

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



**En busca de una mejora del régimen de procedimiento sancionatorio de conductas
anticompetitivas en el Perú: estudio de propuestas para alcanzar los objetivos
perseguidos por la libre competencia**

Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada que presenta:

Daniela Alexandra Montoro Rodriguez

Asesor

Lucio Andrés Sánchez Povis

Lima, 2022

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **LUCIO ANDRÉS SÁNCHEZ POVIS**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

En busca de una mejora del régimen de procedimiento sancionatorio de conductas anticompetitivas en el Perú: estudio de propuestas para alcanzar los objetivos perseguidos por la libre competencia.

de la autora

DANIELA ALEXANDRA MONTORO RODRIGUEZ

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 12/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 12 de julio de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: SÁNCHEZ POVIS, LUCIO ANDRÉS	
DNI: 43460854	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	



*A mi mamá, papá y hermana,
por su motivación y apoyo constante.*

Resumen

La presente investigación busca realizar un examen del régimen sancionatorio de conductas anticompetitivas en el Perú, vigente desde la creación del Indecopi en noviembre de 1992. A lo largo de estos años, el Indecopi ha ido reforzando sus herramientas para la detección de conductas anticompetitivas, sancionando a diversas empresas y directivos con multas cuantiosas. No obstante, pese a la labor eficaz desplegada por dicha entidad, se ha detectado falencias tanto en la tramitación de los procedimientos sancionadores como en la imposición de las multas, como herramienta disuasoria con la que cuenta la autoridad. En tal sentido, se plantea algunas propuestas para mejorar el régimen sancionatorio y de esa forma contribuir con los objetivos perseguidos por la libre competencia. Así, en un primer plano, se expone la problemática actual en la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores contra conductas anticompetitivas. Posteriormente, se analizan posibles reformas a nivel institucional, tal como la implementación de una única instancia administrativa, la pena privativa de libertad para directivos, la inhabilitación del cargo para gerentes y directores y el daño reputacional empresarial. Finalmente, se proponen mejoras a los mecanismos de colaboración y/o herramientas de *enforcement* existentes: programas de clemencia, recompensas y cumplimiento. Por tanto, se concluye replantear el enfoque punitivo actual, a través de la implementación de medidas complementarias a las multas; así como continuar fortaleciendo el diseño y ejecución de los instrumentos de detección de cárteles con los que cuenta la autoridad de competencia.

Palabras clave: libre competencia – procedimiento sancionador – multas – daño reputacional empresarial – inhabilitación de cargo – programa de clemencia – programa de recompensas – compliance

Abstract

This research aims to examine the sanctioning administrative regime in Peru, which has been in force since Indecopi's foundation in November 1992. Throughout these years, Indecopi has been strengthening its tools for detecting anticompetitive behaviors and imposing considerable fines to numerous companies and managers. However, despite the institution's significant efforts to enhance the effectiveness of competition enforcement and ensure the proper market functioning, certain deficiencies have been identified in the processing of sanctioning proceedings and the imposition of fines, which are intended to operate as a deterrent tool employed by the authority. In this regard, several proposals have been presented to implement suitable changes in the sanctioning administrative regime and thereby contribute to the various objectives pursued by competition. Firstly, this investigation addresses the current problem in the sanctioning proceedings against anticompetitive behaviors. Subsequently, possible institutional reforms are analyzed, such as the creation of a single administrative instance, imprisonment sentence for managers, director disqualifications and corporate reputational damage. Finally, enhancements are proposed to collaboration and self-regulation mechanisms, such as leniency, antitrust rewards and compliance programs, respectively. In conclusion, the current punitive approach should be reformulated by implementing complementary measures to administrative fines, while the competition authority continues strengthening the design and enforcement of cartel detection instruments available.

Keywords: competition – sanctioning proceedings – fines – corporate reputational damage – director disqualifications – leniency program – antitrust rewards program – compliance

INDICE DE CONTENIDO

Introducción.....	9
Capítulo 1: Estudio del actual régimen del procedimiento sancionatorio de libre competencia en el Perú: procedimiento sancionador e imposición de la sanción.....	11
1.1. Objetivos de la libre competencia	11
1.1.1. Bienestar de los consumidores	12
1.1.2. Garantizar la competencia y ¿protección los competidores?.....	14
1.1.3. Eficiencia económica.....	16
1.2. Premisas teóricas: Libre mercado, intervención pública y defensa de la competencia.	17
1.2.1. El libre mercado como premisa constitucional.....	17
1.2.2. Manifestaciones de la intervención pública en la economía	18
1.2.3. Autoridades encargadas de la defensa de la competencia	20
1.3. Procedimiento administrativo sancionador en libre competencia	21
1.3.1. Cuestión preliminar: ¿por qué existe un régimen administrativo de persecución de las conductas contrarias a la libre competencia en el Perú?	22
1.3.2. Etapas del procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia: identificación de sus notas especiales frente a la regulación común prevista en el TUO de la LPAG	24
1.3.3. Descripción del actual desarrollo de los procedimientos sancionadores en materia de libre competencia en el Perú.....	26
1.3.4. Análisis de los problemas detectados en la tramitación del procedimiento sancionador.....	31
1.4. Estudio del actual régimen de infracciones de libre competencia peruano: las multas y su poca capacidad de disuasión	32
1.4.1. Análisis del marco normativo de las multas.....	32
1.4.2. Situación actual de la aplicación de la multa.....	35
Capítulo 2: Reformas y/o cambios a nivel institucional y del aparato fiscalizador/sancionatorio del Indecopi	41
2.1. Cambio de diseño en la estructura resolutive: evaluación crítica de la implementación de la única instancia en los procedimientos de libre competencia en Perú	41
2.1.1. Doble instancia vs única instancia: análisis normativo y jurisprudencial	41
2.1.2. Estudio del Proyecto del Indecopi que propone la única instancia	43
2.1.3. Implicancias de la implementación de una única vía procedimental: ¿es viable la implementación de la única instancia? ¿Bajo qué propuestas?	45
2.2. Otro enfoque del régimen sancionatorio y eliminación de conductas anticompetitivas.....	48

2.2.1. El rol “disuasorio” de las multas	48
2.2.2. ¿Pena privativa de libertad?.....	50
2.2.2.1. Evolución y tipificación del delito de abuso de poder económico	50
2.2.2.2. ¿Es viable una implementación de la pena privativa de libertad en Perú?.....	51
2.2.3. Inhabilitación del cargo de director/gerente (<i>disqualification</i>)	54
2.2.4. Daño reputacional empresarial	58
2.3. La fiscalización como impulso del procedimiento sancionador: monitoreo del mercado (<i>screening</i>) y visitas de inspección	62
2.3.1. Marco normativo e importancia de las visitas de inspección	62
2.3.2. Análisis del funcionamiento actual de la visita de inspección	64
2.3.2.1. Naturaleza de la visita de inspección del Indecopi: desde un enfoque de prevención y gestión de riesgo	64
2.3.2.2. Fase previa: la configuración de las visitas de inspección	65
2.3.2.3. Fase naciente: el inicio de la visita inspectiva.....	66
2.3.2.4. Desarrollo de la visita de inspección	67
2.3.2.5. Finalización de la visita de inspección	68
2.3.1. Límites al ejercicio de la facultad fiscalizadora de la Administración.....	69
2.3.2. Avances y evolución de las visitas de inspección en materia de libre competencia 70	
2.3.3. Mejoras a futuro en las herramientas de inspección empleadas por la autoridad de competencia en la detección de conductas anticompetitivas.....	71
2.3.3.1. Visitas inspectivas digitales y su vinculación con la intimidad personal.....	72
2.3.3.2. Modernización de las herramientas de informática forense y aumento de personal especializado	74
Capítulo 3: Mejora de los incentivos en instrumentos de colaboración y de las herramientas de <i>enforcement</i> desde el sector privado.....	76
3.1. Programa de Clemencia.....	76
3.1.1 Diseño actual del Programa de Clemencia	78
3.1.1.1. Beneficios del Programa de Clemencia: exoneración y reducción de la multa administrativa	78
3.1.1.2. Alcances del deber de colaboración	82
3.1.1.3. El procedimiento aplicable a la tramitación de solicitudes de beneficios	84
3.1.1.4. Las reglas de confidencialidad	88
3.1.2. Propuestas para mejorar la difusión y contenido del Programa de Clemencia	91
3.1.2.1. Mayor publicidad y promoción del Programa de Clemencia.....	91
3.1.2.2. Incorporación de la exoneración de la responsabilidad penal en caso se suscriba un compromiso de exoneración.....	91

3.1.2.3. Supresión o reducción de la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la suscripción de un compromiso de exoneración	93
3.1.2.4. La necesidad de una mayor coherencia en el funcionamiento del Programa de Clemencia: a propósito de la incongruencia con el derecho comunitario andino	95
3.2. Programa de Recompensas	98
3.2.1. Definición y regulación del programa de recompensas.....	98
3.2.2. Finalidad del Programa de Recompensas.....	100
3.2.3. Diseño del Programa de Recompensas.....	100
3.2.4. Mejoras al contenido y difusión del Programa de Recompensas	104
3.2.4.1. Implementación de mecanismos de protección contra represalias para los denunciantes ante actual “ausencia” de los mismos.....	104
3.2.4.2. ¿Aumento de incentivos monetarios para la rápida detección de cárteles?.....	107
3.2.4.3. Mayor publicidad del programa de recompensas	109
3.2.5. ¿Predominancia del Programa de Cumplimiento sobre el Programa de Recompensa?	110
3.2.6. Desafíos del Programa de “Recompensas” a futuro: hacia un sistema de informantes digital anónimos	113
3.3. Hacia un enfoque persuasivo en la aplicación de las normas de libre competencia: el programa de <i>compliance</i> como eje central una cultura de cumplimiento	114
3.3.1. <i>Enforcement</i> : delimitación y tipos.....	114
3.3.2. Programa de Cumplimiento.....	115
3.3.2.1. Naturaleza de los programas de cumplimiento: autorregulación	116
3.3.2.2. Origen y evolución en el Perú	117
3.3.2.3. Breve análisis del programa de cumplimiento como medida correctiva a propósito de las resoluciones expedidas por la Comisión	118
3.3.2.4. Análisis del diseño de la Guía de Programa de Cumplimiento del Indecopi: avances y fortalecimiento.....	121
3.3.2.5. Posibles problemas en la aplicación de los programas de cumplimiento.....	129
3.3.2.6. Mejoras en la implementación de los programas de cumplimiento	132
3.3.3. Retos a futuro del Programa de Cumplimiento como un instrumento de la autorregulación.....	138
3.3.1.1. Mayor capacitación, formación e involucramiento en temas de competencia de los altos cargos.....	138
3.3.1.2. Establecimiento de una cuota de género en el ámbito de los altos cargos de las empresas	140
3.3.1.3. Implementación de inteligencia artificial para el monitoreo, prevención y detección de cárteles	143
4. Conclusiones.....	144
4.1. Conclusiones del capítulo 1	144

4.2. Conclusiones del capítulo 2.....	146
4.3. Conclusiones del capítulo 3.....	148
5. Referencias bibliográficas	151

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Casos de Practicas Colusorias Horizontales Absolutas resueltos en segunda instancia.....	37
Tabla 2: Casos de Abuso de Posición de Dominio resueltos en segunda instancia	38
Tabla 3: Duración de los procedimientos contenciosos administrativos en materia de libre competencia al 2022	46
Tabla 4: Comparación entre montos máximos de recompensas y PBI per cápita por país	108
Tabla 5: Contenido de las capacitaciones al personal	125
Tabla 6: Multas impuestas a personas naturales entre el 2008 y 2021	138
Tabla 7: Género de las personas naturales sancionadas entre el 2008 y 2021	140

ÍNDICE DE GRÁFICOS:

Gráfico 1: Duración de los procedimientos en sede administrativo de 1996 al 2022	27
Gráfico 2: Número de procedimientos concluidos en sede administrativa: prácticas colusorias horizontales	28
Gráfico 3: Número de procedimientos concluidos en sede administrativa: abuso de posición de dominio	28
Gráfico 4: Duración de los procedimientos en sede administrativa de 1995 al 2022	30
Gráfico 5: Casos sancionados en primera instancia	35
Gráfico 6: Multas en procedimientos de infracción de la competencia en el Perú	36
Gráfico 7: Casos concluidos tanto en sede administrativa como en sede judicial	46
Gráfico 8: Visitas de inspección realizadas por la Dirección entre el 2011 y 2022	71
Gráfico 9: Solicitudes de clemencia entre 1996 y 2022	77
Gráfico 10: Monto base y variable del programa de recompensas.....	103
Gráfico 11: Denuncias de irregularidades realizadas por mujeres y hombres por deber y recompensa	141

ÍNDICE DE FIGURAS:

Figura 1: Encuesta sobre el tipo de sanciones a imponer a individuos que participaron en un cártel	56
Figura 2: Encuesta sobre el tipo de castigo para las personas halladas responsables por la fijación de precios.....	57

Introducción

La presente investigación tiene por finalidad estudiar el régimen sancionatorio en materia de libre competencia a fin de mejorar su aplicación, efectividad y detectar falencias, en la medida que ello repercute en un adecuado funcionamiento del mercado en beneficio de la competencia y del consumidor. Por ejemplo, podría suceder que la subida de precio de productos de la canasta básica e incluso de medicamentos para tratar enfermedades o malestares del día a día no se deba a un comportamiento eficiente del mercado sino a una concertación de precios entre empresas para que obtengan beneficios en perjuicio de los consumidores. Por consiguiente, es necesario que la autoridad de competencia pueda identificar rápidamente esos comportamientos anticompetitivos y erradicarlos no solo mediante la imposición de una multa administrativa en perjuicio de la empresa, sino a través de otros mecanismos que aseguren que los agentes económicos no incurran nuevamente en dichas prácticas.

Desde la incorporación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), el régimen sancionatorio en materia de libre competencia en el Perú ha ido evolucionando favorablemente e incorporando nuevas herramientas para la eliminación de conductas anticompetitivas; no obstante, hoy en día se aprecia un aumento considerable de empresas y directivos sancionados con multas elevadas, como consecuencia de la culminación de procedimientos sancionadores prolongados.

En ese sentido, el primer capítulo esta tesis partirá estudiando qué es lo que busca proteger la libre competencia y a través de qué mecanismos. Así, para que haya competencia efectiva, deberá previamente existir un libre mercado, y en caso contrario, deberán intervenir las autoridades de competencia a corregir la falla en el mercado, a través de diversas manifestaciones, dentro de las cuales se encuentra la instauración de un procedimiento administrativo sancionador. En tal sentido, se procederá a examinar el estado actual de los procedimientos administrativos sancionadores en libre competencia.

En el segundo capítulo, luego de detectar que hay una demora en la culminación de los procedimientos sancionadores se propondrá una reforma en el diseño de la estructura resolutive en materia de libre competencia, con la finalidad de analizar si es factible una reducción del tiempo en la emisión de la decisión de autoridad administrativa. De otro lado, ante el aumento de multas impuestas por el Indecopi, se evaluará si existen otros mecanismos alternativos para desincentivar que los agentes económicos incurran en conductas anticompetitivas, tal como la pena privativa de libertad para los directivos, la inhabilitación del cargo para los gerentes y directores y el daño reputacional empresarial – *naming and shaming* –. Por otra parte, se propondrá mejoras respecto al régimen de visitas de inspección, pues resulta vital que la autoridad cuente con herramientas para detectar y procesar rápidamente las evidencias de una conducta anticompetitiva que estaría perjudicando el correcto desarrollo del mercado.

Finalmente, en el tercer capítulo, se estudiarán los instrumentos de colaboración y herramientas de *enforcement* implementados por la autoridad en los últimos años como parte del refuerzo de su labor para evitar las conductas anticompetitivas. Así, primero se estudiará cómo viene funcionando el programa de clemencia en la actualidad y qué propuestas podrían hacer más efectiva su aplicación, en la medida que durante los últimos años ha habido una reducción de las solicitudes. Asimismo, se revisará el programa de recompensas como herramienta nueva y complementaria al programa de clemencia, a fin de determinar qué aspectos podría mejorar para que diversos denunciadores se animen a denunciar alguna ilegalidad sin verse perjudicados. Por último, se estudiarán los alcances del programa de cumplimiento como instrumento de “autorregulación” así como los avances y retos a futuro para que dicho programa no quede en el “papel”, sino que los trabajadores de las empresas sancionadas logren interiorizar la conducta y especialmente los directivos no se vean expuestos a cometer conductas ilegales.



Capítulo 1: Estudio del actual régimen del procedimiento sancionatorio de libre competencia en el Perú: procedimiento sancionador e imposición de la sanción

El presente capítulo partirá desarrollando los objetivos de la libre competencia, en concordancia con la doctrina y normativa nacional. Los objetivos que serán estudiados son tres: el bienestar del consumidor, la garantía de una competencia efectiva, así como la protección a los competidores y la eficiencia económica. Posteriormente, se expondrán las premisas teóricas de las cuales se basa esta investigación. Así, para que un régimen sancionatorio de conductas anticompetitivas se aplique se debe haber presentado una afectación previamente al libre mercado. Partiendo de ello se expondrá el estado actual del régimen sancionatorio en materia de libre competencia en concordancia con la normativa general del procedimiento administrativo sancionador, así como las autoridades encargadas de defender la competencia. Como consecuencia de lo anterior, se detectarán y expondrán algunos problemas en la tramitación de un procedimiento sancionador en conductas anticompetitivas, así como en la imposición de la multa.

1.1. Objetivos de la libre competencia

Desde la aparición del derecho de la libre competencia en 1890, año en el que el congreso estadounidense presentó la *Ley Sherman*, ley que protegía al comercio contra los monopolios, los objetivos han ido evolucionando en su propuesta pero manteniendo su esencia. En su etapa inicial entre 1890-1930, se buscaba que el poder económico no se concentre a fin de evitar el incremento de precios y limitación de la producción; entre 1930-1950 se buscó que estas normas garanticen la existencia de empresas que dieran posibilidades de trabajo para las masas desempleadas; entre 1950-1970, con los aportes de la Escuela de Harvard, se planteaba como objetivo proteger a las pequeñas industrias; posterior a 1980, se introduce la noción de eficiencia como un objetivo de las políticas de competencia, apoyada por la Escuela de Chicago (Quintana, 2011, p. 29).

En nuestro ordenamiento jurídico, esta materia tuvo “origen” formalmente el 4 de noviembre de 1990 con la emisión del Decreto Supremo 296-90-EF, norma de rango reglamentaria, la cual fue derogada posteriormente por el Decreto Legislativo N° 701 (en adelante, DL 701), el 5 de noviembre del referido año, norma de carácter legal. Cabe precisar que esta materia fue sugerida por primera vez tanto en la Constitución de 1920 como la de 1933, las cuales prohibían los monopolios industriales y comerciales, mas no los estatales. Asimismo, la Constitución de 1979 mantuvo la política antimonopólica referidas en las Constituciones de 1920 y 1933, ampliando a una política oligopólica y de prohibición de los acuerdos restrictivos en el mercado, pero revalidando los monopolios del Estado.

Actualmente, el objetivo que persigue la libre competencia se encuentra plasmado en su norma de competencia. Así, de acuerdo con el primer artículo del Decreto Legislativo N° 1034 (en lo sucesivo, TUO de la LRCA o DL 1034), la Ley de Competencia tiene por

finalidad **promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores prohibiendo y sancionando las conductas anticompetitivas**. En tal sentido, y de conformidad con la Exposición de Motivos del TUO de la LRCA, “(...) *el Decreto Legislativo, busca la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias, en la medida que estas dañan el proceso competitivo, impactando negativamente en la eficiencia económica y, por ende, en el bienestar de los consumidores*” (2008, p.10). El término “eliminación de conductas anticompetitivas” debe ser entendido como la actuación ex post de la autoridad de competencia para combatir dichas conductas.

Como se puede apreciar, dicha finalidad se encuentra relacionada con la facultad que ostenta la agencia de competencia para poder investigar y, de ser el caso, **sancionar las conductas** atentatorias a la libre competencia. Ello también es reconocido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), quien señala que, “*Este objetivo está relacionado con el mandato y las facultades de la autoridad de competencia, que la habilitan para establecer la existencia de conductas anticompetitivas e imponer las sanciones que correspondan*” (2018, p.18). Por tanto, la acción principal de las normas de libre competencia se encuentra focalizada en la **eliminación de conductas anticompetitivas** a fin de **proteger la libre competencia** y el **interés** de los **consumidores** y usuarios. En tal sentido, en la presente investigación se desarrollarán los referidos objetivos: bienestar de los consumidores, garantía de la competencia y la eficiencia económica.

1.1.1. Bienestar de los consumidores

Como es sabido, la satisfacción de los consumidores constituye parte de los objetivos perseguidos por cada empresa proveedora de productos y servicios en el mercado, pues logrando ello los consumidores, volverán a adquirir diversos bienes de su proveedor de confianza, incentivando a que no solo dicho agente económico sino los demás, se esfuercen e inviertan en innovación, tecnología, calidad, y ofrezcan precios competitivos, de modo tal que capten nuevos clientes o le “quiten los clientes” a su competencia de manera legal. Para que el anterior escenario descrito se presente, deberá previamente existir un entorno de competencia efectiva entre las empresas participantes en los distintos mercados. Así, por medio de la amplia oferta de productos y servicios, la mejora en el bienestar de los consumidores, se hará visible.

Partiendo por el ámbito normativo, se puede apreciar que el TUO de la LRCA contiene diversas disposiciones que hacen referencia al bienestar de los consumidores como parte de los objetivos de la libre competencia. La primera mención a la “preocupación” del legislador por los efectos de las prácticas anticompetitivas en el bienestar de los consumidores, se realiza en el artículo 9 del TUO de la LRCA, el cual establece que en los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o

podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores. Posteriormente, el artículo 11 del TUO de la LRCA, que tipifica las prácticas colusorias horizontales, establece que se tendrá que demostrar que la concertación de la calidad de los productos afectó negativamente al consumidor, además de corresponder a normas técnicas nacionales o internacionales. Asimismo, el artículo 47 del TUO de la LRCA que establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa, toma como referencia el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores.

De lo expuesto, se puede deducir que el bienestar de los consumidores se ve, principalmente, reducido con los efectos de las prácticas anticompetitivas y en respuesta a ello el Indecopi toma en consideración los efectos negativos en el consumidor al momento de fijar la multa. Un claro ejemplo de una conducta que afectó a los consumidores, se dio en el caso de concertación de los precios de la carne de pollo, a cargo de 12 empresas del sector avícola y a la Asociación Peruana de Avicultura (APA). Esta afectación se dio por las alzas de precios que obligó a los consumidores a incrementar sus gastos para adquirir la carne de pollo que forma parte de la **canasta básica familiar** (1997, p.8)¹.

Otro caso que afectó considerablemente a los consumidores, fue el de reparto de mercado realizado por Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a nivel nacional, entre enero de 1999 y junio de 2004. En el presente caso se afectó la **vida y salud** de los consumidores, representados en los pacientes afectados con patologías que requerían del oxígeno medicinal (2008, p.218)².

Siguiendo en el sector salud, también el Indecopi sancionó la colusión entre diversas farmacias del Perú las cuales aumentaron los precios de los productos farmacéuticos ocasionando que los consumidores no puedan acceder a estos un menor costo. Esta conducta fue denunciada por los consumidores afectados (2017, p. 51)³, quienes se veían perjudicados por esta infracción que comprometía su **vida y salud**. (2017, p. 53)⁴

Finalmente, un reciente caso que afectó al consumidor fue el de un acuerdo celebrado entre diversas empresas para la fijación concertada de precios en la comercialización de **gas licuado de petróleo envasado** para distribuidores mayoristas en Lima Metropolitana y Callao. En el referido caso, se determinó la importancia del producto involucrado en la **canasta básica familiar** en la medida que fue usado por más del 65% de hogares como combustible para cocinar durante el periodo de ejecución de la conductas anticompetitiva (2019, p. 323)⁵.

¹ Página 8 de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, recaída en el Expediente 011-2015/CLC.

² Párrafo 771 de la Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, recaída en el Expediente 002-2008/CLC.

³ Párrafo 150 de la Resolución 0738-2017/SDC-INDECOPI, recaída en el Expediente 008-2010/CLC.

⁴ Párrafo 158 de la Resolución 0738-2017/SDC-INDECOPI, recaída en el Expediente 008-2010/CLC.

⁵ Párrafo 1182 de la Resolución 276-97-TDC recaída en el Expediente 029-96-CLC.

De estos ejemplos, se puede concluir que, si bien hay una afectación al proceso competitivo, esta es extensiva a los consumidores, quienes han tenido que pagar ya sea precios altos por adquirir un producto de la canasta básica o también han puesto en peligro su salud o su vida al no poder adquirir los medicamentos o el oxígeno que necesitaban con urgencia. De igual forma, se han visto limitados en su elección, así como afectados por la baja calidad de los productos que las empresas pueden ofrecer al coludirse.

1.1.2. Garantizar la competencia y ¿protección los competidores?

Como se explicó previamente, uno de los objetivos de la libre competencia es la protección indirecta de los consumidores, por la afectación causada como consecuencia de las conductas anticompetitivas; sin embargo, también importa la protección de la libre competencia en abstracto así como la de los competidores. En esta sección se buscará ir más allá de lo que la norma o doctrina entiende por “garantizar la competencia”.

La libre competencia es aquella rama del derecho de la competencia que persigue el correcto funcionamiento del mercado. Al respecto, el artículo 61° de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente: *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)”*. De acuerdo con Kresalja y Ochoa, las normas protectoras de la libre competencia existen con la finalidad de evitar que los agentes económicos participantes en el mercado abusen de su libertad de acción a través de la búsqueda de beneficios por medios diferentes a la competencia basada en los méritos empresariales (2012, p.147).

Como es posible observar del párrafo anterior, la libre competencia es definida a través de los beneficios que persigue y los perjuicios que busca evitar. En otras palabras, la competencia está enfocada en el cómo⁶ más que en el qué es⁷. Ambos enfoques son relevantes, para poder definir en qué consiste la libre competencia. Ya habiendo esbozado el primer enfoque (“el cómo”) líneas atrás, tocaría delimitar “el qué es”. De acuerdo con Gonzales De Cossio, la libre competencia es un proceso que involucra un cambio continuo en la información que produce el mercado y que sirve al consumidor para formarse una opinión sobre a quién darle su voto económico; asimismo, es un estado consistente en el deseo de ganarle al rival (2016, p.197). Por su parte el Tribunal Constitucional define a la libre competencia como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos (2004).

De otro lado, resulta importante resaltar que diversa doctrina e incluso la propia norma de competencia peruana y la Constitución hablan de la protección de este bien jurídico en abstracto: libre competencia; no obstante, no se hace alusión a la protección de los

⁶ ¿Cómo se logran los objetivos de la libre competencia?

⁷ ¿Qué es la libre competencia?

competidores. Sobre este punto, puede deducirse que de manera indirecta dicha disciplina, al garantizar la competencia, también garantizará que los competidores no se vean afectados por las prácticas anticompetitivas. Ello en la medida que el objetivo de un mercado competitivo es la existencia de diversos ofertantes y no la concentración de uno o de pocos en detrimento de los agentes económicos participantes o entrantes. De acuerdo con Gonzales De Cossio, el emprendedor (que entraría al mercado como competidor) es pieza clave, pues sin él no hay mercado ni competencia; así para que un potencial competidor desee arriesgar y comprometer su patrimonio en una determinada actividad, propiciando ese fenómeno social que nos conviene a todos es clave que el mercado esté abierto, que carezca de obstáculos indeseables (producto de trucos o esquemas creados por agentes económicos para evitar competencia) de entrada y salida propiciados particularmente por los agentes económicos que alcanzan dominancia (2016, p.197).

Ahora bien, ¿qué competidores estaría protegiendo el TUO de la LRCA? De acuerdo con Quintana, basándose en los objetivos de la Unión Europea, se estaría protegiendo a las pequeñas empresas⁸ frente a las grandes, lo cual no siempre puede ser beneficioso para los consumidores, pues el afán de proteger a empresas pequeñas frente a la competencia de la gran empresa podría conllevar a la permanencia de empresas menos eficientes en el mercado estancando el desempeño de las más eficientes (2011, p.26-27). Sobre el particular, cabe señalar que dicho análisis solo aplicaría para las pequeñas empresas que concurren en el mercado y no son “eficientes” en la medida que no producen innovación, calidad, etc.; sin embargo, no sería aplicable para las empresas entrantes en la medida que no se conoce cómo se van a desenvolver en el mercado, por lo que es válido concluir que la Ley de Competencia protege a los futuros competidores⁹ y a los pequeños/medianos competidores que son eficientes.

Siendo ello así, resulta pertinente señalar que existen diversos perjuicios percibidos por los competidores, como consecuencia del incumplimiento a las normas de libre competencia tal como la **obstrucción a la participación de otras empresas y salida**.

