Legislativo 1034 señala que las declaraciones e información que los investigados aporten en el procedimiento de solicitud de compromiso de cese no podrán ser utilizadas en el expediente principal del procedimiento de investigación y sanción de la conducta anticompetitiva, bajo sanción de nulidad de este último.

Esta disposición es aplicable cuando el compromiso de cese no ha sido aprobado por la autoridad o si ha sido aprobado parcialmente.

«This may be of particular importance in the event that the application is withdrawn or rejected or if the grant of conditional leniency is subsequently revoked. Indeed, it may reduce an applicant’s incentive for full and continuous cooperation»⁴².

La necesidad de esta disposición es indiscutible, pues cuesta poco trabajo imaginar lo pernicioso que sería para un funcionamiento efectivo de las políticas de clemencia, que la autoridad pudiera usar contra el investigado la información proporcionada voluntariamente por este último en un marco de colaboración. En tal caso, el incentivo para no acogerse al beneficio sería evidente.

⁴² El autor señala que ello es de particular importancia en caso que la solicitud sea retirada o desestimada, o si la decisión de conceder el beneficio es luego revocada. De lo contrario, los incentivos para cooperar con la autoridad podrían verse reducidos. Review of the ACCC’s Leniency Policy for Cartel Conduct. www.accc.gov.au/content/item.phtml?-itemId=566510

Así como la autoinculpación no es racional si no se tienen garantías sobre los beneficios a obtener, ella es más irracional todavía si existe la posibilidad no sólo de no ser beneficiado, sino incluso de ser perjudicado por la colaboración con la autoridad.

X. LO QUE FALTA POR HACER.-

En la conciencia colectiva se tiende a ver las infracciones a la libre competencia como simples errores de negocios, sin la gravedad que tienen en realidad (hasta se ha despenalizado la conducta).

Independientemente de las mejoras que puedan efectuarse a las políticas de clemencia, hay entonces una primera gran decisión que las autoridades deben adoptar: enfocar los esfuerzos en una mayor difusión de los beneficios de la libre competencia para crear conciencia de la gravedad de los ilícitos y de las nefastas consecuencias para los consumidores y la economía en general.

El segundo gran esfuerzo, previo o paralelo con el del fortalecimiento de las políticas de clemencia, es el de hacer lo posible por desestabilizar a los cárteles. Y un cártel es menos estable cuanto mayor sea la capacidad de la autoridad para detectar desviaciones de conductas y para sancionarlas ejemplarmente (total, los miembros de la organización hacen un análisis costo-beneficio entre los riesgos y ventajas de mantenerse en ella).

Estos esfuerzos, previos y paralelos con el de perfeccionar los programas de clemencia –léase, reforzar la cultura de competencia y reforzar las herramientas de las autoridades- no son otra cosa que esfuerzos por crear certeza y predictibilidad sobre la eficacia de las acciones de control.

Además, si las penalidades no son suficientemente altas o si son aplicadas muy esporádicamente, los beneficios del programa de clemencia no son suficientes motivadores frente a los potenciales costos de revelar información.

Para incentivar la celebración de estos compromisos no sólo debe ofrecerse un buen paquete de beneficios, sino además brindar claridad sobre los requisitos y alcances del programa.

«Experience gathered by the Commission to date shows that the effectiveness of the program would be improved by an increase in the transparency and certainty of the conditions on which any reduction of fines is to be granted»⁴³.

⁴³ El autor señala que los esfuerzos desplegados por las autoridades demuestran que la eficacia del programa podría ser mejorada si aumentara la transparencia y la certeza de las condiciones bajo las cuales se concederán reducciones de sanciones.

En efecto, una oferta general para reducir sanciones a cambio de información no es suficiente para animar a las empresas a colaborar en las investigaciones, si ello no va acompañado de una fuerte dosis de certeza y claridad sobre los requisitos y los efectos del compromiso.

Habiendo mencionado la necesidad de desplegar esfuerzos para reforzar la cultura de competencia y para fortalecer las herramientas de las autoridades, veamos ahora cuáles son las medidas que podrían contribuir al perfeccionamiento de los programas de clemencia. Nos referiremos por separado al compromiso de cese y a la exoneración de sanción.

10.1 Exoneración de sanción.-

Como decíamos al comienzo, de la exoneración de sanción nos ocuparíamos brevemente porque ante lo que en general nos parece una correcta regulación de este incentivo, no tenemos mayores objeciones. Sin embargo tenemos algunas.

10.1.1 Dilema del prisionero "atenuado".-

El artículo 26 del Decreto Legislativo 1034, aplicando el juego del dilema del prisionero, señala que 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. Añade que 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.

Como hemos señalado, ese juego nos parece un excelente incentivo para propiciar una carrera entre los involucrados hacia la autoridad y colaborar con ella revelando la conducta infractora. También dijimos que estamos de acuerdo con una versión "atenuada" del dilema del prisionero, por la cual agentes económicos distintos al primero, que aporten información relevante, pueden acceder al beneficio.

Coincidimos con el legislador peruano en que conceder la inmunidad únicamente al primer "confidente" sería una solución simplista y no óptima, pues impediría a la autoridad acceder a pruebas adicionales. Este obstáculo no

Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. Organisation for Economic Co-operation and Development: www.oecd.org/dataoecd/28/31/1890449.pdf

es poca cosa tratándose de investigaciones por infracciones a la competencia, que suelen ser muy intensivas en el uso de recursos humanos y de resultado incierto, y en las que por tanto la cooperación con las autoridades es de mucha utilidad.

No obstante, este dilema del prisionero “atenuado” debería ser perfeccionado para dotarlo de mayor claridad sobre la forma en que opera. De lo contrario, como pareciera que cualquiera puede acceder al beneficio, aparentemente no importaría llegar primero a la autoridad, con lo cual el incentivo no sería muy efectivo.

Si la clemencia estuviera disponible para segundos y terceros, en las mismas condiciones que para el primero, se diluiría el incentivo para confesar en primer lugar. Como las ventajas no pueden ser las mismas para todos (exoneración total), debería establecerse algún criterio para asignar los beneficios.

Un criterio a aplicar podría ser que los beneficios sean mayores cuando menos avanzadas estén las investigaciones. Así, un incentivo para lograr la cooperación sería que la autoridad sea menos generosa cuanto más tarde se revele la infracción.

Dicho criterio tiene una explicación lógica: el incentivo para obtener la exoneración está en función del riesgo de detección. Como el manejo de mayor información por la autoridad aumenta el riesgo de ser detectado, si se concediera el beneficio completo (exoneración total) luego de que el primero ya haya revelado la conducta infractora, los incentivos para actuar en primer lugar se diluirían, pues todos esperarían que los demás “arrojen la primera piedra”.

En Europa, por ejemplo, el *leniency notice* promete una reducción de multas de 75% - 100% a quien sea el primero en aportar evidencia suficiente antes de que comience la investigación; una reducción de 50% - 75% a quien primero coopere luego de que haya empezado la investigación; y, reducciones de 10% a 50% para quienes confiesan después, dependiendo del valor de las pruebas aportadas.

En México ocurre algo parecido, pues quienes no cumplan con el requisito de ser los primeros en revelar la infracción, pueden obtener una reducción de la multa de hasta el 50%, 30% ó 20%, cuando aporten elementos de convicción adicionales a los que ya tenga la autoridad y cumplan con los demás requisitos. Para determinar el monto de la reducción la autoridad tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud y de los elementos de convicción presentados.

10.1.2 Calificación de la información.-

De acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, es requisito para acceder al beneficio de exoneración de sanción, que los elementos de prueba ofrecidos sean determinantes para sancionar a los responsables.

Coincidimos con el legislador en que el interesado debe dar "algo" a cambio del beneficio, y que ese "algo" debe ser información útil para la autoridad. Sin embargo, nos preocupa que si la valla se pone muy alta en relación con el nivel y calidad de la información, lo que termine pasando en la práctica es que pocos accedan al beneficio.

Es decir, aunque es indiscutible que el beneficiario de la exoneración debe colaborar con la autoridad y darle algo a cambio, preocupa que la información exigida para acceder al beneficio sea sólo aquella que califique como "determinante" para sancionar a los responsables, y sobre todo, que se entienda como "determinante" a la información que sólo podría conseguirse si la investigación del cártel se lleva hasta las últimas consecuencias.