Esto último, por ejemplo, se ve reflejado en la práctica denominada, precios predatorios en la cual una empresa tiene la capacidad para afectar unilateralmente los precios de un determinado producto, manteniéndolos por debajo del nivel de precios competitivos por un

⁸ Sobre el particular la Unión Europea ha señalado que “[l]as normas de competencia de la UE están diseñadas para garantizar condiciones justas e iguales para las empresas, al tiempo que dejan espacio para la innovación, las normas unificadas y el desarrollo de las pequeñas empresas. [...] Se prohíbe a las grandes empresas utilizar su poder de negociación para imponer condiciones que dificultarían que sus proveedores o clientes hicieran negocios con sus competidores. La Comisión puede multar a las empresas por esta práctica, porque conduce a precios más altos y/o a menos opciones para los consumidores”. Disponible en: https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/actions-topic/competition_en (Consultado el 3 de noviembre de 2022)

⁹ Ello se ve reflejado en el inciso h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, que establece: “El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como: (...) h) En general, **aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso** o permanencia **de competidores actuales o potenciales en el mercado** por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”. Asimismo, en el inciso h) del artículo 11.1: “Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como: h) **Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor** a un mercado, asociación u organización de intermediación”.

periodo suficiente para que los competidores se vean obligados a salir del mercado y luego la empresa con poder de mercado pueda aumentar el precio del producto a un nivel monopolístico, que le permita recuperar las pérdidas en las que incurrió durante la práctica. En consecuencia, habrá concentración de la riqueza en un solo agente económico, toda vez que un oferente controla un amplio segmento del mercado.

Por todo lo esbozado es posible concluir que efectivamente uno de los objetivos de la libre competencia es la protección del proceso competitivo, siendo que no se puede excluir del mismo a los competidores afectados con la ejecución de prácticas anticompetitivas, sobre todo las relacionadas al abuso de posición de dominio en sus diversas modalidades, por ejemplo la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra de los competidores y la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en las relaciones comerciales, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

1.1.3. Eficiencia económica

De acuerdo con su artículo 1, la Ley de Competencia prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de **promover la eficiencia económica** en los mercados para el bienestar de los consumidores. Además de la referida disposición dicho concepto aparece en otras secciones de la Ley de Competencia, sin un mayor desarrollo: en el inciso h) del artículo 10.2 y en el inciso k) del artículo 11.1. En el primero, establece que aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica constituyen conductas de abuso de posición de dominio. En el segundo, establece que se entienden por prácticas colusorias horizontales otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Al respecto, la Exposición de Motivos del DL 1034, ha establecido que la eficiencia se define desde tres ejes: eficiencia productiva, eficiencia innovativa y eficiencia asignativa. La **eficiencia productiva** se refiere a la capacidad de uso de recursos y tecnología que tienen las empresas para producir cierta cantidad y calidad determinada al menor costo posible. La **eficiencia innovativa o dinámica** está referida al empleo de la investigación y desarrollo para la introducción de nuevos y mejores productos o servicios. Finalmente, la **eficiencia asignativa** se encuentra referida a una correcta asignación de recursos entre los consumidores que los valoran más y que pueden ser adquiridos pagando un precio que cubra los costos de producción (2008, p.10).

De igual manera, en dicho documento se indica que la fuerte competencia entre competidores a fin de atraer para sí, legítimamente, a los consumidores es motivo para que dichos agentes económicos se comporten eficientemente. Así, se establece que, a través de la rivalidad entre competidores para satisfacer y así ganar la aprobación de los

consumidores, las empresas tienen incentivos para comportarse “eficientemente”, lo que repercute no solo en el bienestar de los consumidores sino de la sociedad en su conjunto. Por tanto, la eficiencia económica es una medida de “qué tan bien las industrias acompañan sus actividades económicas en interés de la sociedad” (2008, p.10).

Sobre la eficiencia económica, cabe concluir que el legislador ha preferido mantenerse al margen sobre el concepto de la eficiencia económica a nivel normativo, sin perjuicio de brindar una concisa y con poco énfasis en la Exposición de Motivos del DL 1034, siendo esta una tarea encargada a especialistas en materia económica.

1.2.Premisas teóricas: Libre mercado, intervención pública y defensa de la competencia.

En la presente sección se presentarán las premisas teóricas de las que parte este estudio: libre mercado, intervención pública y defensa de la competencia. Así, se expondrá cómo se pueden lograr los objetivos perseguidos de la libre competencia, referidos en la sección anterior: ¿a través del libre mercado o la intervención del Estado (ex ante y/o ex post). Finalmente, se desarrollará el papel de la defensa de la competencia en la actualidad en relación con los objetivos perseguidos por libre competencia.

1.2.1. El libre mercado como premisa constitucional

El libre mercado se encuentra previsto en la Constitución de 1993, específicamente en el artículo 58°, el cual establece que: “**La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura**”. De dicho precepto constitucional se puede inferir que existe una libre iniciativa privada de participar en el mercado; mientras que el Estado, en una economía social de mercado, únicamente tendrá el rol de orientador en el desarrollo del país “(...) a través de lineamientos de política en diversos ámbitos concretos y mediante una planificación indicativa, pero no obligatoria” (2016, p.61).

Ello último ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, el cual establece que la economía social de mercado está caracterizada por tres elementos: bienestar social, mercado libre y un estado subsidiario (2003, f.j. 13). El bienestar social implica, empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. Por su parte, el **libre mercado implica, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado;** y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios. Por último, el Estado subsidiario en su vertiente negativa implica que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales, es decir, el Estado tiene el deber de no intervenir económicamente cuando la iniciativa privada sea apropiada para lograr el bien común;

mientras que el Estado subsidiario en su vertiente positiva está obligado a intervenir cuando la iniciativa privada no sea suficiente.

Como se puede apreciar, esta premisa es fundamental para el funcionamiento de **la libre competencia, la cual presupone la presencia de tres requisitos**: la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica, la autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.) y la igualdad de los competidores ante la ley.

1.2.2. Manifestaciones de la intervención pública en la economía

La intervención estatal en la economía está consagrada como una excepción. De nuestra Constitución se infiere que los ciudadanos deben realizar todas las actividades económicas (con los límites establecidos por el ordenamiento) y únicamente cuando la actividad privada no estuviera presente o se manifestaran imperfecciones u omisiones, puede autorizarse al Estado, mediante ley, a intervenir (Kresalja y Ochoa, 2012, p. 102). Para efectos del presente trabajo, se desarrollarán tres manifestaciones, a través de cuales el Estado se hace presente en la economía: (i) mediante la **emisión de regulaciones o normas**; (ii) como **autoridad fiscalizadora**; y (iii) como **autoridad sancionatoria**.

Con relación a la primera forma de intervención “**a través de la emisión de regulaciones o normas**”, se puede señalar que estas tienen diversas finalidades. En cuanto a la **finalidad orientativa**, el Estado, a través de sus normas, tal como el TUO de la LRCA y la Ley 31112 – Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, puede regular qué conductas se encuentran prohibidas y por ende, son sancionadas, así como puede establecer requisitos para la realización de una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella. De igual forma, también puede emitir normas de *soft law*, tal como las Guías (Guía de Clemencia, Guía Para Combatir la Concertación de las Contrataciones Públicas, etc.), Lineamientos (Recompensas, Visitas de Inspección, Resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas, etc.), Abogacías de Competencia, etc., a través de las cuales puede establecer parámetros y/o recomendaciones a fin de que los agentes económicos desarrollen sus actividades o se acojan a determinado beneficio, de considerarlo pertinente. En otras palabras, es un intento enfocado en alterar el comportamiento de otros conforme a estándares definidos con la intención de producir un resultado ampliamente identificado, el cual puede se puede involucrar mecanismos de actividad normativa, recopilación de información y modificación del comportamiento (Black, 2000, p.21).

Por su parte, la **finalidad preventiva**, busca evitar la consumación de un acto ilegal a través del desarrollo de un conjunto de reglas que traten de impedir la manifestación de la conducta prohibida. De acuerdo con Baldwin, este conjunto autorizado de reglas debe ir acompañado de algún mecanismo para monitorear y promover el cumplimiento (Baldwin, Cave y Lodge, 2012). Un claro ejemplo se puede encontrar en el desarrollo de Programas

de Capacitación y de Eliminación de Riesgos de Incumplimiento de la Normativa sobre Libre Competencia, en el inciso e) del artículo 49 del TUO de la LRCA que trata sobre las medidas correctivas conducentes a prevenir la comisión de conductas anticompetitivas. En este caso, el Indecopi busca que el agente económico infractor no vuelva a cometer una infracción a la normativa de libre competencia en un futuro a través de la implementación de un programa de cumplimiento dirigido a sus trabajadores especialmente a los de la alta dirección. En el ámbito de las telecomunicaciones, se cuenta con la regulación plasmada en el Reglamento de Tarifas¹⁰ que ordena a las empresas operadoras la comercialización de servicios de telecomunicaciones ya sea de manera separada o conjunta y en este último caso, sin condicionar su contratación a la contratación de otro servicio público de telecomunicaciones. En este ejemplo, la conducta prohibida cuya manifestación se está evitando, es la venta atada, la cual se encuentra prevista en la Ley de Competencia, y es el Osiptel la autoridad encargada de monitorear el mercado de telecomunicaciones.

La segunda forma de intervención estatal se dará a través de un **rol fiscalizador de la autoridad** administrativa. La actividad de fiscalización de la Administración se encuentra regulada en artículo 239.1 del TUO de la LPAG, el cual señala que, *“La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”*. Como se puede apreciar de la anterior cita, la Administración goza la facultad de acudir (incluso de manera sorpresiva o aleatoria) a supervisar que los administrados cumplan con sus obligaciones derivadas de una norma legal, bajo un enfoque de cumplimiento normativo y tutela de bienes jurídicos protegidos.

Trasladando dicha interpretación al ámbito de la represión de conductas anticompetitivas, se puede afirmar que el Indecopi a través de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la Dirección)¹¹ se encuentra facultado a acceder a los establecimientos de las empresas, siempre y cuando haya sospechas de que las mismas estarían infringiendo la normativa de libre competencia perjudicando la libre competencia y a los consumidores.

Finalmente, la autoridad también ostenta de una **potestad sancionadora**, la cual se manifiesta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. De acuerdo con Danós, la potestad sancionadora es un poder natural o de las competencias otorgadas a la administración en determinadas materias (1995, p. 150). Por su parte, Nieto postula que quien tiene la potestad de ordenar, mandar y prohibir, ha de ostentar la potestad de

¹⁰ Artículo 29-B inciso (i) del Reglamento General de Tarifas, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD-OSIPTEL.

¹¹ De conformidad con los artículos 96 y 97 del Texto Integrado del Nuevo Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia ejerce las funciones de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

sancionar, pues sin ésta resultarían inoperativas aquéllas (1994, p. 564). El ejercicio de esta potestad ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en los Expedientes No.0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados). Así, el Tribunal Constitucional ha destacado que existen límites a la potestad sancionadora que no deben ignorarse y que toda política pública, más allá de los intereses o bienes que resguarde, debe cumplir una finalidad pedagógica. De acuerdo con el Colegiado, ello no se logra colocando sanciones como única posibilidad, sino fomentando comportamientos adecuados y estableciendo fórmulas intermedias que sólo de ser desacatadas, es que puedan legitimar una actuación radical y definitiva (2020, f.j.10).

Dentro del ámbito de la libre competencia, son la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, Comisión) y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, Sala), los órganos encargados en primera y segunda instancia, respectivamente, de sancionar a las empresas que han infringido la norma de libre competencia mediante la imposición de multas expresadas en UIT. En el caso del Osiptel, los órganos encargados son el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, Cuerpo Colegiado) y el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC).

1.2.3. Autoridades encargadas de la defensa de la competencia

Todo lo desarrollado en las secciones de libre mercado e intervención pública en la economía guarda relación con esta última sección de defensa de la competencia. Justamente la posibilidad de que las empresas puedan competir en el mercado de manera libre se debe al nuevo modelo económico, el cual, si bien le da esta facultad de poder participar en el mercado a las empresas, también le asigna un rol vigilante al Estado. Es así que, a través de sus diversas manifestaciones (ya vistas anteriormente), se hace presente. Dichas funciones plasmadas a través de intervenciones regulatorias-normativas (en algunas de sus vertientes) o fiscalizadora y sancionatoria han sido encargadas al Indecopi, autoridad encargada de la defensa de la competencia y al Osiptel en el ámbito de las telecomunicaciones.

Como bien se mencionó líneas atrás, las autoridades encargadas de defender la libre competencia son el Indecopi y el Osiptel en sus respectivos ámbitos. En tal sentido, se desarrollará brevemente el rol de defensa de la competencia de ambas instituciones.

El Indecopi fue creado en noviembre de 1992, a través del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, actualmente derogada por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1033, publicado el 25 junio 2008. En esa antigua norma, el Indecopi era un organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, lo cual ha variado en la medida que actualmente se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros; no obstante,

se está discutiendo su posible cambio a un organismo constitucionalmente autónomo (2021, p. 1-16)¹².

Ciertamente, el Indecopi tiene un rol de defensa de la competencia sea cual sea la categoría que finalmente se decida atribuirle. Dicho rol ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 1963-2006-PA/TC, quien ha señalado que “(...) *el INDECOPI está facultado para evaluar y determinar en cada caso si los hechos o las conductas que son puestos en su conocimiento constituyen prácticas contrarias a la libre competencia. Es decir, le corresponde determinar si las conductas denunciadas se encuentran comprendidas, o no los supuestos legales de prohibición recogidos en las normas que protegen el normal desarrollo del mercado*” (2006, f.j. 21)¹³.

Por otra parte, el Osiptel fue creado en julio de 1991, a través del Decreto Legislativo N° 702, a través del cual se declaró de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprobó las normas que regularon la Promoción de Inversión Privada en telecomunicaciones. Así, la Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones fue sustituida por dicho regulador. El Osiptel, inició sus actividades con la instalación de su primer Consejo Directivo el 26 de enero de 1994¹⁴ y fue el artículo 69 de la Ley de Telecomunicaciones una de las primeras menciones a la facultad del Osiptel para actuar como autoridad de competencia ante la presentación de prácticas prácticas concertadas entre empresas que tengan por efecto restringir la competencia.

Uno de los momentos en el que este rol de defensa de la competencia se hace presente es en la configuración de un procedimiento administrativo sancionador. En la siguiente sección se desarrollará su contenido.

1.3. Procedimiento administrativo sancionador en libre competencia

El procedimiento administrativo sancionador es el procedimiento que sirve para determinar la posible comisión de una infracción por parte de uno o más administrados. De acuerdo con el Ministerio de Justicia la importancia del procedimiento administrativo sancionador presenta una doble dimensión, pues, “(...) *de una parte, **es el mecanismo idóneo que tiene la Administración Pública para lograr su finalidad pública** y, de otro lado, constituye la vía que permite ofrecer al administrado las garantías necesarias para el respecto de sus derechos fundamentales*” (2017, p. 12).

De acuerdo con lo previsto en el TUO de la LPAG, si bien hay un marco normativo base que justamente es la Ley General de Procedimiento Administrativo, también hay procedimientos que se rigen por su norma especial. Así, el artículo 247.2 del TUO de la

¹² Proyecto de Ley 06919/2020-CR del 13 de enero de 2021.

¹³ Fundamento 21 de la Sentencia recaída en el Expediente 1963-2006-PA/TC.

¹⁴ Información institucional del Osiptel. Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/informacion-institucional/nosotros/#:~:text=El%20Osiptel%20fue%20creado%20el,2%20de%20febrero%20de%202001> (Consultado el 15 de abril de 2021).

LPAG, establece expresamente que las disposiciones contenidas en dicha norma marco **se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales**, los cuales deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador¹⁵.

Uno de los tantos procedimientos especiales existentes en la Administración Pública es el procedimiento sancionador contra conductas anticompetitivas regido por el DL 1034, norma con rango y fuerza de ley. Este procedimiento especial, será materia de estudio desde el porqué de su creación hasta su desarrollo en la actualidad logrando identificar diversos inconvenientes presentados en su ejecución.

1.3.1. Cuestión preliminar: ¿por qué existe un régimen administrativo de persecución de las conductas contrarias a la libre competencia en el Perú?

Si bien la premisa actual del régimen económico peruano es la libre concurrencia en el mercado, resulta necesario contar con un régimen de represión de conductas anticompetitivas a fin de corregir las fallas presentadas en el mercado. En línea con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha manifestado en la Sentencia recaída en el Expediente 3315-2004-AA/TC (*Caso Agua Pura Rovic S.A.C.*) que, “(...) *no se trata naturalmente de que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien (y en eso reside su intervención) de **garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva** y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone, estén siendo realmente cumplidas*” (2005, p.17).

Como se puede apreciar de dicho pronunciamiento, el rol del Estado es de promotor y vigilante de la libre competencia y ante cualquier situación que la distorsione, deberá intervenir. Es por ello que se le ha encargado a una agencia de competencia especializada vigilar que haya competencia en distintos mercados, con la finalidad de proteger el bien jurídico “libre competencia” tutelado por la Constitución, a través de una intervención ex post. Tal como señala Kresalja y Ochoa: “*El INDECOPI, fue concebido como un ente autónomo técnica, económica y administrativamente, encargado de proteger el mercado de las prácticas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia (...)*” (2019, 143).

Otra de las razones por las que existe un régimen administrativo de persecución de conductas contrarias a la libre competencia en el Perú es porque es una **materia especializada y compleja**. Con relación al **criterio de especialización**, cabe señalar que esta disciplina abarca diversos temas que requieren de un mayor desarrollo, tal como mercado relevante, posición de dominio, abuso de posición de dominio, prácticas colusorias horizontales y verticales, etc., los cuales no podrían ser abordados en una ley

¹⁵ Artículo 247.2 del TUO de la LPAG.

común. Por ello, resulta necesario que las conductas se encuentren englobadas en un único aparato normativo especializado. Ello le dará mayor seguridad a los administrados al momento de identificar la conducta imputada, pues recurrirán a la norma especial. Dicho criterio se puede encontrar en diferentes normas a nivel comparado, en la medida que cada país cuenta con sus propias normas de competencia. En España, por ejemplo, la ley 15/2007 del 3 de Julio, es la ley vigente. A diferencia de Perú, que cuenta con dos normas (una para controles ex post y otra para controles ex ante), España solo cuenta con una única norma que engloba las conductas prohibidas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias) y el procedimiento de control de operaciones de concentración. El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia se encuentra en el Decreto Ley N° 211, norma que tiene por objetivo promover y defender la libre competencia en los mercados; así como prohibir, corregir y reprimir los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas del país. Por su parte, en México se introdujo la Nueva Ley Federal de Competencia Económica el 23 de mayo de 2014, la cual tiene por objeto promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, eliminar los monopolios, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia.

Ahora bien, en cuanto al **criterio de complejidad**, conviene precisar que, a nivel de la Administración Pública existen diversos regímenes sancionadores especiales, que, si bien tienen como base a la Ley General de Procedimiento Administrativo, cuentan con distintos plazos en el desarrollo del procedimiento. Es por tal motivo que los procedimientos especiales no se rigen por los plazos de una ley común sino que cuentan con sus propios plazos. Por ejemplo, el TUO de la LPAG, establece 5 días para que las partes imputadas presenten sus descargos. Claramente dicho plazo es insuficiente para un procedimiento en materia de libre competencia, y ello se ve reflejado en el plazo establecido en el TUO de la LRCA, el cual es de 30 días. Asimismo, hay procedimientos que involucran varios imputados y periodos extensos, por lo que se necesita mayor plazo para que la autoridad pueda investigar, recabar los medios probatorios y decidir si sanciona o archiva el caso, en la medida que los procedimientos no culminan en 9¹⁶ meses, tiempo máximo de duración de un procedimiento según el TUO de la LPAG.

De acuerdo con el TUO de la LRCA, se prevé 30 días hábiles para la presentación de descargos, 7 meses para un periodo de prueba, 30 días hábiles para la emisión de un Informe Técnico, 30 días hábiles para que las partes presenten sus alegatos al Informe Técnico, 5 días para el trasladar a la Comisión el informe técnico y los alegatos, 5 días para la notificación de decisión de convocar a informe oral, no menos de 5 días para convocatoria y realización del informe oral, 10 días para la presentación de alegatos finales, 60 días hábiles para que la Comisión emita su pronunciamiento y 10 días para la notificación de resolución final.

Como se puede apreciar, los referidos plazos suman más de 9 meses, incluso más de 12 meses, tiempo límite establecido en el TUO de la LPAG para la duración de un

¹⁶ Excepcionalmente puede ampliarse a 3 meses más.

procedimiento. Sobre este punto, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante el MINJUS) ha reconocido que la Ley Represión de Conductas Anticompetitivas establece un tiempo de duración del procedimiento mayor a nueve (9) meses fijados por el TUO de la LPAG al ser ésta una norma que regula un procedimiento sancionador de carácter especial¹⁷.

1.3.2. Etapas del procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia: identificación de sus notas especiales frente a la regulación común prevista en el TUO de la LPAG

La regulación del procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia tiene origen en el Decreto Legislativo N° 701. El Título V del referido dispositivo regulaba un capítulo único dedicado al procedimiento. Así, el artículo 15 señalaba que la investigación era iniciada por la Dirección de oficio, previa aprobación de la Comisión, o a petición de parte. Actualmente, el artículo 18 del TUO de la LRCA establece que el procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Dirección o por denuncia de parte. Como se puede apreciar, el inicio de procedimiento sancionador en la actualidad a diferencia de años atrás, se rige por el principio de debido procedimiento¹⁸. el cual señala, entre otras cosas, que los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas

Si bien ha existido una evolución normativa en cuanto a la separación de órganos (instructor y resolutorio), en la práctica dicha separación no se da del todo. Actualmente, cada órgano emite independientemente sus propias resoluciones de inicio del procedimiento y de sanción; no obstante, los vocales al trabajar a tiempo parcial no pueden realizar al 100% las resoluciones sancionadoras, sino que solo son participantes, siendo el órgano instructor el que termina realizando dichas resoluciones.

En vista de dicha circunstancia, el Indecopi aprobó mediante Resolución N° 000001-2022-ORH/INDECOPI, de fecha 13 de enero de 2022, la difusión de la Primera Actualización del Cuadro para Asignación de Personal (CAP) Provisional de Indecopi, correspondiente al Año Fiscal 2022 y con ello se previó la contratación de un asesor, dos ejecutivos y un asistente administrativo para la Comisión de Defensa de la Libre Competencia con la finalidad de evitar que la Dirección elabore las resoluciones que deberían estar a cargo de la Comisión; sin embargo, a la fecha no han sido ocupadas dichas vacantes¹⁹.

¹⁷ Consulta Jurídica 15-2017/JUS/DGDNCR de fecha 4 de julio de 2017.

¹⁸ Artículo 248.2 del TUO de la LPAG

¹⁹ Ver los números 165, 166, 167 y 168 del Anexo N° 2, Formato N° 2 - CAP Provisional de la Resolución N° 000001-2022-ORH/INDECOPI de fecha 13 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3195283/RESOLUCI%C3%93N+ACTUALIZACI%C3%93N+CAP+Y+ANEXO/26d5de53-c2a7-5b56-f1d4-383b80ba9132> (Consultado el 5 de noviembre de 2022)

En conclusión, no basta con la inclusión normativa de la separación del órgano instructor (Dirección) y el órgano sancionatorio (Comisión de Libre Competencia), ni con la aprobación de una resolución que autorice la contratación de personal que apoye a la Comisión, si en la práctica no se va a contratar los puestos propuestos. Así, se deberían incluir otros cambios, tal como en la contratación de los vocales a tiempo completo y una remuneración mayor. Ello mismo debería incluirse en el Osiptel como agencia de competencia, la cual ha tenido una separación de los órganos instructor y resolutivo más tardía²⁰.

En cuanto al plazo para que denunciados presenten sus descargos, cabe señalar que durante los últimos años ha variado. El artículo 16° del Decreto Legislativo N° 701, establecía que el denunciado podía contestar los cargos en un plazo de quince (15) días, ofreciendo las pruebas correspondientes. Actualmente, el plazo de presentación de descargos contemplado en el TUO de la LRCA es de treinta (30) días, a diferencia del marco general establecido en el TUO de la LPAG que es de cinco (5) días. Cabe precisar que en el Reglamento de Solución de Controversias del Osiptel, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 248-2021-CD/OSIPTTEL (en adelante Reglamento de Controversias), norma por la cual se rigen los procedimientos de libre competencia tramitados por la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados de dicha entidad, el plazo para la presentación de descargos es de quince (15) días. Como se puede apreciar, los plazos varían dependiendo de cada dispositivo normativo y en atención a la complejidad de procedimiento administrativo. Asimismo, con los plazos para la absolución de los cargos “(...) *se busca proteger el derecho de los administrados a contar con el tiempo necesario para la preparación de la defensa*” (Morón, 2019, p. 505).

Con relación al término probatorio, mientras que en el Decreto Legislativo N° 701 era de treinta (30) días, en el TUO de la LRCA se ha fijado un periodo de prueba que no podrá exceder de siete (7) meses. Dicho cambio tan significativo en el plazo probatorio, se debe principalmente a la dificultad de obtención y procesamiento de la información realizado de las partes. Asimismo, la autoridad en el marco del principio de impulso de oficio tiene la carga de la prueba del procedimiento sancionador, por lo que también participará en esta etapa actuando diversos medios probatorios tales como documentos, declaraciones de parte, testimonios, y cualquier otra prueba que sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos denunciados o imputados. De igual forma, la Dirección cuenta con la facultad de declarar la improcedencia de los medios probatorios ofrecidos por los denunciados, los investigados o terceros con legítimo interés, por lo que el tiempo estipulado en el TUO de la LRCA para la realización de todo lo señalado es un tiempo razonable.

²⁰ Con la modificación del ROF del OSIPTTEL en octubre de 2020, se hizo expresa la separación del órgano instructor y resolutivo, pues anteriormente eran los Cuerpos Colegiados quienes iniciaban el procedimiento y no la Secretaría Técnica. Anteriormente, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados, de conformidad con el inciso k) del artículo 72 del antiguo ROF del OSIPTTEL – aprobado por Decreto Supremo N° 104-2010-PCM –, **recomendaba** el inicio de un procedimiento sancionador en materia de libre competencia. Posteriormente, el inciso c) del artículo 51 del actual ROF del OSIPTTEL – sección segunda – estableció expresamente que **el inicio e instrucción del procedimiento sancionador está a cargo de la Secretaría Técnica**.

Sobre la finalización del procedimiento con la emisión de la resolución final, el artículo 39° del TUO de la LRCA establece que la Comisión tendrá un plazo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir del vencimiento del plazo que tienen las partes para presentar alegatos finales, para emitir su pronunciamiento. Con el DL 701, la Comisión debía emitir un pronunciamiento en cinco (5) días. Sobre el particular, cabe señalar que con la anterior norma era inviable la emisión de una Resolución Final en un plazo tan corto en la medida que la Comisión debe analizar todas las cuestiones que se deriven del expediente. En tal sentido, el actual plazo resulta compatible con toda la información que le correspondería revisar a la Comisión para pronunciarse.

1.3.3. Descripción del actual desarrollo de los procedimientos sancionadores en materia de libre competencia en el Perú

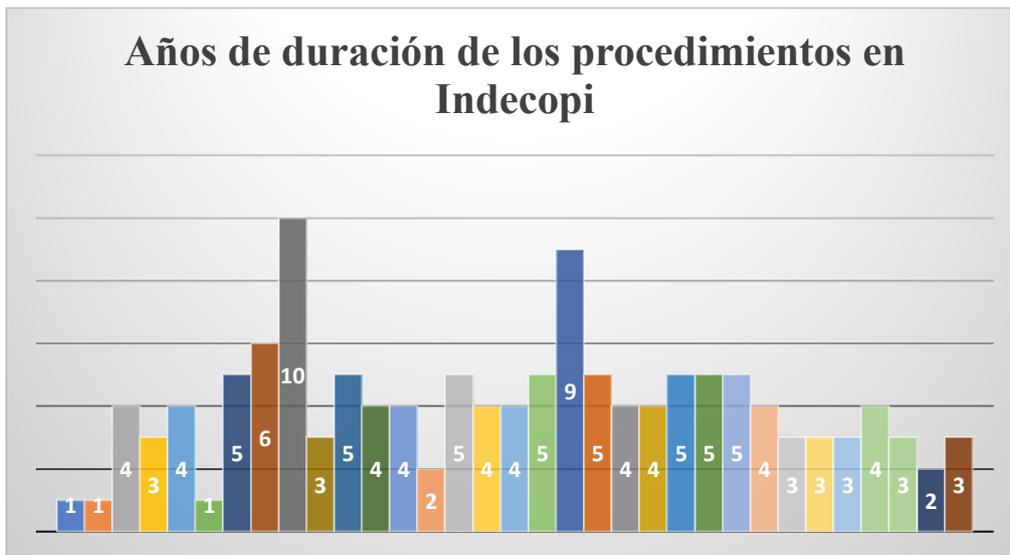
Una vez identificadas y analizadas las etapas del procedimiento administrativo sancionador de acuerdo a la normativa de represión de conductas anticompetitivas, se expondrá su funcionamiento en la práctica. De esa manera, se podrá apreciar que no necesariamente los procedimientos sancionadores cumplen con el plazo establecido en la norma de competencia.

En la actualidad, un procedimiento sancionador en materia de libre competencia en Indecopi tiene una tramitación promedio de 4 años²¹ en sede administrativa tanto en primera instancia (Comisión de Defensa de la Libre competencia) como en segunda instancia (Sala Especializada en Defensa de la Competencia). No obstante, se han presentado algunos casos cuya duración ha sido de 6, 9 y 10 años. A continuación, se presentará un gráfico que engloba el tiempo estimado de duración de un procedimiento administrativo sancionador en libre competencia desde el año 1996 hasta el 2022.