Lo único que demuestra esta preocupación es que la autoridad debe ser extremadamente cuidadosa al analizar en qué casos procede la concesión del beneficio, sin ser demasiado débil como para exonerar de la sanción a quienes no aportaron mucho en las investigaciones, y sin ser demasiado rigurosa como para conceder el beneficio sólo a quienes encuentren "la" prueba inculpatoria, que por razones que sobra mencionar, no es fácil de conseguir tratándose de infracciones a la libre competencia, para cuya detección y sanción la prueba indiciaria es medular.

10.1.3 ¿Exoneración "de oficio"?.-

En Estados Unidos es posible que la exoneración de la sanción sea otorgada de oficio, es decir, sin mediar solicitud del interesado, de modo que sea la propia autoridad de competencia la que se aproxime a los potenciales beneficiarios de la política de clemencia⁴⁴.

Más que una objeción por no haberse contemplado esta posibilidad en la ley peruana, creemos que merece la pena analizar si conviene o no hacerlo. Habiendo planteado la pregunta, creo que una respuesta aceptable es ¿por qué no?

⁴⁴ : Gary R Spratling,. The Corporate Leniency Policy: answers to recurring questions. April, 1998, Department of Justice:

10.2 Compromiso de cese.-

En este punto sí que tenemos varias preocupaciones.

10.2.1 Es contraproducente exigir el reconocimiento de la infracción.-

Como ya hemos indicado, el compromiso de cese sería una herramienta más efectiva para combatir los cárteles si los involucrados en las investigaciones no se vieran obligados a reconocer la ilicitud de los hechos imputados. Lejos de incentivar la suscripción de estos acuerdos, y debido a que cualquier persona con legítimo interés podría exigir una indemnización por los perjuicios ocasionados, dicho reconocimiento opera como un elemento disuasivo para colaborar con la autoridad.

El Informe Técnico decía:

«89. [...] no debe perderse de vista que el derecho a la no autoincriminación tiene como núcleo esencial el derecho de cualquier persona de no reconocerse como responsable de las imputaciones hechas en su contra así como el poder defenderse de ellas y refutarlas en el marco de un debido procedimiento con todas las garantías que se establecen en la Constitución y las leyes».

Tal afirmación sirvió para sostener que el reconocimiento no era exigible respecto de todas las conductas imputadas sino sólo de algunas. Nosotros hacemos nuestra la idea que subyace a tal afirmación, pero para sostener algo distinto: que cualquier persona tiene el derecho a no reconocerse como responsable de las imputaciones hechas en su contra. Esto es de particular relevancia en investigaciones por conductas anticompetitivas, pues para que los programas de clemencia funcionen, se debe equilibrar adecuadamente los costos y los beneficios de la delación, teniendo en cuenta además las consecuencias que la autoinculpación genera de cara a la responsabilidad civil.

De hecho, existe evidencia que revela que en Estados Unidos la exigencia de reconocimiento es un elemento que desincentiva las solicitudes de clemencia.

«Especialmente si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la legislación estadounidense, las acciones civiles contra compañías involucradas en cárteles pueden reclamar una cuantía equivalente a 3 veces el daño ocasionado en los Estados Unidos como consecuencia del cártel.

Para afrontar estos desincentivos se barajaron algunas fórmulas, como por ejemplo la participación del delator en parte de la recaudación derivada de la multa que paguen el resto de los miembros del cártel. Finalmente, en junio de 2004 se aprobó una reforma del sistema de defensa de la competencia penal estadounidense en la que se establecía, entre otras modificaciones,

que las compañías acogidas al programa de clemencia sólo podrían ser objeto de reclamaciones por un valor equivalente al daño individual causado por su participación en el cártel»⁴⁵.

Este tema tiene menos importancia en Europa, teniendo en cuenta que la aplicación del *leniency notice* no genera la obligación de reconocer la ilicitud de los hechos, de forma que el delator tiene cierto margen de defensa si surge un pleito civil.

En cualquier caso, la empresa que evalúa la posibilidad de acogerse al beneficio de clemencia estará menos dispuesta a celebrar un compromiso de cese si en su análisis toma en cuenta la posibilidad de ser demandada para el pago de una indemnización por daños.