[Continúa en la siguiente página]

²¹ El promedio ponderado de la duración de los procedimientos concluidos en segunda instancia desde 1996 hasta el 2019 es 4.03125.

Gráfico 1: Duración de los procedimientos en sede administrativo de 1996 al 2022



Fuente: Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI y Comisión de Defensa de la Libre Competencia (2022)

Elaboración propia

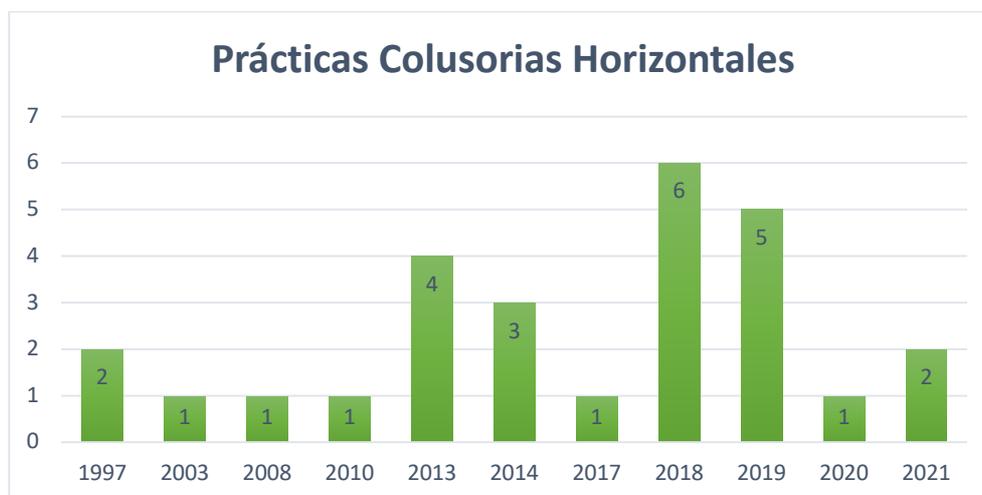
*Cabe señalar que el tiempo de duración de un procedimiento se considera desde la fecha de la resolución de inicio a cargo de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia hasta la fecha de la resolución confirmatoria en segunda instancia, a cargo de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

**Únicamente se están considerando los procedimientos que han concluido con la imposición de una multa.

Ahora bien, en los últimos años las prácticas anticompetitivas han ido aumentando, y con ello su duración, en especial las prácticas colusorias horizontales en comparación de las prácticas que constituyen abuso de posición de dominio, conforme se puede apreciar a continuación:

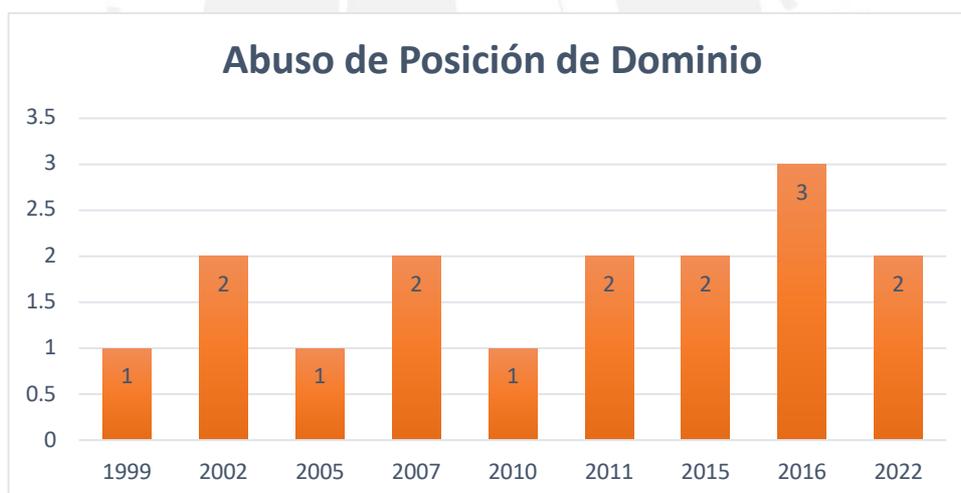
[Continúa en la siguiente página]

Gráfico 2: Número de procedimientos concluidos en sede administrativa: prácticas colusorias horizontales



Fuente: Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI (2022)
Elaboración propia

Gráfico 3: Número de procedimientos concluidos en sede administrativa: abuso de posición de dominio



Fuente: Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI (2022)
Elaboración propia

En el caso de las prácticas colusorias horizontales, el número de procedimientos concluidos en los últimos años ha aumentado considerablemente en comparación a la década pasada. Incluso hay diversos procedimientos que se encuentran en proceso de apelación como el caso del club de la construcción por repartición de licitaciones convocadas por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (Provías) y otras entidades del Estado²², la concertación

²² Disponible en: <https://larepublica.pe/politica/2021/11/19/indecopi-multan-a-33-empresas-por-concertar-en-el-club-de-la-construccion-odebrecht/> (Consultado el 20 de junio de 2022).

del precio del pavo entre 6 supermercados²³, etc.; así como 17 investigaciones preliminares en curso en el mercado de combustibles por concertación de precios²⁴.

Con relación a la práctica de abuso de posición de dominio, el Indecopi ha destacado que durante el 2021, se inició 2 procedimientos sancionadores sobre de abuso de posición de dominio en los sectores de producción de cemento y suministro de energía eléctrica²⁵. Con relación al primero, se trataría de Yura S.A. (en adelante, Yura), empresa del Grupo Gloria dedicada a la fabricación y comercialización de cemento en la Región Sur del país. La referida empresa, ostenta un 99% de participación en el mercado comercialización de cemento en dicha Región y estaría siendo investigada por la implementación de una política anticompetitiva destinada a impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores, por razones diferentes a una mayor eficiencia económica²⁶. A junio de 2022, cabe señalar que la Dirección ha emitido el Informe Técnico 025-2022/DLC-INDECOPI, a través del cual se recomendó sancionar a Yura y a los demás agentes económicos involucrados en la conducta.

El segundo procedimiento iniciado se trataría del caso de Atria Energía contra Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A (en adelante, Seal). Esta última es una empresa distribuidora de energía eléctrica en el departamento de Arequipa, la cual es a su vez, la única suministradora de los usuarios regulados que están en su área de concesión. Seal ha sido sancionada por la Comisión por trato discriminatorio al aplicar de manera injustificada condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a los usuarios que pasaban al segmento libre y decidían contratar con empresas competidoras²⁷. A agosto del 2022, dicho procedimiento se encuentra concluido en última instancia administrativa, habiendo resuelto la Sala confirmar la decisión de la Comisión²⁸; es decir, declarar responsable a Seal por incurrir en el acto de abuso de posición de dominio señalado líneas atrás.

A modo de conclusión, respecto a los procedimientos tramitados bajo la modalidad de abuso de posición de dominio, cabe señalar que estos continúan presentándose a la fecha con mayor énfasis en el sector eléctrico. Así por ejemplo, se tiene el caso de la empresa Electro Dunas S.A.A., la cual al igual que Seal, habría incurrido en abuso de posición de

²³ Disponible en: <https://andina.pe/agencia/noticia-indecopi-investigacion-oficio-desarticulo-cartel-acordo-precio-del-pavo-890577.aspx> (Consultado el 20 de junio de 2022).

²⁴ <https://andina.pe/agencia/noticia-indecopi-tiene-17-investigaciones-preliminares-mercado-combustibles-830992.aspx> (Consultado el 12 de abril de 2021).

²⁵ Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia/138425-multas-historicas-sanciones-por-conductas-anticompetitivas-ascendieron-a-s-2800-millones> (Consultado el 20 de junio de 2022).

²⁶ <https://elperuano.pe/noticia/126376-el-indecopi-inicia-procedimiento-sancionador-por-presunto-abuso-de-posicion-de-dominio> (Consultado el 20 de junio de 2022).

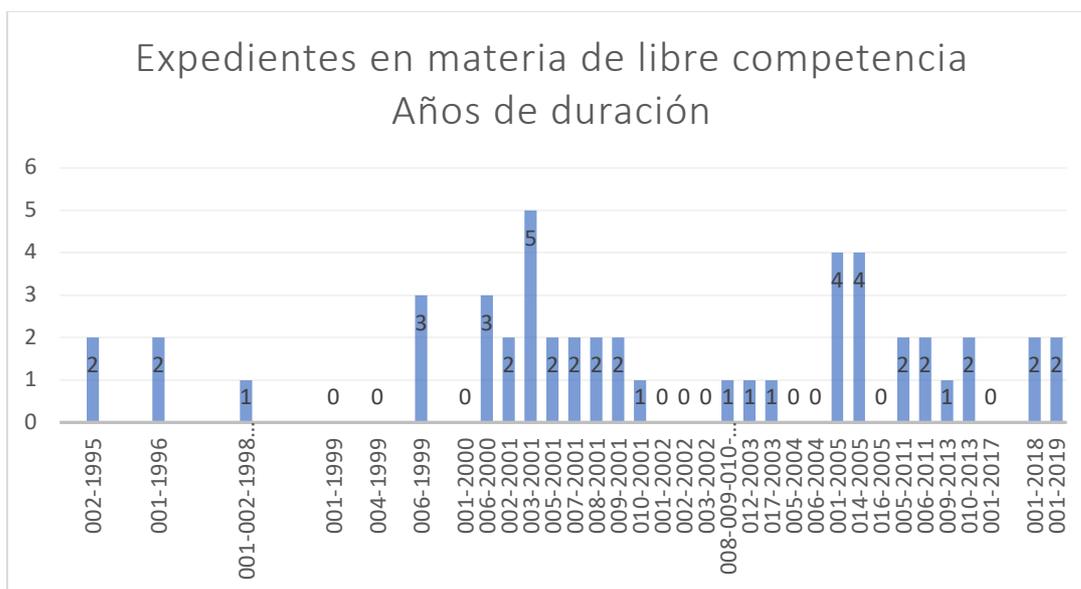
²⁷ <https://andina.pe/agencia/noticia-indecopi-sanciona-a-empresa-electrica-arequipa-abuso-posicion-dominio-867805.aspx> (Consultado el 20 de junio de 2022).

²⁸ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/639837-el-indecopi-confirma-en-ultima-instancia-sancion-impuesta-a-la-empresa-electrica-seal-de-arequipa-por-abuso-de-posicion-de-dominio> (Consultado el 26 de octubre de 2022).

dominio al aplicar condiciones desiguales a sus clientes para ofrecer los mismos servicios²⁹.

Ahora bien, con relación a los procedimientos de libre competencia tramitados por el Osiptel bajo su Reglamento de Controversias cabe señalar que en comparación con los procedimientos tramitados en Indecopi tienen una duración menor en sede administrativa. Sin embargo, ello no responde a la mayor eficiencia de una entidad en comparación con la otra, sino que tiene que ver con la cantidad de mercados investigados por cada una y la base normativa empleada para la tramitación de cada procedimiento.

Gráfico 4: Duración de los procedimientos en sede administrativa de 1995 al 2022



Fuente: Página Web Osiptel

Elaboración propia

*Desde diciembre de 2020 a noviembre de 2022 no hay nuevos procedimientos concluidos en materia de libre competencia.

**Se están incluyendo todos los procedimientos en materia de libre competencia ya sea que hayan concluido con la imposición de una multa o se hayan archivado.

Como se puede apreciar del anterior gráfico, la mayor cantidad de años que ha durado un procedimiento en sede administrativa es 5 años. Asimismo, hay otros procedimientos que han durado 4 o 3 años. No obstante, también existe una cantidad regular de procedimientos que no han logrado superar el año, durando únicamente meses o días, por lo que se ha contabilizado la duración en 0 años.

Del análisis de algunos casos se ha podido notar diversos factores que influyeron en el tiempo de duración de los procedimientos sancionadores. Normalmente, los casos cuya

²⁹ Disponible en: <https://gestion.pe/economia/empresas/electro-dunas-indecopi-inicia-procedimiento-sancionador-por-abusar-de-posicion-dominante-en-el-mercado-noticia/> (Consultado el 20 de junio de 2022).

duración fue de 4 o 5 años tuvieron una mayor complejidad, análisis, y en su mayoría han pasado por una segunda instancia³⁰.

1.3.4. Análisis de los problemas detectados en la tramitación del procedimiento sancionador

Como se pudo apreciar de la información descrita hay un exceso de tiempo empleado por el Indecopi para concluir procedimientos sancionadores en sede administrativa. Ello no ocurre con el Osiptel en la medida que este organismo para resolver casos de libre competencia en el sector de telecomunicaciones se rige por su Reglamento de Controversias el cual no tiene plazos tan extensos como el TUO de la LRCA, siendo que además está enfocado en un único mercado a diferencia del Indecopi. En los últimos casos resueltos en primera instancia la duración ha sido entre 9 a 12 meses. La pregunta que sigue es ¿Cuál es el plazo razonable de duración de un procedimiento para no afectar la protección de la libre competencia?

Actualmente, existen dos normas que se pronuncian indirectamente sobre el plazo razonable: el TUO de la LPAG y el TUO de la LRCA. Del primero se infiere que el plazo razonable es de 9 a 12 meses mientras que el segundo indica que los plazos son los contemplados en su norma; no obstante, como bien se ha mencionado con anterioridad, los procedimientos establecidos en las especiales priman sobre el procedimiento común regulado en el TUO de la LPAG. Teniendo en cuenta que la norma a la cual se debe recurrir es al TUO de la LRCA corresponde explicar que mediante Decreto Legislativo N° 1396 (DL 1396) del 5 de setiembre del 2018, se introdujo el artículo 30-A sobre la suspensión del plazo para resolver. Este artículo se limita a listar los supuestos bajo los cuales la autoridad de competencia puede suspender los plazos aplicables a cada etapa del procedimiento sancionador. Sin embargo, la Exposición de Motivos del DL 1396, hace referencia al plazo razonable al mencionar que “(...) interpretaciones que busquen la aplicación no razonada de las reglas de caducidad podría impedir que la autoridad emita decisiones definitivas en plazos razonables generando un grave riesgo de impunidad e incluso promoviendo el despliegue de actuaciones procesales dilatorias por parte de los investigados, o la reincidencia en conductas que lesionan gravemente el bienestar de los consumidores” (2018, p.15). De una lectura conjunta de dicha cita y la sección referida al “plazo para resolver”, se puede inferir que la autoridad entiende por plazo razonable al establecido en el DL 1034, siendo este en ocasiones mayor por asuntos que no se encuentran bajo el control de la autoridad como incidentes sobre confidencialidades, dilaciones en el cumplimiento de los requerimientos de información, tanto por los imputados como por terceras autoridades y adicionalmente por la complejidad del caso.

En línea de lo anteriormente señalado Morón sostiene que hay ciertos criterios a considerar para determinar si la duración de un procedimiento sancionador es razonable o no: la

³⁰ Sobre el particular, revisar el Expediente N° 003/2001, controversia entre AT&T Perú S.A y Telefónica del Perú S.A.A y Expediente N° 001/2005, controversia entre Nextel del Perú S.A. y Telefónica Móviles S.A.C.

complejidad del asunto, el comportamiento del administrado, la forma en que el asunto ha sido llevado por las autoridades administrativas (es decir, lo que ordinariamente demora en resolver ese tipo de procesos); y, las consecuencias dañosas que efectivamente la demora produce a las partes. Asimismo, al autor precisa que no toda falta de celeridad del procedimiento constituye una dilación indebida, pues debe ponderarse los factores antes descritos (2019, p.88).

Adicionalmente, cabe señalar que la Comisión se ha pronunciado señalando que el plazo de caducidad se encuentra vinculado a las etapas establecidas en el TUO de la LRCA. Así mediante Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI ha señalado que para la determinación de la caducidad de un procedimiento en materia de libre competencia, se deberá considerar la sumatoria de plazos establecidos en el TUO de la LRCA, por lo que da un total de 7 meses y 191 días hábiles para procedimientos sin ampliación del plazo probatorio y 7 meses y 237 días para procedimientos con ampliación del plazo probatorio³¹. De igual forma, mediante Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, la Comisión señaló que el plazo de caducidad operará al término del plazo que la Comisión tiene para emitir un pronunciamiento final bajo el marco legal vigente en materia de libre competencia, es decir, a través de una suma concatenada de los plazos previstos en el TUO de la LRCA³².

En conclusión, no existe un concepto estático de plazo razonable, sino que este debe tomar en cuenta ciertos criterios como la complejidad de la materia, así como otros acontecimientos que se presentan dentro de un procedimiento.

1.4. Estudio del actual régimen de infracciones de libre competencia peruano: las multas y su poca capacidad de disuasión

La multa, es aquella sanción pecunaria impuesta por la autoridad administrativa al finalizar un procedimiento sancionador siempre y cuando se determine como responsable a alguno o varios administrados por la comisión de conductas que contravienen la normativa. Dicha obligación, por lo general, se materializa en el pago de una suma de dinero por parte del sancionado. Sin embargo, la imposición de la misma no puede ser discrecional sino que se encuentra sujeta a una serie de requisitos que la autoridad deberá respetar.

1.4.1. Análisis del marco normativo de las multas

Para empezar, la multa debe sujetarse al principio de razonabilidad, el cual establece que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción³³. En otras palabras, lo que se puede extraer de lo anterior es que la multa a imponer

³¹ Ver fundamento 494.

³² Ver fundamento 60.

³³ Ver artículo 248.3 del TUO de la LPAG.

por la autoridad debe ser lo suficientemente disuasiva para que motive al trasgresor a no realizar una conducta ilegal.

Ahora bien, los criterios que deben ser tomados en cuenta al momento de fijar la multa son el beneficio ilícito por la comisión de la conducta, la probabilidad de detección, la gravedad del daño al interés público o bien jurídico, el perjuicio económico causado, la reincidencia, las circunstancias de la comisión de la infracción y la intencionalidad de la conducta. En caso la sanción sea impuesta por la autoridad “(...) *sin ponderar la existencia de todos y cada uno de los elementos de valoración explícitamente previstos en la normativa, hayan sido o no planteados por los administrados, o si habiéndolo realizado no lo refleja en la motivación transgrede el principio de razonabilidad de los actos públicos*” (2019, p. 409).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Ley de Competencia ha diseñado un capítulo destinado a las multas. No obstante, resulta importante estudiar los dos momentos de su regulación a fin de apreciar los cambios introducidos con el Decreto Legislativo N° 1034 en comparación con la anterior norma vigente.

El régimen de sanciones pecunarias se encontraba previsto en el artículo 23 del DL 701. Así, dicha disposición establecía los límites máximos para la imposición de multas por infracción a la libre competencia, distinguiendo tres rangos para sancionar al infractor, respondiendo los dos primeros a caracteres propios de la conducta y el tercero a condiciones del agente (Calderón 2006, p. 352):

- En caso de infracción leve o grave, la multa tendrá el límite de 1000 UITs, teniendo como tope el 10% de las ventas o ingresos brutos del infractor del ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.
- En caso de infracción muy grave, la multa podrá superar las 1000 UITs teniendo siempre como tope el referido 10%.
- En caso el infractor no realice actividad económica o la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar las 1000 UITs.

Además de la sanción impuesta por la Comisión a la empresa o entidad infractora, también se podía imponer una multa de hasta 100 UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

En cuanto a los criterios se tenían los siguientes: la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia, la reiteración en la realización de las conductas prohibidas, siendo que, en el caso de reincidencia, la Comisión podía duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente.

Con la entrada en vigencia del DL 1034, hubo algunos cambios en la formulación de los rangos para sancionar al agente infractor. Así, el artículo 46 del TUO de la LRCA establece los siguientes:

- En caso de infracción leve, la multa tendrá el límite de 500 UITs, teniendo como tope el 8% de las ventas o ingresos brutos del infractor del ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.
- En caso de infracción grave, la multa podrá superar las 1000 UITs teniendo siempre como tope el referido 10%.
- En caso de infracción grave, la multa podrá superar las 1000 UITs teniendo siempre como tope el referido 12%.
- En caso el infractor sean colegios profesionales o gremios de empresas, o agentes económicos que hubieran iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar las 1000 UITs.

A parte de la sanción impuesta por la Comisión a la persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, también se podrá imponer una multa de hasta 100 UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Con relación a los criterios estipulados en la actual Ley de Competencia, se puede apreciar un aumento en comparación del DL 701. El artículo 47, señala que los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa son el beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción, la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores, la duración de la restricción de la competencia, la reincidencia de las conductas prohibidas; o, la actuación procesal de la parte.

Como se puede apreciar el DL 1034 ha incorporado diversos cambios en comparación al DL 701. En primer lugar, para el caso de las infracciones leves la multa con el DL 701 era de hasta 1000 UITs siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión; en cambio, con el DL 1034 se limita hasta máximo 500 UIT y que no supere el 8%. En el caso de las infracciones graves, el criterio señalado en el DL 701 era el mismo al mencionado previamente y con el DL 1034 se mantuvo. En el caso de las infracciones muy graves, el criterio para la imposición de multa ha variado ligeramente: mientras que con el DL 701, se podía imponer una multa superior a las 1,000 UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas, con el DL 1034 este 10% ahora ha pasado a ser 12%. Finalmente, el DL 1034 ha introducido el supuesto en el cual los infractores sean los colegios profesionales o gremios de empresas, para los cuales la multa no podrá superar las 1000 UITs.

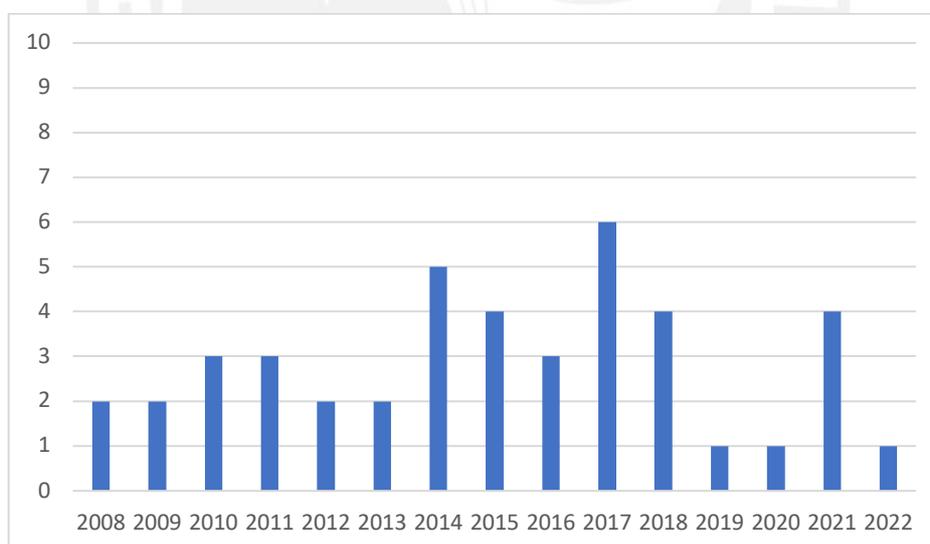
Hay una regla que no ha cambiado y es que la entidad podrá imponer a personas naturales multa de hasta 100 UIT. De igual forma, tampoco ha variado el supuesto en el que agentes económicos que hubieran iniciado sus actividades después del 1 de enero del ejercicio anterior, no podrán ser castigados con una multa superior a las 1000 UIT.

Con respecto a los criterios para determinar la gravedad de la infracción, cabe indicar que estos han aumentado en comparación con el DL 701. Así se añadió el beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción y la actuación procesal de la parte. Estos criterios actualmente contemplados en el TUO de la LPAG no estaban considerados en la anterior Ley de Competencia, pues justamente esta norma general no había entrado en vigencia. Así, mientras la Ley General del Procedimiento Administrativo entró en vigencia desde el 11 de octubre del año 2001, el DL 701 fue publicado el 5 de noviembre de 1991.

1.4.2. Situación actual de la aplicación de la multa

Luego de analizar la evolución del tratamiento de las multas en la norma de competencia, se pasará a observar el estado actual de los casos sancionados, así como el monto de las multas impuestas por la autoridad a nivel de la Comisión.

Gráfico 5: Casos sancionados en primera instancia

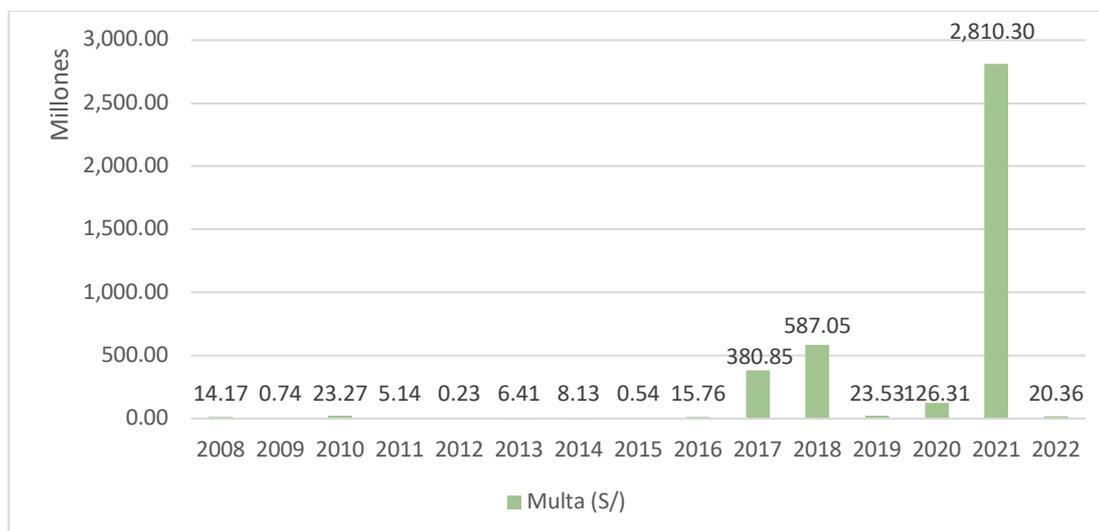


Fuente: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia
*Dicha información se encuentra actualizada a noviembre del 2022.

Con relación al estado actual de casos sancionados se aprecia que los años con mayor cantidad de casos que han terminado con la imposición de una sanción en primera instancia son el 2014 (5 casos), 2017 (6 casos) y el 2015, 2018 y 2021 (4 casos). En tal sentido, se puede inferir que cada año si bien hay una porción considerable de casos sancionados, la variable no es constante (ya sea creciente o decreciente), pues para los años 2019 y 2020 solo hubo 1 caso sancionado respectivamente. Ello probablemente puede deberse al Covid-

19, entre otros factores. Pese a ello, igual se puede concluir que los casos sancionados en primera instancia han ido incrementándose en comparación años anteriores (del 2013 para atrás). Ahora bien, en el siguiente gráfico se mostrará el monto de la multa impuesta por el Indecopi en primera instancia entre los años 2008 y 2022.

Gráfico 6: Multas en procedimientos de infracción de la competencia en el Perú



Fuente: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia
 *Dicha información se encuentra actualizada a noviembre del 2022

Como se puede ver en el cuadro hay una tendencia al aumento del monto de la multa impuesta por la autoridad. Así, en el 2008, la autoridad de competencia impuso una multa ascendente a S/. 14 millones aproximadamente, mientras que en el 2017, 2018 y 2021 fueron 380, 587 y 2,810 millones aproximadamente. Como se puede apreciar, hay un incremento notable de multas, lo que lleva a cuestionar si realmente las multas estarían actuando como un “incentivo” suficiente para que los agentes económicos no cometan prácticas anticompetitivas.

Haciendo un análisis más profundo se podrá corroborar que los cárteles son las conductas que más han sido sancionadas, siendo históricamente consideradas como las más dañinas por los graves efectos generados en los consumidores y en la libre competencia. Siendo ello así, la autoridad de competencia ha recaudado la mayor cantidad de UIT por este tipo de conductas, conforme se puede apreciar a continuación:

Tabla 1: Casos de Practicas Colusorias Horizontales Absolutas resueltos en segunda instancia

Exp.	Modalidad	Multa
024-1996-CLC	Fijación de precios	40 UIT
029-1996-CLC	Fijación de precios Reparto de las cuotas de producción Concertación de la calidad de los productos Limitación de la producción	2120 UIT
004-2002-CLC	Fijación de precios	235 UIT
004-2004-CLC	Fijación de precios	2065.82 UIT
005-2004-CLC	Fijación de precios	No hubo sanción
002-2008-CLC	Reparto de mercado	5618.8 UIT
014-2008-CLC	Limitación de la producción	19.91 UIT
015-2008-CLC	Fijación de precios	204.71 UIT
007-2009-CLC	Fijación de precios	59.6 UIT
008-2009-CLC	Fijación de precios Reparto de clientes	713.63 UIT
014-2009-CLC	Fijación de precios	36.3 UIT
014-2009-CLC	Fijación de precios	1.4 UIT
008-2010-CLC	Fijación de precios	94.43 UIT
005-2011-CLC	Fijación de precios	22.36 UIT
008-2012-CLC	Fijación de precios	1553.45 UIT
009-2013-CLC	Fijación de precios	35.52 UIT
004-2014-CLC	Fijación de precios	1545.15 UIT
005-2014-CLC	Fijación de precios	2,081.05 UIT
011-2015-CLC	Fijación de precios	11757.93 UIT
015-2015-CLC	Fijación de precios	18.89 UIT
017-2015-CLC	Fijación de precios y condiciones comerciales	106.59 UIT
004-2016-CLC	Fijación de precios	3.36 UIT
006-2016-CLC	Fijación de precios	1927.1 UIT
003-2017-CLC	Reparto mercado	5,942.48 UIT
005-2017-CLC	Fijación de precios	No hubo sanción
012-2018-CLC	Reparto de clientes	14472.3 UIT
002-2019-CLC	Establecimiento de posturas o abstención en licitaciones publicas	2584.83 UIT

Fuente: Sala Especializada en Defensa de la Competencia (2022)
Elaboración propia

Ahora bien, conviene destacar que dentro del universo de conductas investigadas y posteriormente sancionadas por el Indecopi, se encuentra el abuso de posición de dominio. Dicha práctica no ha sido recurrente y por lo tanto, perseguida al mismo nivel que las prácticas colusorias absolutas en los últimos años, incluso, varios de los casos iniciados han culminado en segunda instancia sin sanción ya sea porque la Sala declaró infundada o improcedente la denuncia. Asimismo, las multas y el daño generado en comparación con los cárteles es menor.