«[...] it has been suggested that leniency applicants may be reluctant to approach the EC with evidence of an infringement, which might be later discoverable in the context of a U.S. civil action claim where up to treble damages can be awarded. The Commission has made efforts to prevent this from happening; it has shown some willingness to accept oral rather than written submissions, and has explicitly recognized that the tension can be detrimental to the effectiveness of leniency»⁴⁶.

No olvidemos que en el juego de concesiones recíprocas propias del compromiso de cese, la autoridad necesita algo a cambio de la suspensión de las investigaciones: que el imputado cese la actividad o que modifique su conducta, que se comprometa a no repetirla en el futuro y que tome las medidas necesarias para corregir los efectos que hubiera ocasionado.

Nada añade al cumplimiento de dichos objetivos, que el investigado reconozca expresamente que su conducta fue ilícita y que por tanto cometió una infracción. Por el contrario, dicho reconocimiento puede ser usado como insumo en una posible demanda de indemnización, de modo que la amenaza de tener que pagar daños y perjuicios puede ser el incentivo perfecto para ir en la

⁴⁵ Fernando Jiménez Latorre. Nera Economic Consulting. La Persecución de los Cárteles: la Política de Clemencia. Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia. Madrid, noviembre de 2004. Página. 11.

⁴⁶ El autor señala que los posibles solicitantes de beneficios de clemencia en Europa pueden prestar resistencia a revelar información, temiendo que ello pueda afectarlos negativamente en caso de una acción por responsabilidad civil seguida en los Estados Unidos. Ante tal situación, la autoridad ha tratado de desplegar esfuerzos para prevenir que ello ocurra, mostrando disponibilidad a aceptar solicitudes orales y no por escrito, habiendo reconocido que dicha situación perjudica la eficacia de las políticas de clemencia. Andreas Stephan. An Empirical Assessment of the European Leniency Notice. Journal of Competition Law and Economics Advance Access published online on October 21, 2008:

dirección contraria a la deseada: no reconocer la ilicitud y por tanto no comprometerse a cesar o modificar la conducta.

10.2.2 Deberían acceder al beneficio incluso quienes causaron grave daño a los consumidores.-

De acuerdo con el artículo 25 del Decreto Legislativo 1034, para acceder al compromiso de cese debe ser verosímil que la conducta de los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores.

Tal requisito genera una situación de perplejidad. Si de todas las conductas anticompetitivas posibles los cárteles son los que generan mayores perjuicios a los consumidores, y si de otro lado, se quiere desestabilizar los cárteles mediante compromisos de cese, no se entiende el por qué de la limitación establecida por la ley.

Ya sabemos que los cárteles son particularmente dañinos para la economía, incluyendo a los consumidores, pues generan un aumento artificial de precios y reducen la competencia al impedir los procesos de selección natural de los que sobrevivan los más eficientes.

Sin embargo, el requisito impuesto por la ley podría ocasionar que de todas las conductas anticompetitivas posibles, sean precisamente los cárteles los que no puedan ser materia de compromisos de cese. Nada más absurdo.

10.2.3 La duración del cártel debería ser irrelevante.-

El artículo 25 del Decreto Legislativo 1034 exige para acceder al compromiso de cese:

«Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y 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» (subrayado agregado).

Como ya indicamos, mediante Resolución 055-2004-INDECOPI/CLC la CLC estableció como criterio a considerar para analizar un compromiso de cese, que éste sólo se debe aprobar en el caso de cárteles recientemente formados. De acuerdo con el Informe Técnico, con ello se pretendió evitar que las personas que invocaran este beneficio respecto de prácticas colusorias de larga duración y por ende, perjudiciales para el interés económico general, pudieran obtener una indeseable impunidad.

Investigaciones efectuadas sobre la relación entre la duración de los cárteles y su eficacia revelan que cuanto más duran, mayores son las posibilidades de que fracasen, pues el paso del tiempo tiende a desestabilizarlos⁴⁷. Parece una conclusión lógica, si tenemos en cuenta que las amenazas de detección, las “tentaciones” para retirarse de la organización y ponerse en ventaja respecto de los demás integrantes, así como los cambios en las condiciones de mercado, son mayores y más intensas cuanto mayor es el tiempo transcurrido.