Como se podrá ver a continuación, el abuso de posición de dominio ha sido objeto de distintos procedimientos que han culminado tanto con la imposición de multas como sin ningún tipo de sanción.

Tabla 2: Casos de Abuso de Posición de Dominio resueltos en segunda instancia

Exp.	Modalidad	Multa
005-1997-CLC	Discriminación de precios	No hubo sanción
006-1998-CLC	Negativa injustificada de trato	5 UIT
005-1999-CLC	Negativa injustificada de trato	2 UIT
001-2001-CLC 002-2001-CLC (Acumulados)	Discriminación de precios Ventas atadas	50 UIT
005-2002-CLC	Contratos de exclusividad Negativa injustificada a contratar	81.2 UIT
010-2004-CLC 012-2004-CLC (Acumulados)	Negativa injustificada de trato	165.9 UIT
007-2007-CLC	Negativa injustificada de trato	No hubo sanción
009-2008/CLC	Abusos de procesos legales	No hubo sanción
011-2008-CLC	Ventas atadas	No hubo sanción
011-2009-CLC	Clausula general	No hubo sanción
001-2010-CLC	Negativa injustificada de trato	No hubo sanción
004-2010-CLC	Negativa injustificada de trato	No hubo sanción
002-2013-CLC	Negativa injustificada de trato	No hubo sanción
012-2015-CLC	Abusos de procesos legales	No hubo sanción
003-2019/CLC	Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes	533.21 UIT
002-2020/CLC	Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes	1000 UIT

Fuente: Sala Especializada en Defensa de la Competencia (2022)
Elaboración propia

Efectivamente, se ha podido corroborar del cuadro, que los casos de abuso de posición de dominio son menos frecuentes que las prácticas colusorias. Sin embargo, en el último año se han presentado mayores denuncias de abuso de posición de dominio que han terminado con la imposición de una multa y algunas, como ya se detalló previamente, siguen en trámite. Específicamente, cabe destacar que se han presentado con más frecuencia diversos casos de abuso de posición de dominio en el mercado eléctrico, por lo cual también resultará necesario que los organismos competentes (Osinergmin o el Minem) evalúen la pertinencia de introducir mayor regulación al referido sector.

Hasta el momento se ha podido corroborar que, efectivamente ha habido un aumento en los casos sancionados con severas multas en segunda instancia sobre todo en los casos de prácticas colusorias, siendo el caso con una mayor multa el Caso Impresiones Comerciales. Ello en la medida que los agentes económicos y directivos fueron sancionados con 14472.3 UIT (aproximadamente 63.6 millones de soles) en total³⁴. En el referido caso, la Sala confirmó la resolución en primera instancia que hayó responsable al señor Pedro Isasi Rivero por la realización y ejecución de la conducta anticompetitiva consistente en un reparto concertado de clientes en el mercado de impresiones comerciales a nivel nacional, lo cual fue concertado por Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. con Quad/Graphics Perú S.A., en el periodo de enero de 2011 hasta mayo de 2016. De igual forma, se sancionó al señor Mirko Radovic Barreto por su participación en la referida práctica desde febrero de 2013 hasta diciembre de 2014.

Con relación a los casos de abuso de posición de dominio, si bien se ha observado que son menores y las multas suelen ser relativamente bajas, en los últimos años las multas respecto a esta modalidad de conducta anticompetitiva han aumentado en monto, siendo la multa más alta 1000 UIT (aproximadamente 4.6 millones de soles) impuesta a propósito del Expediente 002-2020/CLC. En dicho caso, se halló responsable a Seal por aplicar injustificadamente condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que provenían del mercado de usuarios regulados.

En tal sentido, se puede concluir que, la autoridad debe poner mayor atención a los cárteles. Sobre esto último, cabe señalar que con miras a detectar estas conductas el Indecopi ha implementado el Programa de Clemencia y de Recompensas, los cuales serán estudiados con mayor detenimiento más adelante. Asimismo para prevenir estas conductas, la Comisión ha optado desde los últimos 6 años ordenar a las empresas infractoras la adopción obligatoria de los programas de cumplimiento.

Sin perjuicio de lo señalado, el Indecopi también debe poner atención en el mercado eléctrico en el cual se están presentando diversos atentados contra la libre competencia por

³⁴ En el referido caso, la Sala resolvió sancionar a Empresa Editora El Comercio y Amauta Impresiones Comerciales (14,404.06 UIT), al señor Pedro Isasi Rivero (62.17 UIT) y Mirko Radovic Barreto (6.07 UIT).

parte de empresas que abusan de su alta cuota de participación en el referido mercado. De ese modo, como es notorio, no basta con la simple imposición de multas, pues las empresas continúan cometiendo conductas anticompetitivas, sino que es importante una adecuada imposición de medidas correctivas, así como la colaboración del Osinergmin y el Minem a fin de proponer una regulación que impida *ex ante*, que empresas tales como Seal, Ensa y Electrodunas puedan aplicar algún trato diferenciado a determinados clientes que migren del sector regulado al libre.



Capítulo 2: Reformas y/o cambios a nivel institucional y del aparato fiscalizador/sancionatorio del Indecopi

Como se ha podido reparar en el capítulo anterior, hay ciertos aspectos por mejorar tanto en el procedimiento administrativo en sí, como en el establecimiento de las multas. En tal sentido, este capítulo estará enfocado en propuestas que contribuyan al fortalecimiento del régimen sancionatorio de libre competencia peruano enfocado al sector público.

Para ello, se explorará primeramente la posibilidad de que las dos instancias con las que cuenta todo procedimiento administrativo en materia de libre competencia puedan ser reestructuradas en una sola instancia. En segundo lugar, se evaluará la viabilidad de la implementación de otros mecanismos disuasorios además de la clásica sanción de la multa. Finalmente, si bien el estudio se centra en el régimen sancionatorio, es importante detenerse en el análisis de la actividad previa al establecimiento de un procedimiento sancionador, pues, sin la fiscalización la autoridad simplemente no podría detectar u obtener evidencias de conductas anticompetitivas, y por lo tanto, no se podría llevar a cabo un procedimiento sancionador.

2.1.Cambio de diseño en la estructura resolutive: evaluación crítica de la implementación de la única instancia en los procedimientos de libre competencia en Perú

En esta primera sección se evaluará, si de acuerdo a la normativa y jurisprudencia nacional sería viable la implementación de una única instancia en los procedimientos sancionadores en libre competencia, sin que dicha medida colisione con el derecho al debido procedimiento. Una vez realizado este primer análisis se estudiará el Proyecto de Ley formulado por el Indecopi para que se elimine la Comisión y subsista únicamente la Dirección y el Tribunal, con la finalidad de reducir los plazos para la emisión de las resoluciones sancionatorias en materia de libre competencia. En un último análisis, se concluirá si en la práctica dicha reforma estructural es o no eficiente.

2.1.1. Doble instancia vs única instancia: análisis normativo y jurisprudencial

La doble instancia o pluralidad de instancia no se conocía en los orígenes de la administración de justicia pues ésta se aplicaba directamente por el pueblo o por el Rey, quienes no tenían superior; no obstante, la doble instancia cobró presencia cuando en lugar del supremo intervenían jueces a quienes se “delegaba” la administración de justicia. De ese modo surgieron los tribunales de segunda instancia, que se constituían por la clase sacerdotal, nobleza o milicia, como los superiores de Tebas, Menfis y Heliópolis en Egipto, el Gran Sanedrín de los hebreos y el Phrytaneo y los Heliastas en Grecia, los cuales tenían la labor de comprobar o verificar las providencias de jerarquías inferiores (Canosa, 2011, p.45).

Actualmente, la doble instancia se encuentra “respaldada” por el numeral 6) del artículo 139 de la Constitución, el cual establece que la pluralidad de instancia es un principio de la función jurisdiccional. Bajo esa “pauta”, se han adoptado diversas normas, que incluyen justamente este criterio. Se tiene así, al TUO de la LPAG, norma general en el ámbito del derecho administrativo, la cual establece en su artículo 220 que el acto administrativo impugnado será objeto de nueva revisión por un superior jerárquico³⁵. Asimismo, el artículo 217.2 establece que los actos definitivos que ponen fin a la instancia (primera) son impugnables en la vía administrativa³⁶. Por su parte, el TUO de la LRCA, en su artículo 40 indica que la resolución final emitida por la Comisión es apelable ante el Tribunal³⁷.

Sin embargo, como se ha podido notar en el texto constitucional, no se hace una mención expresa de la aplicación de dicho principio en sede administrativa (sino que se limita a la función jurisdiccional), pese a que ya se ha incluido en normas de la Administración Pública y aplicado en procedimientos administrativos. Ello ha llevado a diversos debates sobre la necesidad de dos instancias en sede administrativa, en la medida que se debería tener en consideración la coexistencia del principio del debido procedimiento, específicamente, el extremo que habilita a los administrados a impugnar las decisiones que los afecten. En caso contrario, surge la pregunta ¿cómo un procedimiento administrativo se va a sustentar en una serie de principios que al final, de prescindir de la doble instancia, se estaría vulnerando uno de ellos? ¿se debería implementar una modificación normativa?

Ante dichas interrogantes, el Tribunal Constitucional, para una mejor dilucidación en la aplicación de la “pluralidad de instancia” en sede administrativa se ha pronunciado sobre este principio a través de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 010-2001-AI/TC. Así, en el considerando 3 de la referida Sentencia se pueden destacar tres aspectos que guardan relación con la no exigencia de una doble instancia en sede administrativa: (i) el derecho a la pluralidad de instancia no es un contenido esencial del derecho al debido proceso administrativo, pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede; (ii) los tribunales administrativos no satisfacen las condiciones de imparcialidad e independencia, pues forman parte de la estructura organizativa del órgano cuyo acto administrativo se reclama; y, (iii) el legislador no debería establecer como obligatorio el agotamiento de la vía administrativa (a través de la concurrencia en dos instancias) y de hacerlo, debería ser configurado de la manera más breve, acorde al principio *pro actione* (2003, f.j. 3).

Asimismo, en otro pronunciamiento recaído en el Expediente N.º 0881-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional, ha justificado por qué la doble instancia no debe ser necesariamente aplicable al procedimiento administrativo: (i) los pronunciamientos que puedan emitir los órganos administrativos, así sea el de máxima jerarquía, igual podrán ser impugnados en sede judicial; (ii) la exigencia constitucional de establecerse funcional y orgánicamente una doble instancia de resolución de conflictos jurisdiccionales está

³⁵ Artículo 220 del TUO de la LPAG.

³⁶ Artículo 217 incisos 1) y 2) del TUO de la LPAG.

³⁷ Artículo 40.1 del TUO de la LRCA.

conectada con la inmutabilidad de la cosa juzgada; (iii) la garantía que todo Estado de Derecho ofrece es que las reclamaciones entre particulares y el Estado sean resueltas por un tercero imparcial; y, (iv) la inexistencia de una autoridad administrativa superior a la que expide previamente un acto dado, no constituye violación del derecho a la pluralidad de instancias (2004, f.j. 1).

Como se pueden apreciar de ambos pronunciamientos el Tribunal señala de manera expresa que la aplicación de la doble instancia en sede administrativa no es obligatoria, por lo que su inaplicación no afectará al derecho al debido procedimiento. Asimismo, el Supremo Interprete sostiene que la doble instancia es propia del ámbito judicial, toda vez que quien resuelve es un órgano imparcial y adquiere el carácter de cosa juzgada. Ello es compatible con lo señalado por Cierco quien sostiene que *“El recurso administrativo brinda, en efecto, a la Administración una oportunidad, de lo más interesante, para reconsiderar la decisión inicial adoptada y para enmendar posibles errores o vicios antes de someterse a la maza judicial—*melius est prevenire quam reprimere, por expresarlo al derecho*— (2016, p.3)”. Como se puede apreciar de lo anterior, con los recursos administrativos no se busca resolver un conflicto en sí, sino que la Administración Pública, sin un rol de tercero imparcial, pueda revisar sus propios actos.*

Por lo explicado, y como primera conclusión se podría sostener que la implementación de una única instancia en los procedimientos sancionadores no colisionaría con el principio de debido procedimiento. En tal sentido, desde un punto de vista normativo y jurisprudencial sería factible un cambio de diseño en la estructura resolutoria de los procedimientos sobre conductas anticompetitivas.

En las siguientes secciones se pasará a analizar si esta implementación pasa los otros exámenes a fin de que sea implementada con éxito. No obstante, antes de pasar al siguiente nivel de estudio se analizará el proyecto normativo de única instancia propuesto por el Indecopi.

2.1.2. Estudio del Proyecto del Indecopi que propone la única instancia

En el 2018, la OCDE emitió una serie de recomendaciones a fin de reformar el marco institucional aplicable al derecho y política de competencia, así como a aumentar la eficacia de las actividades del Indecopi. Así, recomendó la simplificación de los procesos decisorios, de tal manera que sea un único órgano el encargado de resolver los casos de libre competencia, siendo su decisión apelable, recién, en la vía contencioso administrativa. Dicha recomendación encuentra justificación en cuatro aspectos: (i) es un enfoque habitual en el plano internacional, (ii) los responsables de la toma de decisiones podrían ser designados a tiempo completo, (iii) las fases de instrucción y decisoria estarían separadas al haber un personal dedicado a tiempo completo de la emisión de resoluciones; y, (iv) un gran porcentaje de resoluciones emitidas en primera instancia terminan siendo confirmadas por el Tribunal (OCDE, 2018, p. 131-132).

En el marco de dichas recomendaciones, el 21 de junio del 2019, mediante Resolución Ministerial N° 225-2019-PCM, el Indecopi propuso una **reforma organizacional** que apuntó a la reducción de los plazos para la emisión de las resoluciones sancionatorias en materia de libre competencia. En tal sentido, dicho Proyecto planteó la eliminación de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, a fin de que solo permanezca la Dirección y el Tribunal.

Dentro de ese contexto, se plantearon diversas modificaciones a la Ley de Organización y Función del Indecopi, tales como la implementación de la instancia única en los procedimientos administrativos a cargo de los órganos resolutorios de la institución; la facultad del Tribunal de resolver en única instancia; la modificación del área de defensa de la competencia (la cual estará compuesta únicamente por la Sala Especializada en Competencia del Tribunal del Indecopi, en materia de libre competencia); la existencia de un órgano de apoyo³⁸ en materia de conductas anticompetitivas; las autoridades de competencia únicamente serían la Dirección y el Tribunal; el plazo de 90 días con el que cuenta el Tribunal para resolver.

Por su parte, el DL 1034, también sería materia de diversas modificaciones. Así, se precisaría en el artículo 13° que las únicas autoridades de competencia son la Dirección y el Tribunal de Defensa de la Competencia. En el artículo 14° se elimina las atribuciones de la Comisión y en dicho artículo se le atribuye facultades al Tribunal para, de oficio, actuar medios probatorios que permitan esclarecer los puntos que son objetos de controversia. Con respecto al artículo 26-A sobre el reconocimiento, la modificación supeditaría al imputado a no acudir a la vía contencioso administrativa a cambio de acceder al beneficio del 15% de reducción de la multa. Con relación al plazo para resolver, se establece que el Tribunal resolvería en 90 días. Finalmente, con relación a la multa aplicable esta sería rebajada en 15% si esta es cancelada antes del término del plazo para impugnar y de no acudir a la vía contencioso administrativa.

Como se puede apreciar, las principales modificaciones que pretende implementar este proyecto tienen como finalidad no solo la reducción del tiempo de emisión de las resoluciones por los órganos del Indecopi en materia de libre competencia sino la “culminación total”, inclusive, en sede judicial, del caso de libre competencia. Para lograr ello, esta modificación busca no solo reducir los plazos del procedimiento, sino también otorgar un “reconocimiento” al sancionado en la reducción de la multa, a fin de que no impugne el acto administrativo en sede judicial. Claramente, se puede advertir una aversión contra el actual funcionamiento del aparato judicial (débil y lento), y ello cobra sentido, pues una vez que los casos llegan a la vía contenciosa, se suelen quedar más tiempo del planificado; por lo tanto, ello se traduce en mayores costes para el Estado y para los perjudicados directa e indirectamente: la competencia y los consumidores. Asimismo, a

³⁸ Actualmente, existe la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, como órgano instructor y de apoyo en primera instancia; y la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi como órgano de apoyo en segunda instancia.

través de este Proyecto de Ley, el Indecopi intenta de manera sutil impedir que los agentes sancionados acudan a la vía judicial, al exonerarlos de un 15% de no acudir a la vía contenciosa. No obstante, a nuestro criterio, la exoneración del 15% sería un bajo incentivo para el agente sancionado, el cual intentará ser eximido de la totalidad de la multa en sede judicial.

2.1.3. Implicancias de la implementación de una única vía procedimental: ¿es viable la implementación de la única instancia? ¿Bajo qué propuestas?

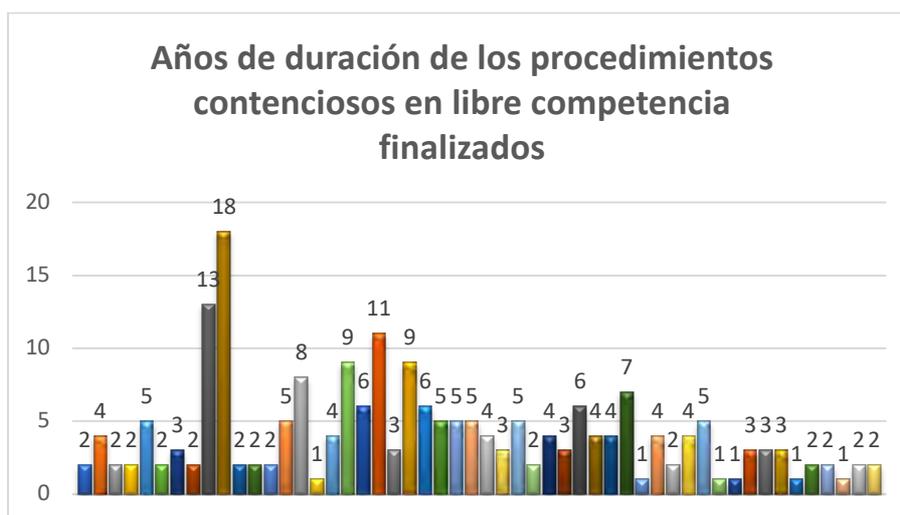
Cómo bien se vio en la anterior sección, diversas sentencias del Tribunal Constitucional señalaron que la pluralidad de instancia o doble instancia no es necesariamente extensible en sede administrativa por las razones explicadas previamente. En tal sentido, de llegar a implementarse, se debe tomar en cuenta algunos aspectos.

En primer lugar, debería modificarse normativamente el Capítulo VII del TUO de la LRCA, que regula el procedimiento en segunda instancia. Específicamente el artículo que regula la interposición y tramitación del recurso de apelación, pues esta ya no se emplearía. De igual forma, debería modificarse el Título IV, que establece quiénes son las autoridades de defensa de la libre competencia. Así, se suprimiría a la Comisión de Libre Competencia, quedando únicamente la Dirección y el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual. Este cambio también se haría extensible al Osiptel, pues dicha entidad también actúa como agencia de competencia. De tal modo, el Cuerpo Colegiado Permanente se disolvería quedando solamente la Secretaría Técnica y el Tribunal de Solución de Controversias.

Otro aspecto a considerar es que, a fin de que la implementación de la única instancia sea efectiva se requeriría que el personal del Tribunal, en tanto único órgano resolutorio, se dedique a conocer solamente los casos de libre competencia y ya no los referidos a competencia desleal y dumping, los cuales pasarían a ser vistos por otros especialistas. Es decir, se propondría la creación de dos Salas, una dedicada a los temas de competencia desleal y dumping, mientras que la otra, se ocuparía de ver únicamente temas de libre competencia.

Finalmente, se debería tener en cuenta que si bien se lograría una reducción del tiempo en la culminación de los procedimientos de libre competencia en sede administrativa, es una práctica común que los hallados responsables impugnen la decisión del Tribunal en la vía del contencioso administrativo. Esto último es un grave problema, pues los procedimientos judicializados tienden a extenderse, incluso más que en la instancia administrativa.

Gráfico 7: Casos concluidos tanto en sede administrativa como en sede judicial



Fuente: Gerencia Legal del INDECOPI (2020)
Elaboración propia

Como se puede apreciar, el promedio de duración de los procedimientos contenciosos administrativos finalizados en sede judicial durante los últimos 20 años es de 4 años. Sin embargo, hay procedimientos que han tenido una duración de 18, 13, 11, 9, 8, 7, 6 y 5 años. Dichos procedimientos son los siguientes:

Tabla 3: Duración de los procedimientos contenciosos administrativos en materia de libre competencia al 2022

Exp. Judicial	Fecha Inicio	Fecha Conclusión	Años de duración	Denunciante
AV 370-1997	1998-01-28	2016-12-23	18	Colegio Químico Farmacéutico
AV 358-1997	1998-01-15	2011-04-15	13	Redondos S.A.
134-2007	2007-07-18	2018-04-18	11	Juan Luis Maguiña Bustos
480-2007	2007-04-18	2016-03-31	9	Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros
1351-2003	2003-10-16	2011-04-18	8	Royal & Sunalliance - Seguros Fenix
7960-2013	2013-10-15	2020-03-21	7	Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros
7744-2012	2012-12-20	2018-10-04	6	Albis S.A.
741-2003	2003-07-03	2008-11-05	5	Electrocentro S.A.
2848-2021	2017-06-20	2022-10-20	5	Servicentro Daytona S.A.C

Fuente: Gerencia Legal del INDECOPI (2022)
Elaboración propia

En tal sentido, la solución al problema va más allá de acortar los tiempos en sede administrativa, pues también se debería tomar en consideración el tiempo en el que el caso estará en las instancias judiciales. A fin de tener mayores luces sobre las posibles

soluciones, ante este inconveniente se estudiará la implementación de la única instancia en Chile.

En los últimos 15 años se han implementado una serie de reformas legales en la misma dirección que está siguiendo actualmente el Perú. En principio, se creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC) como el órgano sancionador exclusivo, cuyas decisiones son sólo reclamables ante la Corte Suprema y se fortaleció el rol persecutor de la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

De acuerdo con expertos chilenos, la experiencia de la única instancia ha sido efectiva. En principio, se ha logrado fomentar la especialización y dedicación exclusiva de los funcionarios del TDLC en el desempeño de su cargo, por lo que, no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades propias del título o calidad profesional que poseen³⁹. Ello en consecuencia, ha posibilitado tener decisiones más técnicas e independientes, plasmadas en procedimientos de duración razonable⁴⁰ con todas las garantías que exige un debido proceso; no obstante, también se destaca que, si bien el TDLC es responsable, en caso exista una revisión posterior de lo resuelto en única instancia por el tribunal, igual se generaría un problema: la postergación del término de la controversia, y el acudir la Corte a la Suprema, la cual tiene funcionarios que no necesariamente son especialistas en libre competencia (Pellegrini, 2019). Esto último es exactamente a lo que se enfrentaría el Perú con la implementación de la única instancia, dado que actualmente el Poder Judicial carece de autoridades especializadas en temas de competencia.

Ahora bien, cabe destacar que, en el caso chileno, la implementación de la única instancia en procedimientos de libre competencia no ha estado libre de críticas y propuestas nuevas. Se critica, por ejemplo, que el recurso de reclamación, a través del cual se puede cuestionar en la Corte Suprema las decisiones del TDLC, es en el fondo una apelación dado que se revisan hechos y derecho, por lo que se estaría volviendo a discutir lo mismo, al analizar las pruebas nuevamente e incluso al evaluar si están de acuerdo o no en la hipótesis del caso, lo cual ya habría sido evaluado por especialistas en libre competencia (Pardow, 2019). En ese sentido, se evalúa la posibilidad de que las decisiones de un órgano especializado como lo es el TDLC, sólo sean revisadas por la Corte Suprema cuando no hayan sido unánimes (Butelman, 2019).

Si bien esto último resulta una propuesta interesante, el ordenamiento peruano no lo permitiría pues los administrados, conforme al artículo 228 del TUO de la LPAG y el artículo 148 de la Constitución, tienen el derecho de impugnar las decisiones emitidas por la Administración Pública en la vía judicial, pese a que algunos administrados mal emplean la vía contenciosa para dilatar los procesos.

³⁹ Artículo 6 del Decreto Ley N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia.

⁴⁰ Ello último se plasma en los juicios que duran en promedio 18 meses ante el TDLC y si las partes reclaman ante la Corte Suprema, se deben agregar unos 6 meses más.

En tal sentido, una posible alternativa sería la implementación de una mayor cantidad de juzgados y salas que vean los temas de libre competencia y que además se encuentren capacitados en el derecho de la competencia, pues en la actualidad, únicamente se cuenta con 4 juzgados⁴¹ y 1 sala contenciosos administrativa con subespecialidad en temas de mercado⁴², las cuales no solo ven temas de libre competencia sino también de competencia desleal, barreras burocráticas, etc.

En conclusión, si bien la única instancia en sede administrativa sí está permitida a nivel normativo y jurisprudencial, su aplicación en la actualidad no necesariamente sería efectiva en la medida que también habría que cambiar el aparato judicial, el cual, como se ha visto, tiene serias deficiencias en la tramitación y resolución de los casos en materia de libre competencia. En tal sentido, antes de pensar en una reforma, se debería empezar por implementar capacitaciones para los juzgados especializados en temas de mercado. Alternativamente, se podría pensar en la incorporación de mayores funcionarios abogados y economistas especializados en la materia.

2.2. Otro enfoque del régimen sancionatorio y eliminación de conductas anticompetitivas

Luego de estudiar una posible reforma al procedimiento sancionador en materia de conductas anticompetitivas, es momento enfocarse en el resultado de ese procedimiento: la sanción. Actualmente, la sanción impuesta por la autoridad de competencia consiste en una multa expresada en UIT; no obstante, ha habido un aumento considerable de multas impuestas por la autoridad a noviembre del 2022. En tal sentido, cabe preguntarse si realmente lo anterior constituye una solución o existen otros mecanismos disuasorios, que actualmente no están regulados o no se aplican, que podrían ser más efectivos que la multa como la pena privativa de libertad de las personas naturales, la inhabilitación del cargo de director o gerente de la empresa o el daño reputacional empresarial.

2.2.1. El rol “disuasorio” de las multas

Como se mostró líneas atrás la multa ha perdido su “carácter disuasorio” en los últimos años. Entonces, diversas preguntas surgen, ¿dichas multas no son suficientes? ¿deberían elevarlas? ¿qué otras opciones existen para desincentivar la comisión de infracciones a la normativa de libre competencia?

A fin de responder estas preguntas planteadas, se analizará brevemente si el aumento del valor de la multa podría contribuir a la recuperación o reestablecimiento del carácter

⁴¹ Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuperiorLimaPJcs/s_csj_lima_nuevo/as_inicio/as_sedes/as_juzgados_especializados_mixtos/as_contencioso_administrativo/ (Consultado el 11 de abril de 2021).

⁴² Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuperiorLimaPJcs/s_csj_lima_nuevo/as_inicio/as_sedes/as_salas_superiores/as_contencioso_administrativo/ (Consultado el 11 de abril de 2021).

disuasorio de las multas y con ello generar desincentivos a los infractores en la comisión de ese tipo de conductas.

Cabe partir señalando que este tema es subjetivo en la medida que, a lo que la autoridad le puede parecer elevado, al agente no. Gary Becker, en su artículo “*Crime and Punishment: An Economic Approach*” desarrolla la idea de que los agentes racionales deciden si cometen o no una infracción a través de la comparación del valor esperado de cometer el ilícito versus el valor esperado de cumplir con las normas. Así, la persona cometerá una infracción si la utilidad esperada como consecuencia de su realización excede a la utilidad de usar su tiempo en otras actividades ajenas a la infracción (1974, p.5).

Tal como es lógico, para disuadir al agente de realizar una conducta indeseable, **la multa debe ser superior al beneficio que la conducta reprochable arrojaría**, multiplicado por la probabilidad de que la multa se imponga; de lo contrario, el malhechor mirará el beneficio, y si es atractivo, llevará acabo la conducta. En otras palabras, la sola imposición de la multa no es suficiente, sino que debe estar cuidadosamente calibrada para mandar el mensaje e incentivo correcto. De lo contrario, no solo no cumplirá su función (disuadir) sino que puede tener el efecto contrario: incentivar (Gonzales de Cossio, 2016, p. 702).