Partiendo de esta premisa, parecería entonces que los cárteles antiguos son los más vulnerables. Y si ello es así, nos preguntamos por qué no dar un “empujón” a quienes podrían sentirse tentados de abandonar el cártel, para que finalmente se animen a hacerlo. Impedir el acceso al compromiso de cese a los integrantes de cárteles antiguos no parece ser una medida útil. En todo caso, más razonable podría ser que la restricción aplique a los solicitantes que sean reincidentes.

Es más, pensemos en una situación distinta: que el cártel sea antiguo, pero que en vez de encontrarse debilitado, aún sea poderoso. Impedirle el acceso al compromiso no contribuiría en nada a la finalidad de desarticular conductas anticompetitivas, pues de un lado los integrantes del cártel antiguo y poderoso carecerían de incentivos para salir de la organización, y del otro, la autoridad perdería una buena oportunidad para combatirlo y para obtener información valiosa respecto a su estructura y funcionamiento.

10.2.4 El cese debería poder ser inmediato o gradual.-

Uno de los problemas de la versión original del *leniency notice* europeo, corregida en este punto en el 2006, era que imponía como condición para acceder al beneficio, retirarse del cártel de inmediato. Ello no necesariamente era una buena idea, pues así podía alertarse a los demás miembros del cártel para destruir la evidencia antes de que la autoridad empezara la investigación.

La ley peruana no señala expresamente que el cese debe ser inmediato, pero advertimos que exigirlo así en todas las circunstancias no necesariamente es conveniente, pues si el cese es gradual, sin alertar a los demás integrantes de la organización que se ha celebrado un compromiso con la autoridad, ésta podría continuar con las investigaciones y sancionar a los demás involucrados.

⁴⁷ Steffen Brenner. Does amnesty deter organized crime? The case of the European corporate leniency program. Humboldt-University, Berlin, September 25, 2006:

La legislación argentina con buen criterio ha advertido esta ventaja y por tanto faculta a las autoridades de competencia a decidir si el cese o la modificación de los hechos investigados deben ser graduales o inmediatos.

10.2.5 Arrepentimiento, dolor del corazón y propósito de enmienda.-

El Decreto Legislativo 1034 exige para acceder al compromiso de cese, que los investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecer medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.

Ya hemos indicado que la falta de certeza y claridad sobre lo que puede o no exigir la autoridad para acceder al beneficio, es un estorbo en la lucha contra las conductas anticompetitivas.

Si además de las medidas correctivas para verificar el cese de la infracción, se exigen "medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda", el legislador parece haber revelado su inclinación por aplicar nociones del sacramento de la confesión, que para el dogma católico seguramente cumplen una función, pero que en el ámbito de la libre competencia restan certeza y suman confusión.

10.2.6 La suspensión termina, porque el compromiso se incumple o porque se respeta.-

El efecto del compromiso de cese es suspender el procedimiento administrativo principal.

Sin embargo, la suspensión no puede ser "eterna" sino que debe ser levantada, sea porque el compromiso de cese fue respetado a cabalidad, o porque fue incumplido.

El Decreto Legislativo 1034 se ocupa únicamente de esta última posibilidad, pues señala que en caso de incumplimiento del compromiso de cese se reiniciará el procedimiento principal, de oficio o a petición de parte.

Lo que no hace la ley es regular la situación contraria; es decir, cuando el compromiso ha sido respetado.

Lo natural es que sea el acuerdo que se suscriba con la autoridad el que establezca el plazo de ejecución del compromiso. Lo que correspondería además es que la norma se limite a indicar que una vez vencido dicho plazo y habiéndose cumplido los términos y condiciones del compromiso, quedará levantada la suspensión de las investigaciones en el procedimiento principal y se archivarán las actuaciones.

10.2.7 Criterios para la aplicación de las multas.-

En el punto anterior decíamos que en caso de incumplimiento del compromiso de cese se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte.

La norma añade que el referido incumplimiento será tratado como una infracción grave, por lo que la CLC podrá imponer al denunciado una multa de hasta mil 1 000 UIT.

Creemos que, como ocurre en general con las sanciones aplicables a las conductas anticompetitivas, podría establecerse que en el caso de incumplimiento del compromiso de cese la multa debe tener como límite el 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 imposición de la sanción.