Ahora bien, algunos economistas sostienen que elevar las multas no lograría la disuasión y más bien podría causar perjuicios sobre los consumidores:

“Hasta el momento, nosotros no tenemos evidencia de que mayores multas corporativas hayan disuadido la fijación de precios (cartel) de manera efectiva. Puede ser simplemente que las multas no están bien dirigidas de modo que solo incrementar la severidad de las sanciones en el margen es irrelevante y podría contraproducentemente imponer costos sobre los consumidores en la forma de mayores precios ya que las firmas traspasan sus mayores costos de monitoreo y cumplimiento”(Bullard, 2011, p. 14).

Conforme a lo anterior, las empresas no sufrirían una real pérdida de sus ingresos, pues la multa se encontraría incluida en el precio final del producto adquirido por el consumidor final, quien se vería perjudicado.

Este razonamiento es muy variable, pues algunos consumidores podrían optar por cambiar de proveedor o adquirir el producto o servicio deseable en la competencia. Sin embargo, también debe tomarse en consideración que no siempre existen tantas alternativas por lo que la capacidad de elección del consumidor dependerá de cuán concentrado esté cada mercado en el que el infractor participa.

Por lo expuesto, se puede concluir que no solo basta con el incremento del valor de la multa, sino que se debe tener en cuenta que el beneficio de cometer la conducta ilegal sea menor a la multa, pues de lo contrario los agentes económicos incurrirán una y otra vez en dichas conductas anticompetitivas. Finalmente, se debe tomar en consideración que, en

caso la multa sea disuasiva, es muy probable que en algunas ocasiones no la asuman los infractores sino que lo traspasen a los consumidores en los precios o servicios finales que oferten en el mercado. En tal sentido, queda pendiente a la autoridad estudiar nuevos mecanismos de prevención para que esto último no suceda.

La siguiente sección buscará explorar otras alternativas además de la imposición de las multas: las sanciones no monetarias. Respecto de estas últimas, se encuentra la pena privativa de libertad, la inhabilitación del cargo de director o gerente y el daño reputacional. En el caso peruano, a la fecha no se han presentado este tipo de mecanismos en el marco de la emisión de una resolución sancionatoria definitiva. Por tanto, se estudiará en que consiste cada una, cómo se podría dar su respectiva aplicación y sus implicancias y compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico.

2.2.2. ¿Pena privativa de libertad?

En la presente sección se analizará si la pena privativa de libertad podría ser una opción complementaria a la multa como un medio disuasorio para que los agentes económicos incurran en prácticas contrarias a la libre competencia. Para ello, primero se estudiará la regulación penal actual sobre prácticas anticompetitivas – específicamente el artículo 232 del Código Penal – para posteriormente concluir si, de acuerdo con la actual tipificación penal, la pena privativa de libertad sería una alternativa satisfactoria para aplicar a los agentes involucrados en una conducta anticompetitiva.

2.2.2.1. Evolución y tipificación del delito de abuso de poder económico

El delito de abuso de poder económico, dentro del cual el legislador también incluyó las prácticas colusorias, estuvo vigente desde 1991 al 2008 en el artículo 232 Código Penal:

“Abuso de poder económico

Artículo 232.- El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4”.

Como se puede apreciar, para sancionar penalmente se requería analizar el DL 701, es decir, el Indecopi debía determinar previamente que se había cometido un ilícito en sede administrativa. Así, de estimar la Comisión que en las infracciones cometidas por el

responsable, este había actuado de manera dolosa, dicho órgano estaba habilitado para formular una denuncia penal ante el Fiscal Supremo en lo Penal⁴³.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del DL 1034, norma que reemplazó al DL 701, el artículo 232 fue suprimido del Código Penal, pues a dicha fecha no se había procesado penalmente a ningún agente económico por violar el DL 701. Además, de acuerdo con la Exposición de Motivos del DL 1034, su vigencia tampoco había generado beneficio alguno e incluso podría perjudicar las funciones de la Comisión (2008, p.8).

Ahora bien, en el 2020 el Congreso de la República, pese a la inaplicación práctica de la anterior tipificación penal del delito de abuso de poder económico, volvió a retipificar conducta:

Artículo 232.- Abuso del poder económico

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

La pregunta que surge de inmediato es por qué el legislador vuelve a tipificar un delito que en su momento fue suprimido del ordenamiento jurídico dada su poca eficacia y uso. Al respecto, el legislador sostiene escuetamente que actualmente impera la expansión del derecho penal en el mundo occidental, por lo que el principio de un derecho penal mínimo, se ha relativizado al de una racionalización de la reacción penal en términos de necesidad y oportunidad político criminal, criterios que, son acordes con el espíritu de la norma. Asimismo, sostiene que no existe una evidencia empírica que demuestre que el control administrativo por parte del Indecopi sirve y es útil para prevenir y sancionar prácticas de abuso de posición dominante en el mercado (Congreso de la República, 2020, p.9).

Claramente dichas justificaciones no son suficientes y son incoherentes con la realidad que se ha visto desde la creación del Indecopi. Más allá los escuetos argumentos brindados por los legisladores para volver a incorporar el abuso de poder económico como delito, el contenido del artículo genera preocupaciones desde un punto de vista de su aplicación.

2.2.2.2. ¿Es viable una implementación de la pena privativa de libertad en Perú?

Teniendo en cuenta dicho contexto, ¿valdría la pena la encarcelación para quienes han cometido una conducta anticompetitiva? A simple vista podría decirse que sí, pues sería un buen incentivo para que no se cometan ese tipo de prácticas, criterio que incluso ha sido

⁴³ Artículo 19 del DL 701.

adoptado en diversos países. Sin embargo, no todas realidades son iguales. Lo primero que puede observarse es que la tipificación del delito es distinta en la mayoría de países, dado que solo se sancionan prácticas colusorias absolutas o cárteles, a diferencia del Código Penal peruano que incluye al abuso de posición de dominio, práctica que si bien es anticompetitiva, es menos recurrente y menos dañina que los cárteles.

Un claro ejemplo se da en México, país que actualmente sanciona penalmente entre 5 a 10 años de cárcel a quienes cometan practicas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta: fijación de precios, limitación de la producción, reparto de mercado/clientes y coordinación de posturas en licitaciones públicas⁴⁴. Como se puede apreciar, únicamente son tipificadas las prácticas mencionadas y no el abuso de posición de dominio como en Perú. Adicionalmente, el código penal mexicano prevee la posibilidad de que el agente sancionado se libere de la sanción penal siempre y cuando se acoja al programa de delación compensada⁴⁵. Otro punto importante es que el código mexicano somete la responsabilidad penal de los agentes a un pronunciamiento previo de su autoridad de competencia, ya sea la Comisión Federal de Competencia Económica o del Instituto Federal de Telecomunicaciones. Ello no se aprecia en el código penal peruano, en la medida que no menciona ni al Indecopi ni al Osiptel, en su calidad de agencia de competencia.

La experiencia en Chile, es similar a la de México en la medida que en Chile también existe una pena privativa de libertad por el delito de colusión, con variantes en los años, en tanto en este país la pena puede ser entre 3 y un día a 10 años⁴⁶. Asimismo, únicamente se encuentran sancionados los cárteles en la medida que son conductas que le generan mayor gravedad a la libre competencia. Con relación a la decisión previa, se requiere la existencia del acuerdo de colusión establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia⁴⁷ y seguido de ello, el Fiscal Nacional Económico deberá denunciar aquellos casos en los que se tratare hechos que comprometieron gravemente la libre competencia en los mercados⁴⁸. Sin embargo, el primer postulante que aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica sobre la conducta podrá ser exonerado de la responsabilidad penal mientras que el segundo postulante podrá ser beneficiado del beneficio de la reducción⁴⁹.

Teniendo claro lo estudiado hasta el momento, hay diversas razones por las cuales la aplicación de la pena privativa de libertad en los casos de libre competencia no funcionaría en el Perú.

En primer lugar, la tipificación penal no es coherente con la última *ratio* o principio de mínima intervención del derecho penal. De acuerdo con la doctrina de derecho penal: *“La subsidiariedad, denominada última ratio o extrema ratio, limita el carácter expensivo del*

⁴⁴ Artículo 254 bis del Código Penal Federal

⁴⁵ Artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica de México.

⁴⁶ Artículo 56 del Código Penal de Chile.

⁴⁷ Artículo 65 del Decreto Ley 2011 de Chile.

⁴⁸ Párrafo 2 del Artículo 64 del Decreto Ley 2011 de Chile.

⁴⁹ Artículo 39 bis y 63 del Decreto Ley 2011 de Chile.

derecho penal, al que solo se puede acudir cuando los demás controles sociales han fracasado”(Villavicencio, 2017, p.36). Actualmente, las prácticas anticompetitivas se encuentran a cargo del Indecopi, autoridad que desde su creación se ha encargado de erradicarlas, a través de procedimientos sancionadores que han culminado con la imposición de multas en algunos casos y en otros casos, sin ningún tipo de sanción al no evidenciarse pruebas o indicios suficientes que acrediten la comisión de prácticas anticompetitivas. En ese sentido, no se puede considerar que el control ejercido por el Indecopi ha fracasado.

En segundo lugar, el artículo 232 del código penal peruano señala de manera general que aquel que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas restrictivas en la actividad productiva, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años. A diferencia de la anterior tipificación, la actual, para su aplicación, no se remite al TUO de la LRCA. En otras palabras, omite la norma de competencia prescindiendo de las facultades del Indecopi, autoridad especializada y competente para la investigación y sanción de conductas anticompetitivas. Ello traería consigo un debilitamiento de la competencia del Indecopi y un fortalecimiento injustificado del Ministerio Público para iniciar de oficio investigaciones sobre estas conductas.

En línea con el párrafo anterior, se generaría una vulneración al principio de *non bis in idem*, pues ambas entidades (Indecopi y el Ministerio Público) estarían “facultadas” legalmente para investigar un mismo caso que involucra una misma conducta y un mismo agente. Además, ambos cuerpos normativos estarían protegiendo el mismo bien jurídico: la libre competencia. Por tanto, no hay razones suficientes para que se haya vuelto a tipificar el delito de abuso de poder económico de esa forma, más aun cuando ya se cuenta con una norma especializada en la materia.

En tercer lugar, los mecanismos de colaboración y de detección rápida de cárteles, tal como el Programa de Clemencia y el Compromiso de Cese, se verían afectados pues los responsables ya no tendrían “incentivos” para denunciarlos, pues si bien podrían librarse de las multas (ya sea mediante una exoneración total o una reducción de las mismas) igual podrían ser sancionados en sede penal. En tal sentido, las autoridades tendrían que invertir más tiempo y recursos en la investigación de cárteles.

Es por ello que, una mejor tipificación implicaría que los agentes sancionados que se hayan acogido a este beneficio no tengan responsabilidad penal alguna. Como se mencionó párrafos atrás, tanto en Chile como en México se ha tomado en consideración la exoneración de la sanción penal para aquellos agentes económicos que se acogan a sus respectivos programas de clemencia, aportando antecedentes de la conducta anticompetitiva conforme a los requisitos exigidos legalmente.

Sobre lo anterior, cabe agregar que el 25 de noviembre del 2022, el Congreso ha presentado el Proyecto de Ley 3669/2022-CR, el cual busca modificar el actual artículo 232 del Código Penal. El primer cambio introducido es la eliminación de la tipificación del abuso de

posición de dominio y únicamente la consideración de los acuerdos restrictivos en la actividad productiva como delito. Sin embargo, no se especifica qué clase de acuerdos restrictivos, pudiendo tratarse de acuerdos verticales u horizontales. En tal sentido, de aprobarse dicho proyecto, deberá especificarse que las prácticas horizontales absolutas incluidas en el artículo 11.2 del TUO de la LRCA son las únicas que deberían ser consideradas como sancionables en sede penal. El segundo cambio introducido en este proyecto tiene que ver con el hecho que las resoluciones firmes emitidas por el Indecopi y el Osiptel, como autoridades de competencia, serán tomadas en cuenta para la determinación de la comisión de delito. Sobre lo anterior, cabe señalar que dicha modificación a cargo del congreso es positiva en la medida que el Código Penal estaría reconociendo la titularidad de la investigación y sanción administrativa a las autoridades de competencia. Finalmente, este proyecto refuerza el programa de clemencia al señalar que todos aquellos que hayan incurrido en acuerdos restrictivos de la competencia y se hayan acogido al programa de clemencia quedarán exentos de la responsabilidad penal.

Por tanto, se puede concluir, que actualmente, la pena privativa de libertad en el Perú no podría ser considerada como una sanción no monetaria eficaz por todas las deficiencias señaladas previamente. Asimismo, desincentivaría la utilización de otros mecanismos importantes en la detección de cárteles, por lo que el “costo de implementar la pena privativa de libertad resultaría mayor que el beneficio”.

2.2.3. Inhabilitación del cargo de director/gerente (*disqualification*)

La inhabilitación o *disqualification* no existe actualmente en la ley de competencia peruana ni ha sido estudiada por la doctrina y jurisprudencia nacional. La única “sanción” que recibe una persona natural (gerente generales o directores en su mayoría) a la fecha es una sanción monetaria a través de las multas impuestas por el Indecopi. Sin embargo, debería ser materia de análisis a nivel comparado, a fin de evaluar si en un futuro podría implementarse esta medida en el Perú.

Dicho lo anterior, se revisará la experiencia de Reino Unido. Para comenzar, con la entrada en vigencia de “*The Enterprise Act 2002*” (en adelante, Ley de Empresas de 2002), se introdujo, una disposición diseñada para garantizar que las personas cumplan con la ley de competencia: la posibilidad de que los directores de empresas sean inhabilitados de ejercer el referido cargo por un periodo de hasta de 15 años por incumplimiento de las normas de competencia.

Esta importante disposición intenta abordar diversos problemas que se presentan con la imposición de multas. Por un lado, pese a que las multas suelen ser significativas en algunos casos, pueden no tener un efecto disuasorio suficiente, especialmente cuando el costo de las multas simplemente se transfiere a los clientes a través de precios más elevados. De otro lado, con la inhabilitación de directores también se intenta evitar que una multa, al ser tan grande, pueda dar lugar a la insolvencia y liquidación de la empresa, ocasionando la

pérdida de un competidor del mercado, lo cual es dañino para un sistema de derecho de la competencia (Whish & Bailey, 2015, p. 452).

Ahora bien, de acuerdo con la sección 9A y 9B de la Ley de Empresas de 2002 existen dos formas de inhabilitar a un director que ha infringido la ley de competencia, por un periodo específico: por orden de inhabilitación (*Competition disqualification order*) o por compromiso de inhabilitación (*Competition undertakings*).

Con relación a la orden de inhabilitación, el Tribunal deberá dictar una orden de inhabilitación contra una persona si se cumplen las siguientes dos condiciones: en primer lugar, el director de una empresa debe cometer una infracción contra la ley de competencia, mediante acuerdos que impidan, restrinjan o distorsionen la competencia y el abuso de posición dominante; en segundo lugar, el Tribunal debe considerar que su conducta como director lo inhabilita para estar involucrado en la gestión de una empresa⁵⁰. Con esta medida también se busca disuadir a otros directores de la comisión de conductas anticompetitivas.

En cuanto al compromiso de inhabilitación, para su suscripción deberá cumplirse 3 requisitos: (i) el director de una empresa debe haber cometido una infracción contra la ley de competencia; (ii) la conducta de dicho director debe hacerlo incapaz de participar en la gestión de una empresa; y, (iii) el director que habría cometido la conducta anticompetitiva, debe ofrecer voluntariamente a la Autoridad de Competencia y Mercados (*Competition and Markets Authority*) o al regulador, un compromiso de inhabilitación. Durante el periodo que dure el compromiso suscrito – el cual puede ser de hasta 15 años como máximo – la persona sancionada con la inhabilitación no deberá: (i) ser director de una empresa; (ii) actuar como propietario de una empresa; (iii) no participar ya sea directa o indirectamente, en la promoción, formación o gestión de una empresa; (iv) actuar como administrador concursal.

Ahora bien, dentro de la casuística de Reino Unido, se tiene el caso del director Daniel Aston de la empresa “*Trod Limited*”, el cual se había comprometido a ser inhabilitado para ejercer el cargo de director durante 5 años en cualquier compañía de Reino Unido⁵¹. Asimismo, al 18 de enero de 2021, el número de directores que habrían sido inhabilitados – a través de la suscripción de compromiso de inhabilitación – para ejercer dicho cargo asciende a 18, siendo el periodo de inhabilitación de 12 años el más largo. Por otra parte, la primera orden de inhabilitación se habría dado por un periodo de 7 años⁵² en el caso de “*CMA vs Michael Martin*”. Con relación a dicho caso cabe destacar que, a pesar de que el señor Martin no asistió a ninguna de las reuniones con los demás agentes inmobiliarios en las que se llegó al acuerdo de fijación de honorarios, igualmente fue sancionado en la

⁵⁰ The Enterprise Act 2002 part 7.

⁵¹ Disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-sales-of-discretionary-consumer-products> (Consultado el 12 de junio de 2021).

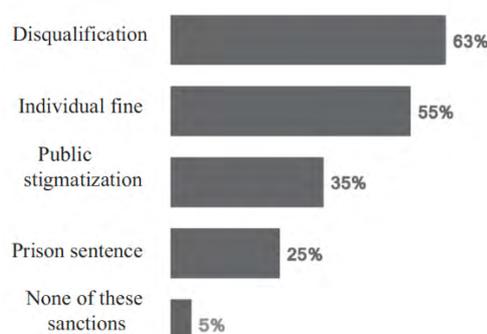
⁵² Dicho periodo se hubiera reducido en 2.5 años si el Sr. Martin hubiera ofrecido un compromiso de inhabilitación antes de que se iniciaran los procedimientos judiciales. Disponible en: <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/competition-law-newsletter---july-2020/cn10---uk-real-estate-director-banned-for-seven-years-after-court-grants-cma-order/> (Disponible el 12 de junio de 2021).

medida que sí tenía conocimiento del acuerdo del cártel y no tomó ninguna medida para evitar o poner fin a la participación de la agencia inmobiliaria “Gary Berryman”, lo cual contribuyó a la comisión de una infracción de la ley de competencia⁵³.

A nivel de Francia, la inhabilitación, pese a no ser aplicada en dicho país, es muy aceptada por sus ciudadanos. Así en una encuesta realizada sobre el tipo de sanción que se debería aplicar a los individuos que ejecuten actos anticompetitivos, la inhabilitación tuvo mayor porcentaje de aceptación frente a otras medidas sancionatorias como la multa y la prisión (Combe & Monnier-Schulumberger, 2017, p. 348-349).

Figura 1: Encuesta sobre el tipo de sanciones a imponer a individuos que participaron en un cártel

Graph 2 Survey on the Type of Sanctions to Be Imposed on Individuals Who Have Taken Part in a Cartel (France, 2017)



En otra encuesta realizada a los ciudadanos de Estados Unidos, Alemania, Gran Bretaña e Italia, se les preguntó sobre las formas de castigo que consideraban más apropiadas para las personas halladas responsables por la fijación de precios. Al igual que en Francia, la medida de inhabilitación tuvo bastante acogida, siendo que en Gran Bretaña tuvo un 75% de aprobación, en Alemania un 68%, en Italia un 63% y en Estados Unidos un 50% (Stephan, 2019, p.642).

[Continúa en la siguiente página]

⁵³ Disponible: <https://www.gov.uk/government/news/court-orders-disqualification-of-estate-agent-cartel-director> (Disponible el 15 de junio de 2021).

Figura 2: Encuesta sobre el tipo de castigo para las personas halladas responsables por la fijación de precios

The decision to fix prices is usually made by a number of individuals within a business. Which if any forms of punishment do you think each of these individuals should face? Please tick (✓) as many that you feel should apply.

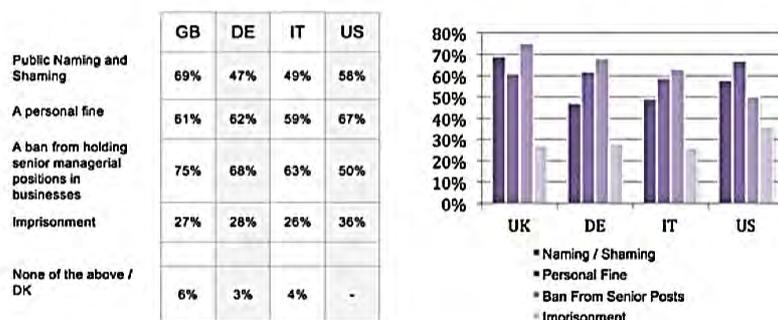


Figure 5: Appropriate sanctions for the individual. [Colour figure can be viewed at wileyonlinelibrary.com]

En el ámbito latinoamericano, la Ley Federal de Competencia Económica de México también ha establecido que la Comisión podrá aplicar como sanción la inhabilitación a las personas naturales que hayan participado en prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, para que puedan ejercer como consejeros, administradores, directores, gerentes, directivos, ejecutivos, agentes, representantes o apoderados hasta por un plazo de cinco años⁵⁴.

Por lo expuesto, podría considerarse como una opción la posible implementación de esta medida en el Perú adicionalmente a las multas impuestas, pues como bien se mencionó antes, podrían presentarse ocasiones en las cuales las multas no sean lo suficientemente disuasivas o sean muy gravosas poniendo en peligro la existencia de las empresas. Asimismo, es una medida que podría aplicarse en vez de la sanción penal, la cual ha sido recientemente retipificada en el código penal para los casos de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias.

Lo anterior, va en línea con la opinión de la Dirección, la cual ha señalado que se debería estudiar la propuesta de incorporar como una medida complementaria a la sanción el que las personas que hayan participado de forma determinante en la comisión de una conducta anticompetitiva sean inhabilitadas para ejercer cargos que les permitan manejar una empresa:

“[...] esta Secretaría Técnica, considera factible estudiar como una medida alternativa o complementaria [...] la incorporación de una inhabilitación temporal, de las personas que participaron de forma decisiva en la comisión de prácticas anticompetitivas, para que dejen de ocupar cargos que les permitan gestionar cualquier empresa o asociación gremial o profesional. Sin embargo, incluso para proponer una medida como esta es necesario realizar un análisis

⁵⁴ Artículo 127 de la Ley Federal de Competencia Económica.

*exhaustivo de las implicancias que podría generar su introducción en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*⁵⁵.

De implementar esta medida la autoridad de competencia deberá evaluar, si esta inhabilitación solo será para prácticas colusorias horizontales absolutas o si también comprendería a personas naturales que hayan estado involucradas en una práctica colusoria relativa tal como las practicas colusorias verticales o de abuso de posición de dominio. Asimismo, se deberá especificar si solo será aplicable a gerentes y/o directores, en general altos cargos, o también será aplicable a otros cargos no necesariamente de la Alta Dirección, pero que hayan tenido una participación importante en la conducta anticompetitiva. Por último, deberá aclararse el alcance de la inhabilitación, es decir, si será unicamente para dejar de ejercer el cargo dentro de la empresa en la que se encontraba trabajando a la fecha de comisión de la conducta o si también comprenderá a puestos de trabajos dentro de otras empresas a las que postule en un futuro.

Finalmente, se deberá tomar en cuenta que esta medida no puede ser muy eficaz en jurisdicciones donde haya una mayor cantidad de empresas relativamente pequeñas o las empresas familiares, pues el individuo aún estando descalificado podría ejercer el control al hacer que un miembro de la familia actúe en su lugar, limitando así el efecto disuasorio de la medida. Sobre este punto, la autoridad deberá estudiar opciones adicionales a fin de que se pueda cumplir con la sanción.

2.2.4. Daño reputacional empresarial

Cuando el Indecopi emite una resolución sancionatoria, se publica una nota de prensa en la que se menciona la conducta infractora, las empresas sancionadas, la multa, el mercado afectado, entre otros aspectos, logrando que el público general tenga conocimiento de lo ocurrido. Incluso, diversos medios de comunicaciones transmiten a través de los medios televisivos o en los periódicos, redes sociales, etc., la infracción a las normas de competencias, las empresas involucradas y las multas.

Esta práctica es muy común en la mayoría de países. En España, los medios de comunicación suelen hacer eco a las notas de prensa que la autoridad de competencia publica, en las que informa sobre sus decisiones sancionatorias recientes. En dichas notas de prensa se realiza contra la empresa una publicidad negativa y daño reputacional para las empresas infractoras (Santos 2011, p. 148).

Si bien las sanciones por incumplimiento a las normas de libre competencia pueden traer consigo consecuencias en el ámbito administrativo (multas), civil (responsabilidad civil de los imputados por los daños y perjuicios ocasionados), penal (encarcelación), en diversas ocasiones dicho incumplimiento trae también un daño reputacional también conocido como daño moral.

⁵⁵ Ver párrafo 85 del Informe 020-2017/ST-CLC-INDECOPI del 22 de marzo de 2017.

Sobre lo anterior, existen circunstancias en las cuales los daños reputacionales pueden ser peores que las multas en sí mismas; por ejemplo, la emisión de una resolución sancionatoria contra una empresa que cotiza en bolsa podría ocasionar una importante baja de las cotizaciones de las acciones de la empresa, siendo que la pérdida del valor para los accionistas que ello supondría podría implicar, en conjunto, una cifra superior en comparación de la multa (Pascual y Vicente, 2013, p. 166).

No obstante ello, la mayoría de empresas continúan sus actividades como si nada hubiera ocurrido ya sea pagando la multa o llevando hasta las instancias judiciales la decisión de la autoridad administrativa.

Como bien se mencionó líneas atrás, a veces las multas no siempre suelen resultar la sanción más eficaz para las empresas. Es por ello, que debería analizarse otros mecanismos disuasorios adicionales a fin de que las empresas evalúen si cometen la infracción o no.

Uno de los mecanismos utilizados en otros países es el “*Naming and Shaming*”, que significa decir públicamente (a través de publicaciones en páginas web de las agencias o redes sociales) que una persona, empresa, etc. se ha comportado de manera inadecuada o ilegal⁵⁶. No obstante, como se verá a continuación hay diversas formas de hacer pública la mala conducta de la empresa o persona natural. Asimismo, es importante precisar que las siguientes experiencias no siempre se encontrarán vinculadas con el derecho de la competencia, sino también abarcan otras ramas del derecho.

Para empezar, se tiene a la agencia denominada “*Food and Drug Administration*” (en adelante, FDA), la cual en mayo del 2018 publicó una “lista negra” de empresas farmacéuticas que, según la agencia, actuaron de manera poco ética en los mercados. De acuerdo con la FDA, las empresas registradas en la lista negra de la agencia estarían evitando la competencia en la industria farmacéutica, estropeando los esfuerzos de las empresas de medicamentos genéricos para competir con las empresas de medicamentos de marca. Para evitar a los competidores, las farmacéuticas impidieron que las compañías de medicamentos genéricos obtengan acceso a las muestras que dichas compañías necesitan para fabricar copias más baratas de diversos medicamentos utilizados para tratar enfermedades⁵⁷.

En el referido caso, la FDA publicó una lista de 52 medicamentos detallando los nombres de los productos, así como de los desarrolladores de cada uno, junto con la cantidad de

⁵⁶ Interpretación disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/name-and-shame> (Consultado el 2 de julio de 2021).

⁵⁷ Información obtenida de los siguientes enlaces:

- <https://www.nytimes.com/2018/05/17/health/drug-prices-generics-fda.html> (Consultado el 6 de junio de 2021)
- <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2018/05/17/fda-shames-drug-companies-suspected-of-using-gaming-tactics-to-delay-competition/> (Consultado el 6 de junio de 2021)

consultas de acceso que la agencia ha recibido en relación con ellos. Cabe precisar que, las consultas de acceso se presentan cuando una empresa que expresa su intención de desarrollar un medicamento genérico no puede obtener las muestras necesarias del original⁵⁸.

Por su parte, el comisionado de la FDA a dicha fecha, el Dr. Scott Gottlieb, negó que la publicación del registro de empresas que actuaron indebidamente en el mercado, estuviera tratando de avergonzar a las compañías farmacéuticas; por el contrario, la discusión pública, puede lograr que todo sea un poco más transparente⁵⁹.

Si bien la FDA publicó una lista de las farmacéuticas que cometieron una conducta, dicha agencia adicionalmente publica, en su sitio web, numerosos documentos que exponen la mala conducta de la empresa, como cartas de advertencia y avisos de infracción dirigidos a dichas empresas⁶⁰.

Sobre el “*Naming and Shaming*”, la autora Yadin señala que es un medio eficaz de enforcement en la medida que es barato en comparación con otras estrategias, como las sanciones penales o administrativas⁶¹. Asimismo, con tal herramienta se puede enriquecer las pirámides de cumplimiento de muchas agencias, que carecen de herramientas eficientes para enfrentar los nuevos desafíos en los mercados actuales, creando una forma de disuación ante la comisión conductas ilegales (2019, p. 434)⁶².

Por otro lado, dentro del contexto de la regulación de los mercados financieros, se define al “*Naming and Shaming*” como el poder discrecional, o la obligación legal del supervisor financiero de **publicar** una sanción administrativa en respuesta a una infracción, así como el nombre (de la empresa) responsable de la infracción en su sitio web o a través de un comunicado de prensa a modo de: (i) emisión de una advertencia pública, (ii) publicación una multa administrativa impuesta o (iii) la publicación de una multa coercitiva incremental (Pfaeltzer, 2014, p. 138).