Finalmente, creemos que la infracción debería calificarse de "por lo menos" grave, pues en determinadas circunstancias la autoridad debería estar en capacidad de imponer una sanción mayor, si, por ejemplo, existieran elementos de juicio para concluir que la infracción materia del compromiso es muy grave.

10.2.8 La decisión debería ser impugnabile.-

El Decreto Legislativo 1034 señala que la CLC decide la aprobación o denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnable debido a su naturaleza eminentemente discrecional. Al respecto, se ha señalado que:

«La decisión de aceptar o no dicha propuesta es discrecional y no puede ser impugnada, por ser el resultado de una negociación entre los imputados y la autoridad titular del interés general. Sin embargo, corresponderá a la autoridad supervisar que, efectivamente, se haya cumplido con el cese de la conducta anticompetitiva reconocida»⁴⁸.

Para la norma, la decisión no puede impugnarse por ser discrecional. Para el autor citado, la decisión no puede impugnarse por ser el resultado de una negociación.

Ni lo uno, ni lo otro. La toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas (como la evaluación de un compromiso de cese) tiene una dosis de discrecionalidad, lo que no enerva las posibilidades de impugnar

⁴⁸ Pierino Stucchi López Raygada. El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). En: THEMIS – Revista de Derecho, N° 56. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2008. Página 326.

administrativa o judicialmente dichas decisiones. El hecho de que la decisión haya sido “negociada” tampoco debería afectar la posibilidad de recurrir a una segunda instancia para reexaminar el asunto.

Lo determinante para evaluar si el superior jerárquico debe o no conocer el asunto es más bien si la norma establece parámetros ciertos sobre la base de los cuales debe determinarse la procedencia de la solicitud. Y más allá de nuestras discrepancias con algunos de los criterios de la ley, lo cierto es que ésta si constriñe a la CLC a analizar las solicitudes atendiendo a los requisitos establecidos por la norma para acceder a ella.

En relación con la legislación argentina, se ha señalado que la decisión no es apelable y que ello:

«[...]es reflejo, por una parte, del hecho de que tal aprobación no se encuentra sometida a reglas precisas que impongan limitaciones u obligaciones en ese sentido, respecto del citado órgano, por lo que éste actuará basado en razones de oportunidad, vinculadas con los efectos en materia de prevención y dirección que pueden lograrse a través del compromiso. Por otra parte, es lógico que el presunto responsable se vea impedido de apelar una decisión cuyo contenido se deriva directamente de él»⁴⁹.

Sobre el primero de los argumentos, reiteramos que el ejercicio de facultades discrecionales para analizar si conviene o no al Estado celebrar un compromiso con el imputado, no es impedimento para que la decisión pueda ser revisada por el superior jerárquico.

El segundo argumento (que es lógico que el presunto responsable se vea impedido de apelar una decisión cuyo contenido se deriva directamente de él), si lo hemos entendido correctamente, nos parece peligroso. En efecto, el ejercicio del debido proceso, expresado en la posibilidad de acceder a un doble pronunciamiento, no debería ser limitado bajo el argumento de que fue el propio administrado quien ocasionó la situación. Incluso sin tener la razón, quien es sancionado por una autoridad tiene derecho a que el superior jerárquico revise la decisión.

Finalmente, recordemos que el Tribunal de INDECOPI, en segunda instancia, cumplió una importante función para acuñar la versión actual del compromiso de cese, pues mediante Resolución 0791-2001/TDC-INDECOPI, recaída en el procedimiento seguido contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos y

⁴⁹ Guillermo Cabanellas. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 2005. Página 770.

otros, confirmó el pronunciamiento de la CLC y estableció los criterios que debían tenerse en consideración para evaluar y aprobar un compromiso de cese⁵⁰.

CONCLUSIÓN

Los programas de clemencia aplicables a las infracciones a la libre competencia han dado un paso adelante, pero creemos que reflexionando sobre lo que aún queda por hacer, la lucha contra las conductas colusorias, que son tan perniciosas, podrá ser todavía más efectiva.

⁵⁰ Como por ejemplo, indicios de dolo en la realización de las prácticas denunciadas; si la responsabilidad fue asumida o negada en el procedimiento; si el compromiso de cese contiene las medidas que adoptarán sus suscriptores para hacer efectivo el cese de los hechos denunciados, entre otras.