Sobre el particular, el Tribunal de Róterdam ha declarado en algunos pronunciamientos que la medida de publicación tiene como principal objetivo advertir al público sobre la infracción cometida por las empresas, por lo cual no puede calificar como una sanción punitiva⁶³. Asimismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la publicación tiene que haber un balance del interés público atendido por la divulgación

⁵⁸ Disponible en: <https://endpts.com/whos-delaying-generic-competition-fda-publishes-list-of-52-branded-drugs-accused-of-gaming-the-system/> (Consultado el 16 de julio de 2021).

⁵⁹ Disponible en: <https://www.nbcnews.com/health/news/fda-publishes-shame-list-firms-fighting-generic-competitors-n875191> (Consultado el 16 de julio de 2021).

⁶⁰ Disponible en: <https://www.theregview.org/2019/09/18/yadin-should-regulators-shame-companies-into-compliance/> (Consultado el 16 de julio de 2021).

⁶¹ Disponible en: <https://www.theregview.org/2019/09/18/yadin-should-regulators-shame-companies-into-compliance/> (Consultado el 16 de julio de 2021).

⁶² Disponible en: <https://law.lclark.edu/live/files/28501-49-2yadinpdf> (Consultado el 16 de julio de 2021).

⁶³ Disponible en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2008:BF1175> (Consultado el 16 de julio de 2021).

completa frente al interés del infractor de no sufrir un daño desproporcionado como resultado de la publicación⁶⁴.

Respecto al “*Naming and Shaming*”, la mayoría de los infractores consideran la publicación de la decisión de sanción como un castigo adicional a multa; sin embargo, la publicación de una sanción no es, en sentido estricto, una sanción. Así, el propósito de 'nombrar y avergonzar' en el derecho administrativo es dejar claro al público cómo interviene el gobierno. Además, el propósito de la publicación puede ser advertir al público de las consecuencias que podría tener la comisión de un delito⁶⁵.

Una forma diferente a la “lista negra”, ha sido ejecutada por la Autoridad de Competencia Noregua, la cual en el 2008 propuso la eliminación de las empresas condenadas por transgresiones a la ley de competencia de los índices éticos de inversiones. La referida autoridad es de la opinión que tal medida contribuiría a disuadir a las empresas de participar en conductas anticompetitivas⁶⁶.

Por su parte, en el caso de Brasil, la ley de competencia ha previsto que como parte del “*Naming and Shaming*”, las compañías sancionadas pueden ser ordenadas a pagar a los periódicos por el concepto de publicación de un resumen de las conductas anticompetitivas que cometió⁶⁷.

Ahora bien, en Perú, si bien en la actualidad no existe un registro de empresas sancionadas por conductas anticompetitivas, el Indecopi cuenta con una plataforma denominada “Mira a quién le compras”⁶⁸, dirigida a los consumidores que desean adquirir algún producto o servicio de un proveedor. A través de dicha plataforma el consumidor podrá identificar, mediante un registro detallado a todas las empresas que han sido sancionadas desde el 2011 y las penalidades aplicadas. Así el consumidor, al tener acceso al número de sanciones impuestas a la empresa así como al monto de las UIT’s impuestas, podrá decidir si compra o no a la referida empresa. Si bien el Indecopi creó el registro con la finalidad de mantener informado al consumidor, ello no quita que tal registro no constituya una forma de “avergonzar” o exponer a la empresa por sus actos ilegales.

Por tanto, teniendo en cuenta las diversas manifestaciones del “*Naming and Shaming*”, y la experiencia a nivel comparado y del Indecopi en Perú – en materia de consumidor – se podría proponer que exista un registro similar para empresas que han cometido prácticas

⁶⁴ Disponible en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RVS:2017:3571> (Consultado el 8 de diciembre de 2022).

⁶⁵ Disponible en: <https://handhavingsrecht.nl/naming-and-shaming-het-publiceren-van-een-boete-of-sanctie-onder-de-woo/> (Consultado el 8 de diciembre de 2022).

⁶⁶ Disponible en: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2008\)18/14&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2008)18/14&docLanguage=En) (Consultado el 16 de julio de 2021).

⁶⁷ Disponible en: http://www.cuts-ccier.org/pdf/Article-Corruption_in_market_competition-collusion_and_cartels.pdf (Consultado el 16 de julio de 2021).

⁶⁸ Disponible en: <https://enlinea.indecopi.gob.pe/miraaquienlecompras/#/inicio> (Consultado el 16 de julio de 2021).

anticompetitivas. De tal forma, las empresas sancionadas no solo se verían expuestas en los medios de comunicación o redes sociales, sino que también habría un registro al cual podría acceder cualquier persona y cualquier momento. Como ha sucedido en otros países, dicha herramienta disuasoria podría ser un mecanismo adicional a la principal – sanciones administrativas – para lograr que las empresas no opten por realizar conductas anticompetitivas que puedan dañar su reputación en el mercado. Sobre lo anterior, cuando el daño reputacional ha sido grande, algunas empresas optan por cambiar el nombre comercial; sin embargo, ello no siempre suele ser suficientes en la medida que las personas igualmente identifican que dicha empresa ha cometido actos ilegales en el pasado.

Como se ha podido observar en esta sección, existen dos medidas que podrían aplicarse como complementarias a la sanción de la multa: la inhabilitación temporal del cargo de director o gerente de la empresa que habría infringido las normas de libre competencia y el daño reputacional en su vertiente del *namings and shaming*, quedando descartada la pena privativa de libertad.

2.3.La fiscalización como impulso del procedimiento sancionador: monitoreo del mercado (*screening*) y visitas de inspección

En los anteriores sub-capítulos se ha analizado una serie de propuestas a fin de fortalecer el régimen sancionatorio de libre competencia en el Perú. Así, se ha evaluado la posibilidad de contar con una única instancia administrativa con la finalidad de que los procedimientos de libre competencia culminen en un menor tiempo. Asimismo, se ha propuesto la implementación de dos tipos de sanciones no pecunarias que complementen el carácter disuasorio que viene perdiendo la multa actualmente. No obstante, a fin de culminar este segundo capítulo no debe dejarse de lado el procedimiento de fiscalización del cual depende una correcta y eficaz instauración posterior de un procedimiento sancionador. En esa línea, se estudiará cómo se vienen ejecutando las visitas de inspección en la actualidad y si requiere de algún cambio que contribuya a una mejor y rápida eliminación de prácticas anticompetitivas.

2.3.1. Marco normativo e importancia de las visitas de inspección

Las visitas de inspección son una herramienta importante para la detección de conductas anticompetitivas. Es uno de los primeros pasos para empezar con la investigación a cargo de la Dirección. De hecho, en la mayoría de casos no basta con la información obtenida a través del monitoreo de los mercados (por ejemplo estudiando cuotas de mercado, precios, etc), a través de fuentes públicas, sino que se requiere acudir a las oficinas de las empresas investigadas a recopilar información o documentación relacionada con la práctica anticompetitiva a fin de reunir mayores elementos de juicio para el desarrollo de la investigación.

Esta facultad se encuentra respaldada, en principio por el artículo 239.1° del TUO de la LPAG, el cual señala que *“La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”*.

En esa misma línea, Guillén Camarés señala que las facultades de inspección tienen por finalidad *“(…) la necesidad de garantizar la seguridad jurídica a los operadores económicos y la eficacia en la lucha contra las conductas colusorias, especialmente los cárteles”* (2015, p. 45).

Asimismo el inciso c) del artículo 15.3 del TUO de la LRCA establece que la Dirección se encuentra facultada para realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. Adicionalmente, dicho órgano podrá tomar copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos. Las visitas de inspección previamente referidas pueden ser parte de los medios ofrecidos por la Dirección.

Para un mejor desarrollo del artículo precedente, el 31 de julio del 2020, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, publicó los “Lineamientos de visitas de inspección” (en adelante, Lineamientos de Inspección). Dichas visitas *“(…) constituyen una de las herramientas principales de la Secretaría Técnica para reunir mayores elementos de juicio que le permitan desarrollar sus investigaciones y, en última instancia, promover el bienestar de los consumidores y la libre competencia en el mercado, bien jurídico de rango constitucional.”*⁶⁹. Como se puede apreciar, estas visitas permiten que la autoridad en su rol fiscalizador pueda acceder inmediatamente a evidencias (medios probatorios) que, de otra manera, no podrían obtener. Ello, en el marco de las potestades de control y vigilancia de la Administración Pública.

Los Lineamientos de Inspección resultan de gran utilidad para el administrado en la medida que permiten *“[...] dotar de mayor predictibilidad a la labor que viene realizando INDECOPI en la fiscalización de conductas anticompetitivas”* (Huapaya, 2019). Lo anterior es importante, en la medida que sirve como un parámetro al administrado a fin de que tome conocimiento de sus derechos, obligaciones y el procedimiento empleado por el Indecopi durante estas visitas sorpresivas.

⁶⁹ Ver considerando 4 de la Resolución 009-2020/CLC-INDECOPI del 7 de mayo de 2020, que aprueba los Lineamientos de Visita de inspección.

2.3.2. Análisis del funcionamiento actual de la visita de inspección

En esta sección se estudiará la naturaleza de la visita de inspección a partir de un enfoque de prevención de riesgos. Asimismo, se analizará cómo la autoridad de competencia se desenvuelve a lo largo de una visita de inspección, para ello se comentará cada fase de una visita de cara a lo regulado en la normativa de libre competencia, así como en los Lineamientos de Inspección y en el TUO de la LPAG.

2.3.2.1. Naturaleza de la visita de inspección del Indecopi: desde un enfoque de prevención y gestión de riesgo

El planteamiento actual de las visitas de inspección consiste en una **fiscalización bajo el enfoque de prevención y gestión de riesgos**, la cual es considerada como una derivación de la llamada regulación por riesgos (*“risk-based regulation”*). Este tipo de regulación implica el desarrollo de procedimientos para priorizar el despliegue de recursos, principalmente en actividades de inspección y ejecución, organizadas en torno a una evaluación de riesgos que las empresas reguladas plantean a los objetivos del regulador (Black, 2005, p. 514).

Dicho enfoque tiene por objeto, *“(...) identificar, evaluar, mitigar y monitorear el riesgo (“risk management”) – que para estos efectos implica no cumplir con las normas que regulan una determinada actividad -, de tal forma que la entidad pública pueda priorizar la frecuencia de fiscalización y la asignación de recursos para ello, de acuerdo al nivel de riesgo que enfrenta”* (Calle y Roca, 2017).

Bajo este enfoque, la visita no se realizará por la simple voluntad de la Administración de querer fiscalizar empresas sin previo aviso, sino que con anterioridad a la inspección, deberá realizar una labor de monitoreo de mercado, entre otras actuaciones, y una vez que se hayan detectado indicios que generen sospechas de conductas anticompetitivas, se realizará la visita de inspección.

Por tanto, se ha corroborado que la regulación de las visitas inspectivas realizadas por la Dirección resulta congruente con el enfoque de prevención y gestión. Dicho enfoque permite que las actividades de fiscalización se lleven a cabo de manera eficiente, dado que facilita un manejo racional de las siguientes tres variables: (i) **identificación de los problemas** que ameritarán una **fiscalización prioritaria**; (ii) evaluación de la **probabilidad de que el sujeto regulado pueda incumplir**, así como (iii) evaluación de la **probabilidad de que una infracción pueda ser detectada por la entidad durante la fiscalización**. Tomando en consideración las tres variables, *“(...) la entidad fiscalizadora estará en la capacidad de orientar sus esfuerzos y recursos a las áreas en las que probablemente encontrará más infracciones, reduciendo en general el costo de cumplimiento, pero sin reducir, a la vez, el nivel de protección”*(Coolidge, 2006, p.3).

2.3.2.2. Fase previa: la configuración de las visitas de inspección

Las visitas de inspección se encuentran configuradas en dos etapas: la determinación de sospechas de conductas anticompetitivas, las cuales son previamente determinadas a través del *screening* o monitoreo del mercado e incluso denuncias realizadas ya sea a través del programa de clemencia o de recompensas, etc. En una segunda etapa, la autoridad emitirá un comunicado al administrado informándole sobre la visita sin previo aviso, ello a través de una **orden de inspección**. Sin embargo, como se verá más adelante, dicho comunicado recién será notificado una vez que los inspectores designados por la autoridad de competencia estén en las oficinas de la empresa.

Uno de los parámetros para que se lleve a cabo una visita de inspección es la **sospecha** sobre una posible infracción. Bajo ese escenario de sospecha, antes de que se lleve a cabo formalmente una visita de inspección, la Dirección, llevará a cabo una labor reservada de indagación previa. Dichas investigaciones que se efectuarán, con la finalidad de determinar la necesidad de emprender las visitas inspectivas. Así en ejercicio de sus facultades de investigación la Dirección podrá acceder a distintas fuentes de información como por ejemplo “(...) *informes emitidos por otras entidades, reportes periodísticos, denuncias, comunicaciones de terceros informantes o inclusive testimonios derivados de la utilización del programa de clemencia, así como labores propias de monitoreo de mercado por parte del personal de la autoridad (estudios de las condiciones económicas existentes en el mercado investigado, entre otras)*”(Indecopi, 2020, p. 20). Lo anterior, tiene sustento normativo en inciso 1) del artículo 241.2, el cual establece que previamente a la inspección la autoridad deberá revisar la documentación que contenga información relacionada con el caso materia de fiscalización.

Por tanto, luego de analizada la información relevante, la Dirección verificará si hay indicios razonables sobre la configuración de un posible ilícito anticompetitivo. Tal como se señala en los Lineamientos, la investigación previa cumple dos finalidades: (i) garantizar que los administrados no se vean expuestos a visitas de inspección indiscriminadas y (ii) asegurar la eficacia de estas visitas, circunscribiéndose a supuestos en los que la autoridad cuente con sospechas sobre la posible realización de los ilícitos que son objeto de investigación (Indecopi, 2020, p. 21).

El segundo parámetro formal a considerar para realizar la inspección es que haya una **orden de inspección**, es decir, un “(...) *documento que constituye la autorización escrita por parte de la autoridad competente -en nuestro caso, firmada por el Secretario Técnico- para llevar a cabo dicha diligencia*” (Indecopi, 2020, p. 23). Al respecto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado la obligatoriedad de que se especifique cual va ser el objeto de la investigación, a efectos de que la empresa investigada comprenda el alcance de la inspección y pueda ejercer su derecho de defensa:

“Esta obligación constituye una exigencia fundamental, no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el

interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa” [Asuntos acumulados C-46/87, 227/88, Hoechst AG c. Comisión (Rec. 1989), p. 2859, apdo. 29] (citado de Cantos y Santos, 2015, p. 261).

Además del objeto de investigación como parte del contenido de la orden de inspección plasmada en una carta firmada por la Dirección, resulta importante que dicho documento indique expresamente el nombre y DNI de los funcionarios que intervendrán en la visita inspectiva. Lo anterior, a efectos de que los funcionarios del Indecopi examinen y posteriormente extraigan la información necesaria para la diligencia. De otro lado, es obligatorio que en la orden se establezca que el administrado podrá contar con la presencia de un abogado durante el transcurso de la visita, de considerarlo pertinente. Por último, la autoridad deberá advertir a los administrados que cualquier tipo de entorpecimiento del ejercicio de función de la Dirección podría conllevar a la imposición de una multa no mayor de 1000 UITs por parte de la Comisión.

2.3.2.3. Fase naciente: el inicio de la visita inspectiva

Las visitas inspectivas se pueden realizar con o sin previa notificación, lo recomendable es la existencia del factor sorpresivo. De ese modo, la empresa investigada no podrá ocultar cualquier tipo de información física o digital que sirva a la autoridad para poder detectar indicios de conductas anticompetitivas.

Si bien el agente investigado debe colaborar con los funcionarios del Indecopi designados para la referida diligencia, respondiendo a las interrogantes formuladas e identificando y brindando la información que les sea requerida⁷⁰, los funcionarios del Indecopi también deben causar la menor perturbación posible a las actividades comerciales de los agentes económicos⁷¹ y encuadrando la diligencia en torno al contenido de la orden de inspección.

Ahora bien, los Lineamientos de Inspección señalan que la inspección iniciará con la llegada de los inspectores designados por el Indecopi los cuales se identificarán con la orden de inspección ante la recepción de la empresa a la cual se le solicitará la presencia de un representante. El agente económico investigado tiene la posibilidad de contactar a su abogado; no obstante, su llegada a la compañía no constituirá un requisito para el inicio de la inspección. Al respecto, los Lineamientos de Inspección otorgan un plazo prudencial para esperar la llegada del asesor legal, el cual no podrá ser “usado” para evitar que los inspectores vayan ingresando a las oficinas.

Sobre el plazo prudencial, cabe señalar que es correcto que los Lineamientos de Inspección no hayan incluido un tiempo específico de espera al abogado, por ejemplo de 40 o 60

⁷⁰ Artículo 243 del TUO de la LPAG

⁷¹ Artículo 241 del TUO de la LPAG.

minutos, en la medida que sería una regla poco flexible de la Administración, sobre todo porque hay empresas cuyas sedes no quedan cerca a las oficinas de sus abogados externos. En tal sentido, está bien que la redacción haya quedado como un “plazo prudencial”. Asimismo, si bien en los Lineamientos de Inspección se ha hecho mención que el asesor legal puede estar presente virtualmente o telefónicamente, a fin de que quede una constancia de la participación del abogado debería establecerse que la referida llamada o videollamada podrá ser grabada.

En línea con lo señalado en el párrafo anterior cabe destacar que, con la aparición del Covid-19, la autoridad de competencia ha implementado diversas herramientas digitales para poder continuar con su labor de detección de prácticas anticompetitivas, tales como la utilización de programas informáticos para orientar a los administrados en la extracción de información de forma remota, así como la implementación de reuniones virtuales como parte del proceso de la visita inspectiva; no obstante, resulta importante recalcar que las reuniones virtuales no se atribuyen exclusivamente a la aparición del Covid-19. Anteriormente, el Indecopi implementó las reuniones remotas (Zoom, Teams, Skype) para realizar entrevista a personas investigadas que no se encontraban ya sea de forma definitiva o temporalmente, fuera del Perú (OCDE, 2020, p.8).

2.3.2.4. Desarrollo de la visita de inspección

Luego de iniciada la inspección, los inspectores podrán revisar la documentación que obra en la empresa investigada, tal como archivos físicos y electrónicos ubicados en ordenadores, tables, etc., así como realizar copias respecto de los mismos. Asimismo, podrán tomar declaraciones de cualquier trabajador de la empresa, las cuales podrán ser filmadas.

Respecto a lo anterior, es importante tener presente que, durante la inspección, tal como señala la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la autoridad deberá circunscribir la búsqueda de información a documentos que se deriven únicamente de la actividad económica de la empresa investigada⁷² y cualquiera que sea su soporte material (Fernandez, 2009, p.147). Asimismo, la información extraída debe constar en el anexo del acta de visita de inspección, siendo que el administrado podrá solicitar la reserva genérica de la información en la medida que puede tener data confidencial.

⁷² La LDC recoge así la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, por ejemplo, en el asunto C-94/00, Roquete Frères, Rec. 2002, apdo. 45, se señala: «Están excluidos del ámbito de investigación de que dispone la Comisión los documentos que no sean de carácter profesional, es decir, los que no estén relacionados con la actividad de la empresa en el mercado» (vid., en el mismo sentido, As. 155/79, AM&S Europe c. Comisión, Rec. 1982, apdo. 16).

2.3.2.5. Finalización de la visita de inspección

Culminada la visita, los inspectores emitirán un acta de inspección, en la cual se consignará un resumen de todas las actividades que se han realizado desde la hora de llegada a la oficina del administrado hasta la hora culminación de la visita. En caso la visita tome más de 1 día, por la magnitud de la información extraída, la diligencia se reprogramará, por lo que al día siguiente se generará otra acta de inspección. Es decir, para cada día, los inspectores deberán elaborar un acta. Como se mencionó anteriormente, cada acta tendrá su anexo con la información que se ha extraído. El administrado se quedará con una copia del acta junto con su anexo.

De manera posterior, la autoridad procesará la información extraída en un laboratorio forense a fin de determinar si iniciará o no un procedimiento sancionador contra el agente económico investigado. De iniciarse un procedimiento sancionador se le notificará una resolución de imputación de cargos; mientras que si no se va a iniciar un procedimiento sancionador, se procederá a archivar el caso.

En los Lineamientos de Inspección se ha previsto únicamente dos escenarios ante la culminación del procesamiento de información: el inicio de un procedimiento sancionador o su archivo. No obstante, resulta importante que se tome en cuenta, los otros escenarios listados por el inciso 1) del artículo 245 del TUO de la LPAG, tal como la “constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado”, “recomendaciones o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado”, “existencia de incumplimientos no pasibles de responsabilidades administrativas” o “adopción de medidas correctivas”, u “otras que determina la ley”.

De esa forma, el mensaje que la autoridad inspectora le daría al administrado no estaría netamente relacionado a un enfoque sancionatorio, sino a un enfoque responsivo. Esto último, guarda relación con el enfoque de “regulación responsiva”, el cual, en palabras de Ocha, consiste en que “[...] *el regulador recurrirá inicialmente a métodos de «diálogo» y «coordinación» con el regulado, utilizando herramientas más coercitivas solo como último recurso, a manera de escalamiento de una pirámide de cumplimiento*” (2016, p.153). En tal sentido, de acuerdo a dicho enfoque, la sanción sería la última medida tomada por la Administración.

Lo anterior, guarda relación con el principio de razonabilidad a través del cual las decisiones de la autoridad administrativa deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos **de tal forma que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido**. Así, por ejemplo, luego de que la autoridad termine de procesar información obtenida a propósito de una visita de inspección, y haya encontrado información ambigua o que genere poca convicción de una conducta anticompetitiva, no deberá optar por iniciar un procedimiento sancionador, sino que por ejemplo, podría sugerir como medida correctiva consistente en la implementación de un

programa de cumplimiento. Como se puede apreciar, en algunas ocasiones ya no será necesaria una sanción administrativa sino otro tipo de medidas menos lesivas.

Lo anterior, también es compartido por Morón, quien sostiene que la actividad de fiscalización “[...] puede no derivar en la acción sancionadora si, por ejemplo, no existe infracción, o aun existiéndola, fuera insignificante o se estime que fuera suficiente una medida correctiva. Por ello, no puede derivarse de la asignación legal de la actividad de fiscalización o supervisión la atribución de la potestad sancionadora” (2020, p. 23).

2.3.1. Límites al ejercicio de la facultad fiscalizadora de la Administración

La actividad de fiscalización de por sí es una actividad invasiva de la esfera de derechos de los administrados, en la medida que para que la autoridad compruebe el cumplimiento de la normativa deberá acceder a las oficinas físicas de los agentes económicos investigados interrumpiendo el desarrollo de sus actividades. Es por ello, que tanto en la normativa general como la especial, se han previsto derechos de los administrados así como deberes de la administración en el marco de una visita de inspección. No obstante, la autoridad no tiene únicamente deberes sino limitaciones.

Por ejemplo, si un agente económico le niega el acceso al Indecopi a sus instalaciones, dicha autoridad no va a entrar por la fuerza. Ante tal impedimento, la Dirección deberá obtener autorización judicial de conformidad a lo establecido en el inciso c) del artículo 15.3 TUO de la LRCA; es decir, se pasará por un proceso previo tramitado ante el poder judicial para acceder a las instalaciones de la empresa, sin perjuicio de la multa – no mayor de mil (1000) UIT⁷³ – que se le puede aplicar al agente investigado por obstaculización de las labores de la Dirección en el marco de su rol fiscalizador.

Ahora bien, una vez que acceda a las instalaciones la autoridad podrá recabar diversa información siempre y cuando se encuentre vinculada con el objeto de la fiscalización. Es decir, no podrá recabar información que tenga que ver con la información personal del trabajador o de carácter sensible. En algunas ocasiones ese tipo de información está en un dispositivo móvil, el cual también puede ser un medio para que los agentes económicos incurran en concertaciones, ya sea por mensajería de whatsapp, notas de voz, mensajes de textos, llamadas o por medio de correos personales. Sin embargo, la autoridad no puede incautar los teléfonos de todos los trabajadores sin una previa autorización judicial.

De acuerdo con el inciso 10) del artículo 2 de la Constitución, las comunicaciones o telecomunicaciones sólo pueden ser incautadas o interceptadas, por orden del juez, la cual debe estar debidamente motivada y acorde con las garantías previstas en la ley. En esa línea, el inciso d) del artículo 15.3 del TUO de la LRCA establece que la Dirección se encuentra facultada a solicitar levantamiento del secreto de las comunicaciones al Juez

⁷³ Artículo 46.7 del TUO de la LRCA.

Especializado en lo Contencioso Administrativo con la finalidad de recabar elementos de juicio sobre una infracción.

Respecto a lo anterior, mediante Resolución 079-2022/DLC-INDECOPI del 22 setiembre de 2022, se inició un procedimiento sancionador contra 8 empresas y 7 personas naturales con negocios que producen y distribuyen agua embotellada en Puerto Maldonado⁷⁴. Para probar la concertación de precios el Indecopi accedió a conversaciones de WhatsApp de los representantes de las empresas imputadas. Para ello, la Dirección, con la autorización del Poder Judicial, tomó la posesión de los equipos móviles de algunos representantes y posteriormente, realizó la extracción y copiado de la información contenida en los equipos electrónicos.

En tal sentido, en ambos escenarios, es importante que la Dirección siga el procedimiento establecido en la norma señalada previamente con la finalidad de respetar el derecho fundamental de los administrados del secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Ahora bien, otro límite a la autoridad es el acceso a información estrictamente necesaria para fines de la fiscalización. Si bien la norma hace referencia a que se puede requerir “todo tipo de documentación”⁷⁵ o “cualquier documento que se estime pertinente”⁷⁶, no se puede interpretar de manera amplia, de tal modo que la autoridad solicite información excesiva o impertinente, que no va a ser objeto de análisis, provocando una carga innecesaria al administrado. Asimismo, únicamente se pedirá información que posea el fiscalizado “[...] y dentro del periodo legal para su conservación, de modo que no puede comprender la información que no se tiene ni aquella de la que sea titular otra persona” (Morón, 2020, p. 27). Respecto a lo anterior cabe precisar que para efectos de las inspecciones realizadas por la Dirección a veces será imposible identificar al momento si la información recabada es pertinente o no hasta que se culmine con el procesamiento de la información, como es el caso de los correos electrónicos. En caso se determine que no es pertinente⁷⁷, la autoridad procederá a destruirla o eliminarla siempre que se trate de información digital o en caso se trate de información física podrá ser devuelta al administrado⁷⁸.

2.3.2. Avances y evolución de las visitas de inspección en materia de libre competencia

Durante los últimos años se ha podido apreciar un avance en las capacidades de investigación de la Dirección. Ello se debe a la implementación en el 2014 de un Laboratorio de Informática Forense, en el cual se usa diversas herramientas forenses para la extracción

⁷⁴ Disponible en: <https://rpp.pe/economia/economia/indecopi-inicio-proceso-sancionador-a-empresas-por-concertar-precios-de-agua-embotellada-noticia-1436961?ref=rpp> (Consultado el 19 de octubre de 2022).

⁷⁵ Inciso 1) del artículo 240.2 del TUO de la LPAG.

⁷⁶ Inciso c) del artículo 15.3 del TUO de la LRCA.

⁷⁷ Ya sea porque dicha información no es útil para la investigación o porque no se halló evidencia anticompetitiva.

⁷⁸ Ver considerando 8 inciso i) de los Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, aprobados por Resolución 027-2013/CLC-INDECOPI.

y procesamiento de evidencia digital. Lo anterior ha ido de la mano con la incorporación de una persona especialista encargada del laboratorio (OCDE, 2020, p.3). Así, como se puede observar en el siguiente gráfico a partir del 2014 las visitas a diversas empresas investigadas han ido aumentando; sin embargo, se aprecia una baja en los años 2020 y 2021 debido al Covid-19.

Gráfico 8: Visitas de inspección realizadas por la Dirección entre el 2011 y 2022



Fuente: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (2022)
 *Actualizado a noviembre de 2022.

Como se puede apreciar, no solo ha habido un avance en el aumento de visitas de inspección realizadas por la Dirección del Indecopi, sino en el acceso de la autoridad a diversos otros medios probatorios, fuera de los tradicionales (correos electrónicos o documentos físicos, como actas, contratos etc.). Como bien se señaló con anterioridad, ahora la Dirección, previa autorización del órgano jurisdiccional, también ha empezado a acceder a dispositivos móviles con la finalidad de poder detectar conductas anticompetitivas.

Asimismo, actualmente, las labores de análisis de la evidencia digital son más eficientes que antes en la medida que se pueden realizar búsquedas de información más exhaustivas en tiempos más reducidos y con un menor esfuerzo por parte de los investigadores durante las etapas de investigación y análisis. Así, por ejemplo, mediante el uso de un *software* especializado en búsqueda forense como *Nuix* (OCDE, 2020, p.9), se pueden encontrar los acuerdos colusorios entre los agentes económicos implicados, a través de la búsqueda de palabras clave.

2.3.3. Mejoras a futuro en las herramientas de inspección empleadas por la autoridad de competencia en la detección de conductas anticompetitivas

Como se ha visto, poco a poco se han ido implementando mejoras en el desarrollo de las visitas de inspección, así como en el posterior análisis de las evidencias obtenidas con propósito de las referidas visitas; sin embargo, quedan algunos puntos por reforzar que se verán a continuación.

2.3.3.1. Visitas inspectivas digitales y su vinculación con la intimidad personal

Conforme avanzan los años y con ello, la tecnología, las autoridades de competencia ha empezado a incrementar el uso de herramientas digitales en sus inspecciones para encontrar evidencia de cárteles. Ello en la medida que es más probable encontrar evidencias anticompetitivas en dispositivos electrónicos. Como es de suponer, los gerentes no suelen usar los correos electrónicos de manera frecuente para comunicarse como en años anteriores, sino que en su lugar usan WhatsApp, Telegram, mensajería instantánea, etc. En tal sentido, en un futuro, es posible que la autoridad ya no encuentre tanta evidencia en los correos electrónicos. Así como en el pasado, las evidencias eran encontradas en las agendas físicas, actas de reuniones de gremio, o papeles con notas a mano y en las dos primeras décadas del 2000 se hallaron evidencias en correos electrónicos, es posible que en un futuro la evidencia se encuentre en su mayoría en los celulares o *smartphones*.

Respecto a lo anterior, cabe señalar que en la actualidad, tanto la autoridad competencia española como la colombiana ya han emitido algunos lineamientos o instructivos sobre las visitas de inspección en los que establecen que en el desarrollo de una visita inspectiva la autoridad de competencia podría revisar celulares o *smartphones*:

- En España, el personal inspector de la CNMC autorizado por la persona titular de la Dirección de Competencia, podrá requerir la aportación de cualquier documentación que obre en poder de los agentes económicos investigados o de cualquier dispositivo electrónico utilizado por dicho personal⁷⁹. Más adelante, el considerando 11 de la Nota Informativa sobre las inspecciones realizada por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia se señala que durante la inspección la autoridad de competencia examinará “[...] información relacionada con los hechos objeto de investigación de empleados o directivos de la empresa, incluyendo discos duros portátiles, pendrives, tablets, smartphones, etc.” (CNMC, 2016, p.3).
- En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio también ha establecido en el Instructivo Visitas Administrativas de Inspección que podrá acceder a “[...] toda la información contenida en dispositivos de comunicación (computadores, correos electrónicos, teléfonos celulares, tablets, etc.) que las personas visitadas empleen para el desarrollo de actividades económicas, comerciales o laborales” (2020, p.18). Como se puede apreciar, en el marco de una visita de inspección podrán acceder a celulares.

En el caso de Perú, tanto en el TUO de la LRCA⁸⁰ como en los Lineamientos de Inspección⁸¹, se hace mención a que en el desarrollo de sus investigaciones, la Dirección

⁷⁹ Artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁸⁰ Ver inciso d) del artículo 15.3 del TUO de la LRCA.

⁸¹ Ver página 18 de los Lineamientos de Inspección.

se encuentra facultada a solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones para acceder y copiar la información contenida en dispositivos móviles o registros de llamada con la finalidad de detectar conductas anticompetitivas. Por tanto, la Dirección tiene que estar a la espera de un pronunciamiento en sede judicial para recién poder acceder a los celulares.

Ahora bien, una vez que la autoridad tenga acceso a los celulares, debería establecerse la posibilidad de que el investigado pueda filtrar información relacionada a su esfera privada o simplemente la autoridad no haga una copia de todo el contenido del teléfono sino únicamente de las llamadas, conversaciones o chats que mantiene con los agentes implicados. Ello con la finalidad de los inspeccionados no realicen ningún tipo de cuestionamiento a las labores de la investigación en contravención a su intimidad personal.

Sobre el particular, cabe indicar que en abril del 2016, la CNMC impuso multas a seis empresas fabricantes de turrón por intercambiar información estratégica sobre precios, clientes y otros datos relacionados al suministro de turrónes. Las referidas empresas, buscaron repartirse el mercado de las principales empresas distribuidoras de turrón de marca blanca en España y con ello garantizar sus cuotas de mercado⁸². Una de las empresas involucradas en el cártel, Almendra y Miel S.A. junto con uno de sus empleados el señor Claudio, reclamaron ante la Audiencia Nacional, que los inspectores de la CNMC recabaron información privada almacenado en el teléfono móvil del señor Claudio. El referido sostuvo que en la orden de investigación no autorizaba a los inspectores a visualizar conversaciones telefónicas e imágenes de su celular⁸³.

Al respecto, la Audiencia Nacional señaló que contrariamente a lo señalado por el señor Claudio, la orden de investigación si permitía a los inspectores acceder a las agendas físicas y electrónicas de los empleados de las empresas lo que incluía el teléfono móvil. Asimismo en el acta se indicó que:

*“[...] en el despacho del Sr. Claudio y en su presencia, se procedió a una primera inspección de documentos y **con carácter previo a ello se le preguntó por aquellos de contenido personal o protegidos por la confidencialidad de abogado-cliente** **Una vez descartados este tipo de documentos, se procedió al examen de los restantes**, efectivamente, en una sala aparte sin la presencia de los empleados de las empresas”⁸⁴.*

En tal sentido, la Audiencia Nacional desestimó el recurso impuesto por el señor Claudio toda vez que no se corroboró la vulneración a la libertad informática. Asimismo, se

⁸² Disponible en: <https://www.cnmc.es/la-cnmc-multa-con-612-millones-de-euros-seis-fabricantes-de-turrones-232243> (Consultado el 5 de diciembre de 2022).

⁸³ Disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2016/09/16/employees-mobile-phones-not-safe-from-dawn-raid-scrutiny-spanish-court-finds/> (Consultado el 5 de diciembre de 2022).

⁸⁴ Ver página 8 de la Sentencia SAN 2986/2016 - ECLI:ES:AN:2016:2986. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=7784395&links=&optimize=20160805&publicinterface=true> (Consultado el 5 de diciembre de 2022).

comprobó que ninguno de los documentos que forman parte de su esfera privada tal como fotografías personales o documentos protegidos por el secreto profesional fueron incorporados al expediente. De lo anterior se puede apreciar, que los teléfonos móviles de los empleados pueden ser examinados por los inspectores de la CNMC durante una visita inspectiva; no obstante, antes de realizar la revisión, los empleados y empresas tendrán la oportunidad de identificar qué archivos fotográficos o de multimedia incluyen contenido privado o están protegidos por el secreto profesional legal, los cuales se descartarán y una vez descartados recién la autoridad inspectora podrá revisar los teléfonos.

Teniendo en cuenta ello, una propuesta de mejora consistiría en la reducción de los plazos establecidos en el TUO de la LRCA en la obtención de la autorización judicial para acceder a teléfonos móviles y sin que sea vean interrumpidas las labores de investigación de la Dirección. Sobre este tema, cabe señalar que en Chile, la autorización judicial para diligencias urgentes, tal como el levantamiento de las comunicaciones⁸⁵, puede ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo como el teléfono, correo electrónico⁸⁶. Si bien en Chile no se indican un plazo para el otorgamiento de la autorización judicial, si brindan facilidades para que estas puedan ser otorgadas o requeridas, sin necesidad de esperar alguna audiencia y la emisión de alguna resolución del juez. En el caso de España, por ejemplo, la Dirección de Competencia puede solicitar una autorización al órgano judicial, la cual es resuelta en un plazo máximo de 48 horas, cuando en el ejercicio de sus facultades de inspección, restrinja el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, entre otros.

2.3.3.2. Modernización de las herramientas de informática forense y aumento de personal especializado

Si bien la Dirección cuenta con una persona encargada del laboratorio forense, sería acertado que a futuro se contraten mayores trabajadores especializados en informática y se adquieran mayores computadoras con capacidad suficiente para ejecutar programas de informática. Ello, con la finalidad de que el personal informático pueda colaborar de manera satisfactoria en las visitas de inspección y posteriormente, con la ayuda de los equipos informáticos, puedan procesar de manera rápida y efectiva la información recabada en las visitas de inspección.

Sobre el particular, en España si bien la Dirección de Competencia de la CNMC no tiene un equipo de informáticos exclusivos, cuentan con el apoyo del personal de la unidad de Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) de la propia autoridad de competencia, el cual no solo participa en las inspecciones, sino que conoce del caso y colabora en las reuniones previas a la inspección. (OCDE, 2020, p.7). Adicionalmente, cuentan con una Unidad de Inteligencia Económica (UIE), dotada de personal especializado en técnicas cuantitativas, análisis forense, etc., y de recursos

⁸⁵ Ver artículo 64 y numerales n.1 a n.4 de la letra n) del artículo 39 del Decreto Ley N° 211.

⁸⁶ Ver artículo 9 de la Ley 19696, que establece el Código Procesal Penal.

necesarios para la detección de oficio de cárteles, en específico aquellos que afectan los contratos públicos. Ambas unidades colaboran entre sí para mejorar las aplicaciones de filtrado durante las inspecciones y en la creación y filtración de la base de datos en materia de licitaciones públicas.

Asimismo, en México, se cuenta con la Dirección General de Inteligencia de Mercados, adscrita a la Autoridad de Investigación, la cual utiliza herramientas digitales para detectar conductas que podrían constituir cárteles. Para ello, se cuenta con un equipo especializado en seguridad, matemáticas, psicología, los cuales desarrollan funciones de inteligencia forense y operativa y de screening y análisis económico (OCDE, 2020, p. 5).

Para lograr lo anterior en Perú, se requeriría de un mayor presupuesto considerable del Indecopi, así como de capacitaciones a los funcionarios involucrados en esta tarea. Ello ha sido avalado por organismos internacionales como la OCDE quien ha señalado que en el año 2006, la Comisión Europea creó un equipo permanente de investigación forense, invirtiendo tiempo, recursos económicos significativos y esfuerzo en entrenar a varios de sus funcionarios, con la finalidad de que tengan conocimiento para ejecutar las labores vinculadas a la investigación forense (2018, p.12). Asimismo, la Red Europea de Competencia (en adelante, ECN) recomendó a las autoridades de competencia que posean facultades eficientes para la recolección de evidencia digital (2013, p.5).

Por tanto, si bien estos cambios tomarán tiempo y un despliegue de recursos económicos, por el momento se espera que el Indecopi cuente con un equipo informático mínimo y además que los funcionarios (abogados y economistas) reciban constantes capacitaciones en conocimientos informáticos básicos, hasta que el Indecopi pueda tener las herramientas y un equipo informático consolidado con personas especializadas en la materia forense. Lo anterior, forma parte de una agenda del Indecopi consistente en un plan de inversión continúa a través de la contratación del personal y tecnología de softwares (Gagliuffi, 2017, p. 62). Asimismo, mediante la suscripción de compromisos de cese la Dirección puede destinar el monto dinerario en la mejora de laboratorio forense. Sobre lo anterior, cabe señalar que durante el 2022, se ha suscrito un compromiso de cese con un agente económico imputado, mediante el cual se ha acordado que el monto ofrecido por el solicitante será destinado a la modernización de las herramientas forenses con la finalidad de que la autoridad de competencia pueda encontrar evidencias de conductas anticompetitivas, coadyuvando a la Dirección en sus actividades de investigación⁸⁷.

⁸⁷ Para mayor información revisar Resolución 049-2022/CLC-INDECOPI.

Capítulo 3: Mejora de los incentivos en instrumentos de colaboración y de las herramientas de *enforcement* desde el sector privado

En las secciones anteriores, se ha estudiado el régimen sancionatorio de libre competencia en el Perú y se ha propuesto implementar algunas herramientas con el propósito de que se pueda mejorar diversos aspectos del referido régimen desde la duración de los procedimientos hasta la incorporación o mejora de mecanismos disuasorios para que los agentes económicos no se sientan incentivados a incurrir infracciones a la libre competencia. No obstante, resulta importante realizar un último estudio sobre el funcionamiento de los mecanismos para la detección de prácticas anticompetitivas, con la finalidad de detectar cómo vienen implementándose y qué aspectos podrían mejorarse a fin de evitar tales conductas. Vale la pena percatarse que, a diferencia del capítulo 2, donde el rol del agente económico tiene la condición de investigado/sancionado, en esta sección el rol del administrado es de colaborador con la autoridad para detectar conductas competitivas o evitar que las mismas se manifiesten (de nuevo).

En tal sentido, primero se estudiará la implementación del programa de clemencia, así como diversos aspectos a tomar en cuenta para un adecuado funcionamiento. De manera posterior, se analizará la utilidad del programa de recompensas como herramienta complementaria del programa de clemencia. Finalmente, se estudiará el papel del programa de cumplimiento como mecanismo de prevención de conductas anticompetitivas y de “no reincidencia”.

3.1. Programa de Clemencia

El Perú fue uno de los países pioneros en implementar el Programa de Clemencia a nivel mundial⁸⁸; sin embargo, recién en los últimos años el Indecopi ha empezado a recibir solicitudes de exoneración. Ello se debe a que la actual regulación del artículo 26° del DL 1034, aprobada por el Decreto Legislativo 1205 en el 2015, es más clara – en comparación con su predecesora – y genera mayores incentivos no solo para el primer solicitante sino también para el segundo, tercero y los demás solicitantes, quienes podrían recibir reducciones de las multas impuestas en el expediente sancionador. Finalmente, en agosto del 2017, la Comisión aprobó la Guía del Programa de Clemencia (en adelante, la Guía de Clemencia), la cual ha desarrollado de manera orientativa diversos aspectos del programa de clemencia y los plazos a los cuales deben estar sujetos los solicitantes⁸⁹.

En esa línea, la Exposición de Motivos del DL 1205 señala que el Programa de Clemencia o de Exoneración “[...] es una de las herramientas que ha mostrado la mayor efectividad y eficacia en la desestabilización, detección y represión de cárteles en otras jurisdicciones.

⁸⁸ En el año 1996 se agregó un párrafo al artículo 20° del Decreto Legislativo 701° que regulaba de manera poco detallada un intento de política de clemencia, la cual logró grandes avances en cuanto a su regulación en el 2008 y alcanzó su “perfección” en el 2015, con la modificación del artículo 26° del Decreto Legislativo 1034°.

⁸⁹ Asimismo, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 143 -2020-CD/OSIPTTEL, del 8 octubre de 2020, se aprobó la “Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones”.

Esta figura, correctamente diseñada y aplicada, permite a la autoridad de competencia no sólo disponer de información interna sobre el funcionamiento del cártel, propiciando el inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, sino que, además, su sola existencia puede introducir un elemento de desconfianza entre los participantes en el cártel y que desincentiva su formación” (2015, p.18).

Como se puede apreciar, el programa de clemencia tiene dos objetivos claros. En primer lugar, la detección temprana de cárteles, acuerdos que se llevan a cabo de manera clandestina y no suelen ser detectables de manera ordinaria. El segundo objetivo consiste en desincentivar su formación, pues al momento que un participante del cártel “delata” se pierde la confianza y en un futuro evitarán incurrir en tales acuerdos ilegales, y no solo eso, sino que otros agentes económicos pensarán dos veces si vale la pena pertenecer a un cártel.

Ahora bien, ya se ha señalado, desde el ámbito objetivo, que esta herramienta coadyuva a la detección temprana de cárteles y desde el ámbito subjetivo, desincentiva a la formación de cárteles; no obstante, también es necesaria analizar la posibilidad de implementar una serie de modificaciones a dicho mecanismo, a fin de que su aplicación siga siendo efectiva. De igual forma, se intentará entender las razones por las cuales han decrecido las solicitudes de clemencia en los últimos cuatro años, siendo que en el 2019 y 2020 se presentaron 2 solicitudes de clemencia en cada año, en el 2021, ninguna y en el 2022, únicamente 1, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Gráfico 9: Solicitudes de clemencia entre 1996 y 2022



Fuente: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia
*Actualización a noviembre de 2022.

En los siguientes párrafos se estudiará brevemente el diseño actual del programa de clemencia a fin de analizar si guarda armonía con su aplicación y de ser el caso, se detectarán problemas – ya sean reales o potenciales – y se propondrán algunas mejoras.

3.1.1 Diseño actual del Programa de Clemencia

En la presente sección se analizará el actual diseño del Programa de Clemencia en Perú, poniendo especial énfasis en los beneficios aplicados por el Indecopi a los solicitantes (Clemencia Tipo A, B y C), los alcances del deber de colaboración, el procedimiento aplicable a la tramitación de solicitudes de beneficios y las reglas de confidencialidad.

3.1.1.1. Beneficios del Programa de Clemencia: exoneración y reducción de la multa administrativa

El programa de clemencia cuenta con tres tipos de beneficios dependiendo de la oportunidad y de la información relevante aportada por los solicitantes.

(i) Clemencia Tipo A

Este beneficio consiste en el otorgamiento de una exoneración del 100% de la multa por parte de la Dirección, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: (i) que el solicitante sea el **primero** en presentar una solicitud de beneficios **antes de que la autoridad cuente con los indicios**, (ii) proporcionar **toda la información disponible** sobre el cártel, (iii) cumplir con el **deber de colaboración**, (iv) poner **pronta terminación a la participación** en el cártel, (v) cumplir con su **deber de reserva**, no pudiendo revelar a terceros su identidad como colaborador hasta el inicio del procedimiento; y, (vi) **no haber ejercido coerción** hacia otros agentes para participar en el cártel.

Adicionalmente, cabe destacar que al agente económico que se acoja al programa de clemencia podrá beneficiarse de **la no imposición de medidas correctivas de restitución**, siempre y cuando renuncie a la confidencialidad de su identidad en calidad de colaborador. Finalmente, un último aspecto importante de mencionar es que el beneficiario no podrá ser pasible del inicio de un nuevo procedimiento por infracción a las normas de libre competencia con relación con las conductas materia del beneficio, en la medida que ello no solo desincentivaría a los agentes económicos del uso de esta herramienta, sino que sería contradictorio con lo decidido previamente por la autoridad en el expediente de clemencia, vulnerándose así, el principio de predictibilidad o confianza legítima, el cual, trasladado a este supuesto, supondría que la Dirección no puede apartarse del compromiso suscrito con el/los administrado(s) al cual arribó como consecuencia de la tramitación de una solicitud de clemencia.

Ahora bien, luego de haber resumido brevemente los alcances de la Clemencia Tipo A resulta importante detenerse en algunos aspectos.

La renuncia a la confidencialidad de la identidad por parte del colaborador a fin de que sea exonerado de las medidas correctivas de restitución no necesariamente podría ser considerado un incentivo. Ello, en la medida que los colaboradores no cuentan con suficiente información sobre este tipo de medida correctiva, pues el artículo 49.2 del TUO

de la LRCA se limita a señalar que la Comisión puede dictar medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora, sin embargo, no brinda mayor detalle respecto de su aplicación, pese a que por el artículo 49.4, la Comisión está autorizada a expedir lineamientos precisando los alcances del referido artículo.

Por tanto, como se puede apreciar, hay un vacío legal sobre lo que se entiende por medida reparatoria más allá del concepto legal de mandatos dirigidos a revertir los efectos lesivos de la conducta infractora. De igual forma, el programa de clemencia se limita a señalar que si bien las medidas correctivas reparatorias no tienen naturaleza sancionatoria sino de restauración, las mismas pueden involucrar costos significativos para los infractores.

Al respecto, cabe agregar que, con la modificación del artículo sobre medidas correctivas, mediante Decreto Legislativo 1205⁹⁰, se brindó algunos alcances sobre las medidas correctivas reparatorias. Así, la exposición de motivos del referido Decreto Legislativo señala que dichas medidas pueden resultar importantes para maximizar la eficacia del sistema de protección de la competencia, siendo que además, este tipo de medidas es compatible con el artículo 251 del TUO de la LPAG, el cual establece que “[l]as sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados [...]” (2015, p.38).

Adicionalmente, a la fecha, solo algunas empresas han renunciado a la confidencialidad de su identidad. Por ejemplo, las empresas El Comercio⁹¹, Kimberly Clark y Protisa⁹² han reconocido la imputación efectuada en su contra y revelando su condición de colaboradores en el Programa de Clemencia. Además de las empresas mencionadas, no se tiene conocimiento de colaboradores que hayan renunciado a la confidencialidad de su identidad como tales, en el marco de un programa de clemencia, y en esa misma línea, tampoco se ha apreciado el dictado de medidas “reparatorias” en las resoluciones finales emitidas por la Comisión. En la actualidad, la Comisión se ha enfocado en dictar medidas correctivas en su mayoría preventivas y en algunos casos de restablecimiento.

Con relación a las **medidas correctivas preventivas**, cabe señalar que estas consisten en acciones concretas destinadas a que los infractores cumplan la ley. Dichas medidas serán objeto de estudio más adelante al referirnos a un mandato de la autoridad dirigido a los responsables con la finalidad que adopten programa de cumplimiento.

En cuanto a las **medidas correctivas de restablecimiento**, la Comisión ha dictado medidas correctivas dependiendo del tipo de práctica anticompetitiva.

⁹⁰ Artículo 46.2 del Decreto Legislativo 1205.

⁹¹ Para mayor detalle revisar el considerando 9 de la Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 002-2019/CLC.

⁹² Para mayor detalle revisar la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 017-2015/CLC.

En el caso de abuso de posición de dominio (negativa a contratar⁹³) o prácticas colusorias verticales (exclusividades), la Comisión ha ordenado la materialización de una conducta específica (por ejemplo, la obligación de contratar) o la inoponibilidad de contratos o condiciones restrictivas (por ejemplo, la inaplicación de una cláusula de exclusividad⁹⁴).

Ahora bien en los casos de cártel, la Comisión ha optado, por introducir medidas correctivas de carácter declarativo, bajo la fórmula «se dicta como medida correctiva abstenerse de realización el acuerdo o la recomendación anticompetitiva»⁹⁵.

(ii) Clemencia Tipo B

La Clemencia Tipo B se aplicará cuando la Dirección **ya cuente con indicios sobre el cártel**. El beneficio que trae consigo este tipo de clemencia es la exoneración entre el 50% y 100% de la multa correspondiente a la sanción. Ello, siempre y cuando se cumpla con: (i) ser el primero en presentar una solicitud de beneficios, sin haber la Dirección iniciado un procedimiento sancionador por el cartel revelado, (ii) proporcionar toda la información existente sobre el cártel revelado, (iii) cumplir con el deber de colaboración, (iv) poner pronta terminación a su participación en el cártel revelado, (v) cumplir con su deber de reserva no revelando a terceros su identidad como colaborador, (vi) no haber ejercido coerción hacia otros agentes para que participen en el cártel.

El cálculo del beneficio condicional que corresponderá al solicitante será determinado por la Dirección, de acuerdo a la utilidad de la información proporcionada por el solicitante, la cual debe contribuir al inicio de un procedimiento sancionador.

Con relación a este tipo de clemencia, cabe señalar que debería precisarse que es lo que se entiende con que la Dirección “ya cuente con indicios acerca del cartel”. Como ya se ha desarrollado previamente, varias de las formas mediante las cuales la autoridad de competencia puede obtener indicios de una conducta anticompetitiva es a través del monitoreo de mercados, por medio de un solicitante del programa de recompensas, o por alguna comunicación extraoficial (alguna llamada, correo electrónico, entrevista, todo ello

⁹³ Mediante Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI, la Sala confirmó la Resolución 037-2005- INDECOPI/CLC, que dispuso, entre otras medidas correctivas, «ordenar a Pilot Station se abstenga de realizar negativas de prestación de servicios de practicaje marítimo de forma injustificada» y «ordenar a Pilot Station y a sus directores y gerentes que dejen sin efecto las cláusulas de exclusividad y las penalidades de los contratos celebrados con los prácticos marítimos del TPC (...) y que dicha empresa se abstenga de celebrar contratos con similares características a los analizados».

⁹⁴ Mediante Resolución 0068-2009/SC1-INDECOPI, la Sala confirmó la Resolución 005-2008- INDECOPI/CLC, que dispuso, entre otras medidas correctivas, «que Quimpac, en tanto mantenga su posición dominante en la producción y distribución de hipoclorito de sodio, se abstenga de establecer relaciones de exclusividad que puedan constituir restricciones verticales a la competencia, así como otras conductas que pudiesen tener un efecto excluyente. Por lo tanto, cuando Quimpac coloque el hipoclorito de sodio en el mercado, deberá cumplir con brindar un trato no discriminatorio a aquellos agentes económicos que demanden el producto».

⁹⁵ Mediante Resolución 052-2012/CLC-INDECOPI, la Comisión dispuso como medida correctiva a dos sindicatos de estibadores «el cese y la prohibición de la conducta consistente en la realización de decisiones o recomendaciones anticompetitivas para la obstaculización de la entrada de competidores en el mercado de trabajo portuario en el Terminal Marítimo de Salaverry, que generen efectos anticompetitivos en dicho mercado».

acompañado de pruebas). Luego de ello, la autoridad da un siguiente pasó a través de la realización de una visita de inspección a las empresas implicadas.

Sobre el particular, es de considerar que no debería ser “En caso la Secretaría Técnica ya cuente con indicios acerca del cartel [...]”, sino que la redacción debería cambiarse a “En caso la Secretaría Técnica ya haya realizado una acción de investigación en base a los indicios que ya posee [...]”. Dicha aclaración es relevante en la medida que no habría que realizar una precisión sobre lo que la autoridad entiende por indicios, pues inmediatamente se entiende que la autoridad ya realizó una visita de inspección y se encuentra investigando las evidencias recabadas. Como se puede apreciar, resulta importante que se pueda advertir una **acción notoria de la Administración hacia el administrado**, pues en caso contrario el administrado podría acudir a la autoridad para colaborar y ésta le podría indicar que ya que tenía información, lo cual sería un actuar muy subjetivo por parte del Indecopi y no generaría seguridad jurídica en el solicitante.

Finalmente, podría darse el caso en el que pese a los esfuerzos del Indecopi tras realizar una visita inspectiva no obtenga información relevante para poder iniciar un procedimiento sancionador, por lo cual decide archivar el caso; sin embargo, algunos años después se acerca un administrado con diversos medios probatorios (whatsapps, SMS, audios, etc.) informando sobre una conducta colusoria en el mismo mercado en el cual la investigación ya había sido objeto de archivo. En ese caso, también correspondería que la Clemencia A sea la otorgada al colaborador y no la B.

(iii) Clemencia Tipo C

Para que se aplique este tipo de clemencia, **deberá existir un primer solicitante de beneficios con una solicitud admitida o un procedimiento sancionador en trámite**. Cumplido ello, la Dirección, otorgará el beneficio de la reducción de hasta un 50% de la multa correspondiente a la sanción, en tanto el solicitante cumpla con: (i) proporcionar información adicional a la ya presentada por un primer solicitante o cualquier otra información que otorgue un valor agregado, (ii) el cumplimiento con el deber de colaboración, (iii) poner pronta terminación a su participación en el cártel revelado, (iv) cumplir con su deber de reserva, no pudiendo revelar a terceros su identidad como colaborador.

En cuanto a este beneficio de reducción cabe señalar que es una **facultad discrecional** de la Dirección y se encontrará sujeta al valor agregado significativo de la información previamente presentada por otro solicitante o información que se encuentre en el Expediente como consecuencia de la investigación de oficio a cargo de la Dirección.

Las reducciones otorgadas son del 50% para el primer beneficiario, del 20% al 30% para el segundo beneficiario y hasta el 20% para el tercero y siguientes beneficiarios que se acojan al beneficio de la reducción.

Los solicitantes podrán presentar una solicitud de reducción hasta 30 días hábiles después de notificado el inicio de un procedimiento sancionador. Adicional a ello, la Dirección, luego de un exámen de valor de la información proporcionada por el solitante de la reducción y del refuerzo de la solicitud planteada, en caso sea necesario, podrá rechazar las solicitudes de reducción de sanción presentadas de manera posterior al inicio de un procedimiento sancionador.

Con relación a la facultad discrecional de la autoridad para otorgar este beneficio, cabe desarrollar qué se entiende por discrecional. De acuerdo con la RAE, se entiende por discrecional algo que se hace libre y prudencialmente⁹⁶. Asimismo, la misma RAE entiende por discrecionalidad todo lo que no es sometido a regla sino al criterio de una persona o autoridad⁹⁷.

Ahora bien, la palabra discrecional aparece en la Guía de Clemencia en el siguiente contexto:

“La determinación del beneficio condicional responde a una facultad discrecional de la Secretaría Técnica y se encontrará sujeta al valor agregado significativo de la información presentada por el Solicitante frente a la información presentada por un anterior solicitante de beneficios o cualquier otra información que obre en el Expediente producto de la investigación realizada por la Secretaría Técnica” (2017, p.8).

Como se puede apreciar, si bien está en la esfera de la autoridad el decidir si otorga o no otorga el beneficio de reducción, esa respuesta en sí dependerá del valor agregado significativo de la información que haya presentado el solicitante, por lo que estaría de más que se mencione que el Indecopi debe contar con una facultad discrecional en la medida que ello se infiere de la segunda oración que señala “y se encontrará sujeta al valor agregado significativo de la información presentada por el Solicitante frente a la información presentada por un anterior solicitante de beneficios”.

Por tanto, dicho lo anterior, se sugiere que se suprima la “facultad discrecional de la Dirección” por lo señalado previamente, pero además porque podría confundir al solicitante, quien podría pensar que la autoridad administrativa estaría exenta de brindar justificaciones al momento de otorgar o no la reducción (ya sea en caso de admisión y más aún de rechazo de la solicitud).

3.1.2.2. Alcances del deber de colaboración

El deber de colaboración en el marco del programa de clemencia consiste en diversas obligaciones asumidas por el administrado colaborador que tienen como objetivo

⁹⁶ Disponible en: <https://dle.rae.es/discrecional> (Consultado el 18 de diciembre de 2021).

⁹⁷ Disponible en: <https://www.rae.es/dpd/discrecionalidad> (Consultado el 18 de diciembre de 2021).

coadyuvar a la Dirección y Comisión en sus actividades de investigación con miras a detectar la conducta anticompetitiva revelada.

Sin embargo no se trata de cualquier tipo de colaboración sino que el administrado deberá cumplir con ciertas obligaciones para que la colaboración sea efectiva. Así el colaborador deberá: (i) **cooperar** en forma íntegra, constante y en el tiempo oportuno y solicitado por la autoridad; (ii) cumplir con su **deber de reserva** hasta el inicio del procedimiento administrativo sancionador; (iii) **facilitar toda la información** que tenga en su poder que permite acreditar y sancionar el cártel denunciado; (iv) **no ocultar o falsificar la información** a presentar afectando las labores de la Dirección; (v) **no divulgar a terceras personas el contenido de la solicitud** de clemencia ni las pruebas aportadas, salvo que la Dirección lo autorice; y, (vi) **no cuestionar lo previamente revelado a la Dirección** en su solicitud de clemencia ni la calificación jurídica elaborada por la Dirección a propósito de su solicitud.

El deber de colaboración se encuentra regulado en el TUO de la LPAG como parte de uno de los deberes de los administrados. Específicamente, el artículo 67 de la referida norma señala que uno de los deberes generales de los administrados en el procedimiento es prestar su colaboración para el pertinente esclarecimiento de los hechos. Sobre el particular, es posible inferir que el legislador se ha basado en dicho precepto normativo al momento de referirse al deber de colaboración en los incisos c), d), e), y f) del artículo 26.2 del TUO de la LRCA. De igual forma, para la Guía de Clemencia elaborada por la Comisión.

Ahora bien, respecto al deber de colaboración cabe señalar que la Comisión ha desarrollado de manera apropiada su contenido en la Guía de Clemencia; no obstante, se comentará algunos aspectos que podrían haber sido abordados de mejor manera.

En primer lugar, las obligaciones que forman parte del deber de colaboración podrían haber estado clasificadas de acuerdo a las dos etapas en las cuales el colaborador podrá coadyuvar con las labores de la Dirección a propósito de su solicitud de clemencia: etapa de investigación y etapa del procedimiento sancionador. Algo similar se ha hecho en la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones en México, en la cual la autoridad explica las obligaciones de cooperación plena y continua del Solicitante en distintas etapas: “De la Investigación” y “De la Resolución”. Así, cada deber de colaboración guarda relación con la etapa en la que se encuentra el solicitante de la clemencia.

Finalmente, con relación a que el colaborador tiene prohibido cuestionar lo revelado a la Dirección en su solicitud de clemencia, cabe señalar que se debió añadir que si bien el colaborador no podrá desconocer los hechos reconocidos ante el Indecopi si podría realizar precisiones, correcciones o adicionar información en el transcurso de la investigación efectuada por la autoridad. Lo anterior ha sido recogido en la Guía de Delación compensada chilena⁹⁸.

⁹⁸ Ver página 9 de la Guía de Delación Compensada chilena.

3.1.2.3. El procedimiento aplicable a la tramitación de solicitudes de beneficios

El procedimiento se compone en 7 partes: la consulta sobre reglas generales y disponibilidad de marcadores, la presentación de una solicitud de beneficios, la admisión de la solicitud (o de ser el caso, rechazo), la entrega de la información que sustentaría la infracción revelada, la calificación preliminar de la denuncia, la suscripción del compromiso de exoneración o reducción de sanción y el otorgamiento definitivo del beneficio al finalizar el procedimiento sancionador.

1. Etapa de consulta

La etapa de consultas se divide en dos partes: consultas generales sobre el procedimiento de clemencia y consultas sobre la disponibilidad de marcadores. Con relación a la **etapa de consulta** cabe señalar que ha sido un gran aporte por parte de Indecopi dividir en dos dicha etapa. Ello, en la medida que los solicitantes no solo pueden presentar consultas generales sobre el procedimiento de clemencia en sí (los plazos, las reglas o criterios aplicables), sino que también pueden tener en interés en saber si son los primeros en relevar el cártel o si ya habría alguna otra persona que se ha adelantado en informar a la autoridad sobre el determinado cartel. En tal sentido, de existir un marcador disponible, el solicitante podrá presentar de manera más tranquila su solicitud de exoneración. Ahora bien, la Guía de Clemencia establece que el agente económico tiene hasta 3 días para formalizar su solicitud de exoneración, de lo contrario, la Dirección podrá investigar de oficio el mercado materia de consulta. Sobre el particular, es necesario indicar que el plazo de 3 días hábiles es insuficiente, pues podría ocurrir que el posible colaborador no tenga toda la información consolidada para presentarla a la Dirección, en tal sentido un plazo prudente sería de 5 días hábiles, teniendo en cuenta, además, el daño que generan los cárteles a la competencia al bienestar del consumidor.

2. Presentación de una solicitud de beneficios

Con relación a la solicitud de beneficios, cabe señalar que la Guía de Clemencia establece el procedimiento para la **presentación de una solicitud de beneficios**, precisando las preguntas que deben ser absueltas por el solicitante en dicha solicitud, las cuales están vinculadas con el tipo de conducta, el producto/servicio, los agentes económicos involucrados, el periodo de la conducta, y la zona geográfica en la que se desarrolló la conducta. De acuerdo con la Guía de Clemencia, la absolución a las pregunta no solo implica que la autoridad conozca la existencia de un cártel determinado sino que garantiza un orden de prelación en su solicitud de beneficios.

Sobre eso último, cabe indicar que la garantía de un orden de prelación es importante para efectos del acogimiento a un programa de clemencia en la medida que se le debe dar mayor preferencia al primer solicitante con la finalidad que los agentes económicos se vean incentivados a acudir a la agencia de competencia con mayor rapidez y revelar la existencia del cártel. Ello resulta acorde con la teoría del “race to the court house”, a través de la cual los agentes que han incurrido en una práctica anticompetitiva, con la finalidad de obtener

la primera posición en la “cola”, y con ello obtener el beneficio de la exoneración de la multa, deciden delatar la práctica anticompetitiva de manera rápida antes de que el otro agente económico involucrado le “gane” la carrera.

Ahora bien, con relación a los tipos de clemencia que se pueden presentar cabe señalar que son dos tipos: clemencia individual y corporativa.

La **clemencia individual**, está dirigida a las personas naturales que deseen presentar una solicitud de beneficios. Esta clemencia únicamente es aplicable a la persona que haya participado en su calidad de órgano de representación, dirección o gestión de empresas o facilitador de cártel. Sobre ello, no queda claro si únicamente la presentación al programa de clemencia individual se limita a dichas personas o también se extiende a personas que **no ostentan** un cargo directivo, gerencial, de representación.

Lo anterior, por ejemplo es desarrollado en la Guía de Delación Compensada de Chile, la cual señala que puede acogerse a este beneficio una persona natural dependiente que haya participado en la conducta como ejecutivo, **trabajador**, asesor y/o mandatario de un agente económico⁹⁹. A diferencia de Perú, en Chile, las personas naturales que se acogen al programa de clemencia pueden tener cualquier tipo de cargo, no siendo obligatorio que sean cargos de la Alta Dirección en la medida que se incluye a los “trabajadores” de manera general. En tal sentido, la Guía de Clemencia peruana debería adoptar una redacción similar a la Guía chilena con la finalidad de que se incluya a más funcionarios como parte de las personas naturales habilitadas para acogerse a este instrumento. Por tanto, dicha herramienta no debe ser exclusiva de los cargos de Gerente, Directores, representantes o facilitadores.

Sobre lo anterior, cabe preguntarse qué pasaría si un trabajador, que no ostenta los referidos cargos, ha participado en la conducta y quisiera acogerse al programa de clemencia. Por ejemplo, en las últimas resoluciones de la Comisión se puede apreciar que no siempre las personas naturales sancionadas son Gerentes o Directores, sino también se encuentran cargos como Ejecutivos de Ventas o Jefes de Venta, es decir, cargos con menor rangos a los Gerenciales o Directivos.¹⁰⁰. Por tanto, no se debe pasar por alto u omitir tal circunstancia y adecuar los lineamientos respecto de lo previamente referido.

De otro lado, la **clemencia corporativa**, esta dirigida a personas jurídicas por su participación en su calidad de agente económico o de facilitador de un cártel. Con relación a la presentación de la solicitud de beneficios cabe señalar que esta debe ser realizada por un órgano de administración o dirección con poderes para someterse a un eventual procedimiento sancionador en el cual deberá colaborar con la autoridad.

⁹⁹ Página 11 de la Guía de Delación Compensada de Chile.

¹⁰⁰ Ver Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 002-2019/CLC, que sanciona a las empresas vinculadas Amauta Impresiones Comercial S.A.C. - Empresa Editora El Comercio S.A. y a Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L. así como a diversas personas naturales.

Asimismo, este beneficio alcanzará a las otras empresas del grupo económico del solicitante, así como a sus funcionarios o ex funcionarios, siempre que cumplan con el deber de colaboración. Por tanto, deben tratarse de **verdaderos actos corporativos**, vale decir, la empresa en su totalidad (órganos de gestión y dirección, así como sus funcionarios y empleados) debe ser consciente de la decisión que está tomando al someterse al programa de clemencia.

Por otro lado, la Guía señala que el incumplimiento del deber de colaboración de los funcionarios, ex funcionarios u otras empresas del grupo económico no necesariamente implicará que haya un incumplimiento por parte del colaborador y en consecuencia, pierda el beneficio de exoneración o reducción, sino que dicha circunstancia será analizada caso por caso.

Respecto a lo anterior, cabe señalar que, si el beneficio de exoneración se va a extender o alcanzará a **otras empresas del grupo económico del solicitante**, así como a los funcionarios y **ex funcionarios del Colaborador**, se debe incluir también a los referidos como los responsables del cumplimiento del deber de colaboración. Ello, con la finalidad de que el compromiso del cumplimiento del referido deber no recaiga únicamente en los órganos de gestión y dirección, funcionarios y empleados del colaborador.

3. Entrega de información

Con respecto a la **entrega de información**, una vez admitida la solicitud de exoneración, la Dirección, en coordinación con el Solicitante, acordará un cronograma para la entrega de la información relacionada con el cartel revelado. El plazo de entrega de la información no puede ser superior a 30 días hábiles (que pueden ser prorrogados por 30 días más), computados desde la reunión de coordinación. Cabe señalar que, de considerarlo pertinente, la Dirección podrá realizar actuaciones complementarias a la entrega de información por parte del Solicitante, con la finalidad de acreditar los indicios revelados y de replicar la información de otras fuentes.

4. Calificación preliminar de la solicitud

En cuanto a la **calificación preliminar de la solicitud**, cabe señalar que la Dirección deberá evaluar la documentación que el Solicitante le entregó, así como la información obtenida de otras fuentes en ejercicios de su facultades. Posteriormente, se llevará a cabo una reunión con el solicitante en la que le expondrá: (i) las conclusiones a las cuales ha arribado la Dirección; y, (ii) el beneficio que le corresponderá al solicitante al suscribir el compromiso de exoneración o reducción de la sanción.

Sin embargo, existe la posibilidad de que el solicitante acepte su conformidad en la misma reunión o que solicite un plazo de 5 días para pensar si acepta o no el beneficio otorgado. De no estar conforme, y por tanto, desee retirar su solicitud, la Dirección le devolverá toda la documentación que aportó al trámite. Lo anterior, implica que la Dirección no podrá

utilizar la documentación proporcionada por el Solicitante en su investigación; sin embargo, podrá continuar con sus actividades de investigación de la conducta revelada y usar la información obtenida en sus propias diligencias.

Sobre lo anterior, si bien es plausible la intención de la Dirección de no usar la información aportada por el solicitante, eso no necesariamente se tendría que cumplir en un 100%, y no por una falta de honestidad por parte de la Dirección. Por ejemplo, supongamos que el solicitante como parte de su solicitud adjuntó un correo electrónico donde se evidencia de manera detallada la conducta así como la fecha. En una visita inspectiva la Dirección podría obtener la misma información, la cual se pudo obtener gracias a que la autoridad recordó dicha información y si bien pudo haberla borrado de sus archivos no necesariamente podrá olvidarlo, por lo que si bien no estaría usando el mismo correo otorgado, el solicitante igual podrá obtenerlo.

Es por ello, que la Guía debería hacer la acotación de que es válido que la autoridad pueda usar la documentación aportada por el solicitante que rechazó el compromiso, siempre y cuando esta sea posible de ser replicada a través de las actuaciones posteriores que pueda realizar la Dirección.

5. Suscripción del compromiso de exoneración o reducción de sanción

Con relación a la **suscripción del compromiso de exoneración o reducción de sanción**, cabe señalar que en un plazo de 15 días contados desde que el solicitante aceptó las conclusiones expuestas por la Dirección, en la etapa de calificación preliminar de la solicitud y el beneficio condicional, se deberá definir los términos del compromiso, para su posterior suscripción.

La finalidad del compromiso es fijar los alcances del deber de colaboración del solicitante y el deber de reserva a cargo de la Dirección. La Guía establece 5 aspectos principales que deben formar parte del contenido del compromiso: (i) reconocimiento de participación del colaborador en el cartel revelado; (ii) la condición de colaborador durante la investigación y tramitación del procedimiento sancionador; (iii) el contenido del deber de colaboración durante la investigación y procedimiento sancionador; (iv) el alcance de los beneficios condicionado al deber de colaboración; y, (v) la renuncia a la confidencialidad de los elementos de juicios que no pudieron ser replicados y son necesarios para iniciar el procedimiento sancionador.

6. Cumplimiento del compromiso

Ahora bien, en cuanto al **cumplimiento del compromiso**, este hace referencia a que se debe de cumplir con el deber de colaboración en la medida que ello es necesario para el otorgamiento definitivo del beneficio obtenido de manera condicional. Este deber de colaboración implicará que la Dirección tenga acceso a información que no hubiera podido obtener de otra manera, lo cual le significará un ahorro de recursos y tiempo de cara al descubrimiento de cárteles.

El incumplimiento del deber de colaboración conllevará a que la Dirección le otorgue un plazo prudente para que subsane el incumplimiento. En caso persista el referido incumplimiento la Dirección se encuentra facultada a recomendar a la Comisión la no ratificación del beneficio condicional obtenido.

7. *Otorgamiento definitivo del beneficio*

Finalmente, el **otorgamiento definitivo del beneficio** se otorgará al colaborador una vez que se haya concluido el procedimiento sancionador con la emisión de una resolución sancionatoria. Únicamente, no podrá ser ratificado por la Comisión el beneficio condicional cuando el colaborador no haya cumplido con subsanar algún incumplimiento al deber de colaboración o cuando el colaborador se encuentre en el supuesto de coerción previsto en el artículo 26.5 de la Ley. Es responsabilidad de la Dirección informar a la Comisión sobre algún incumplimiento del colaborador, pues de lo contrario la Comisión entenderá que el colaborador ha cumplido con el compromiso suscrito, otorgándole el beneficio definitivo. Finalmente, el beneficio definitivo será oponible ante cualquier instancia del Indecopi.

Con respecto a la no ratificación del beneficio condicional, la Guía de Clemencia se limita a señalar que no se otorgará el beneficio obtenido con la suscripción del compromiso; sin embargo, no expone si el Indecopi seguirá protegiendo la identidad del colaborador, con el retiro de los beneficios. Esta interrogante, por ejemplo, es respondida en la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones de México, la cual señala que con la revocación de los beneficios del programa, no solo se invalidarán los beneficios sino también la protección¹⁰¹. Claramente ello significaría que se conozca la identidad del solicitante que informó sobre el cartel.

3.1.2.4. Las reglas de confidencialidad

Esta sección es muy relevante en la medida que el Solicitante a este mecanismo podría pedir la confidencialidad de su identidad con la finalidad de evitar represalias por colaborar con la Dirección y la Comisión. En esa línea, ambas autoridades tienen la obligación de mantener en **reserva** la identidad del colaborador así como la información que presentó y el propio contenido del compromiso de exoneración o reducción. Para lograr lo anterior, la Guía de Clemencia ha previsto que hayan dos expedientes: el principal y el confidencial. Como es de suponer, en el expediente principal diversos funcionarios que trabajan en el caso podrán acceder a su contenido. En cambio, en el Expediente Confidencial (Clemencia), únicamente podrá acceder un responsable junto con su equipo encargado y el colaborador. La confidencialidad del Expediente de Clemencia debe cumplirse, pues en caso contrario, dichos funcionarios tendrían responsabilidades administrativas y penales.

¹⁰¹ Página 21 de la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones de México.

Si bien se ha señalado que la Dirección y Comisión, en base al deber de reserva, deben guardar la confidencialidad de toda la información aportada por el colaborador con ocasión de una solicitud de clemencia, se presentarán situaciones en las que el colaborador deberá renunciar a la confidencialidad de cierta información – indispensable para el inicio de un procedimiento sancionador – que aportó en la medida que la autoridad no podrá replicarla. Lo anterior, guarda concordancia con el artículo 35.7 del TUO de la LRCA, el cual establece que la información que constituya prueba de cargo no podrá ser resguardada o mantenida en reserva para los imputados del procedimiento sancionador.

Como se puede apreciar, una reserva absoluta respecto de determinada información podría, en algunas ocasiones, impedir que los administrados tengan acceso a información necesaria para ejercer debidamente su derecho de defensa. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*«[E]l derecho de defensa (...) garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga **la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses**. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa»¹⁰².*

[Énfasis agregado]

Como es claro, a fin de que las partes imputadas puedan ejercer su derecho de debido procedimiento, específicamente a refutar los cargos imputados, es indispensable que tengan acceso a la información confidencial.

Sin embargo, en este punto corresponde hacer una precisión sobre los niveles de reserva que no han sido especificados del todo en la Guía de Clemencia. Durante un procedimiento sancionador en trámite, existen 2 tipos de expedientes: el público y el confidencial.

Antes de explicar en qué consiste un Expediente Público se debe aclarar que antes de la adopción de tal categoría existe un Expediente Preliminar. Dicho expediente contiene información recabada por la autoridad de competencia como consecuencia de una investigación de oficio. En dicho Expediente, obra diversa información obtenida en el marco de una visita de inspección realizada a los agentes económicos involucrados, tal como correos electrónicos, información comercial o empresarial. El agente investigado tendrá derecho de acceder a dichas actuaciones, con excepción de información correspondiente al secreto bancario, tributario, o aquella protegida por el secreto de las comunicaciones, secreto comercial o industrial, o vinculada con la intimidad personal o familiar, entre otra información cuya difusión podría perjudicar a su titular asú como al

¹⁰² Numeral 24 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC.

desarrollo de la investigación. Finalmente, cabe señalar que durante la etapa de investigación preliminar la autoridad debe llegar a una conclusión: ¿inicia un procedimiento sancionador o lo archiva?. En caso lo inicie, la información pertinente obrante en el Expediente Preliminar deberá trasladada al Expediente Público (sancionador), el cual se expondrá a continuación.

En el Expediente Público, se encuentran todos los actuados de un procedimiento tal como requerimientos de información, resoluciones admisorias, escritos de las partes (descargos y alegatos), etc. Toda información que sea trasladada a ese Expediente automáticamente pierde su carácter confidencial. No obstante, se debe precisar que únicamente las partes imputadas podrán tener acceso a dicho expediente, no pudiendo una tercera persona ajena al procedimiento solicitar el acceso al Expediente Público (en trámite)¹⁰³.

De otra parte, se encuentra el Expediente Confidencial en el cual obra documentación sensible, cuyo acceso puede vulnerar la estrategia comercial, así como los secretos empresariales de la empresa titular de la información. Mientras dicha información no sea pertinente para efectos de la imputación de cargos de todas las empresas involucradas en el procedimiento, la autoridad no permitirá el acceso de las demás empresas a dicha información. No obstante, si la información aportada por el Solicitante es pertinente para efectos de que los imputados ejerzan su derecho de defensa, se trasladará dicha información al Expediente Público, pudiendo los demás agentes imputados acceder a la información que anteriormente fue confidencial. Al respecto, la Sala ha sostenido a propósito de un procedimiento sancionador que es imprescindible que todo sujeto investigado por una presunta conducta anticompetitiva y que pueda ver afectado algún interés directo, por ejemplo, mediante una sanción administrativa, cuente con la posibilidad de ejercer de su derecho de defensa¹⁰⁴.

En caso, de existir una solicitud de clemencia en trámite, se creará el Expediente de Clemencia, al cual la Guía denomina Expediente Independiente. En dicho expediente obra toda la información relacionada al trámite de clemencia, tal como la identidad del colaborador, la solicitud de clemencia, requerimientos de la autoridad, etc. Al igual que el Expediente Confidencial, el Expediente de Clemencia no es de acceso público. Tampoco puede acceder cualquier funcionario del Indecopi. Únicamente el Secretario Técnico y el equipo encargado.

Finalmente, una vez culminado y consentido el procedimiento la información obrante en el Expediente Público es pública no solo para los agentes económicos (ahora sancionados) sino también para cualquier tercero ajeno al caso, mediante una solicitud de acceso a la información. No va a pasar lo mismo con los Expedientes Confidenciales y de Clemencia, pues dicha información permanecerá en reserva, a no ser que el Solicitante o titular de la información indique lo contrario.

¹⁰³ En caso se archive el Expediente Preliminar se cierra la investigación y se envía el Expediente al Archivo Central.

¹⁰⁴ Ver fundamento 22 de la Resolución 0125-2022/SDC-INDECOPI de fecha 23 de agosto de 2022, recaído en el Expediente 001-2021/CLC

3.1.2. Propuestas para mejorar la difusión y contenido del Programa de Clemencia

Si bien el programa de clemencia ha sido de ayuda para la detección de cárteles que el Indecopi no hubiera sido capaz de detectar por su propia cuenta, existen mejoras que se podrían realizar a este programa, a fin de que tenga mayor acogida y alcance por parte de las empresas.

3.1.2.1. Mayor publicidad y promoción del Programa de Clemencia

Un aspecto importante en relación al Programa de Clemencia es que debe ser conocido por los peruanos. No basta con la existencia de una Guía de Clemencia en la que se incluyan las reglas que todo agente económico debe tomar en cuenta para acogerse a este mecanismo, sino importa que estas puedan ser conocidas.

Un avance respecto al referido tema se llevó a cabo del domingo 18 de abril hasta el 23 de mayo del 2021, cuando el Indecopi anunció el lanzamiento de la campaña publicitaria “No a la concertación, sí a la libre competencia”, la cual consistió en la difusión de un video de conscientización corto, directo y en un lenguaje sencillo, donde mostraron a empresarios (competidores) reunidos proponiendo la concertación de precios, reparto de clientes o territorios; sin embargo, uno de los competidores no acepta, pues indica a los demás que es la propuesta es ilegal. Al final del spot publicitario se invita a los televidentes a acceder al link (www.noalaconcertacion.com) para mayor información, en la medida que las referidas conductas afectan a todos los peruanos.

Cabe agregar, que la campaña se llevó a cabo no solo por los medios televisivos sino radiales, impresos y digitales¹⁰⁵. Siendo ello así, se puede apreciar que la autoridad de competencia ha puesto el programa de clemencia a disposición del público en general (en especial del sector empresarial) con la finalidad de desarticular los cárteles y así lograr que los consumidores cuenten con mejores productos y servicios, mayor cantidad de opciones para elegir y el acceso a precios más bajos.

3.1.2.2. Incorporación de la exoneración de la responsabilidad penal en caso se suscriba un compromiso de exoneración

Tanto en el TUO de la LRCA como en la Guía de Clemencia hay un vacío sobre el proceder de la autoridad respecto a la exoneración de la responsabilidad penal del colaborador como consecuencia de haberse acogido al programa de clemencia. En otras palabras, no se señala si se le aplicará la exoneración penal al colaborador o si no se le aplicará pudiendo tener el infractor consecuencias en sede penal. Esto ocasiona que el infractor tenga dudas sobre el tratamiento que se le dará, por lo cual podría optar por no someterse al programa de

¹⁰⁵ Disponible en: <https://gestion.pe/economia/indecopi-inicia-campana-no-a-la-concertacion-si-a-la-libre-competencia-noticia/?ref=gesr> (Consultado el 7 de diciembre de 2021).

clemencia, más aún cuando hace no mucho se ha incluido en el Código Penal el artículo 232 que indica que quienes realizan conductas anticompetitivas podrían ser privados de su libertad hasta por 6 años.

Sobre el particular, en agosto del 2020, la Comisión ha emitido un Informe sobre la Ley 31040 ¹⁰⁶, que aprueba la imposición de sanciones penales contra conductas anticompetitivas, en el cual ha opinado que es indispensable que una norma que imponga medidas de carácter penal fije reglas que promuevan el uso del programa de clemencia, por lo que necesariamente, la norma penal debiera replicar los beneficios (ya sea de exoneración o reducción de sanción) por colaboración otorgados al administrado en sede administrativa. En otras palabras, la norma penal que tipifica las sanciones para conductas anticompetitivas debe reconocer, en sede penal, de manera expresa los beneficios de exoneración o reducción de sanción que los colaboradores solicitaron en sede administrativa.

En esa misma línea, el Osiptel en su calidad de agencia de competencia, concuerda con el Indecopi en relación a que se prevea la exoneración en sede penal para cárteles, a fin de no afectar la efectividad del Programa de Clemencia¹⁰⁷.

Dada la situación planteada, correspondería que dentro del código penal o en la ley de competencia peruana se haga esa precisión tal como ha sucedido en Chile y México. De ese modo los agentes se sentirán más seguros de acogerse este mecanismo¹⁰⁸. Sobre este punto cabe destacar que, pese a que Chile ha establecido en su ley de competencia la exoneración de responsabilidad penal para el primer delator y la reducción de la pena para el segundo delator, hay un uso decreciente de esta herramienta¹⁰⁹. Ello se debe a que ningún potencial delator estaría dispuesto a tomar el riesgo de delatarse, ante la posibilidad de recibir una sanción de cárcel, incluso aunque esta fuese reducida (Grebe, 2020, p.11).

Teniendo en cuenta las falencias de la ley de penal peruana en relación con la exoneración de la responsabilidad penal de un beneficiario del programa de clemencia, así como las observaciones realizadas por Chile a su sistema de delación compensada, se recomienda explicitar en la norma peruana penal que todos los beneficiarios de la clemencia quedan exentos de responsabilidad penal, es decir, que la exención penal no sólo será dada al primer delator, sino también al segundo, tercero y/o todo el que aporte información relevante, que genere un valor agregado, a la Dirección y que sea considerada como suficiente y completa en relación a un cartel.

En el caso de México, además que su legislación contempla la exoneración de responsabilidad penal a los que se acojen al Programa de Inmunidad y Reducción de

¹⁰⁶ Ver páginas 14-17 del Informe sobre la Ley 31040, que aprueba la imposición de sanciones penales contra conductas anticompetitivas, aprobado en sesión del 31 de agosto de 2020 por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

¹⁰⁷ Ver página 13 del Informe N° 00049-OAJ/2020 del 7 de diciembre de 2020. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/0xzgrm5r/informe049-oaj-232-codpenal.pdf> (Consultado el 7 de diciembre de 2021).

¹⁰⁸ En los comentarios al proyecto de guía de clemencia del OSIPTEL, las empresas han recomendado que se incluya que la exoneración o reducción de la sanción exime de responsabilidad penal a los imputados, pues en caso contrario, se desincentivaría radicalmente la participación de los agentes económicos en programas de clemencia.

¹⁰⁹ Disponible en: <https://centrocompetencia.com/delacion-compensada/> (Consultado el 9 de diciembre de 2021).

Sanciones, contempla que la misma abarcará a todos los solicitantes sin diferenciación por orden de llegada. En otras palabras, en todos los casos, no existirá responsabilidad penal (prisión por un plazo de cinco a diez años), para **todos los solicitantes** que se acojan al Programa y cumplan con los requisitos¹¹⁰. Dicha herramienta ha sido muy beneficiosa para la detección de cárteles en México, pues desde el 2006, que arrancó este mecanismo, se registraron 113 solicitudes de adhesión al mismo, de las cuales 52 se dieron entre enero de 2014 y septiembre de 2016 (y 24 de ellas tan sólo en ese año)¹¹¹.

Como se puede apreciar, la solución mexicana sería la adecuada en Perú a fin de que haya mayor confianza en los agentes económicos de poder delatar cárteles con confianza y sin temor a que se les pueda aplicar la sanción penal. Es decir, que se les otorgue una exoneración total de la prisión privativa de libertad y no únicamente una reducción de la pena a todos los colaboradores a los que se les haya otorgado el beneficio de clemencia.

3.1.2.3. Supresión o reducción de la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la suscripción de un compromiso de exoneración

La Guía de Clemencia es clara al señalar que la responsabilidad civil de los agentes económicos por los daños provocados como consecuencia de la infracción cometida, se seguirá aplicando. Es decir, que el beneficio de la exoneración o reducción de la sanción administrativa no alcanzará a la exoneración de la responsabilidad civil por parte del agente económico.

Puede darse la ocasión en que el monto de resarcimiento del daño puede ser superior a las multas administrativas, por lo cual el denunciante no se vería incentivado a someterse al programa de clemencia.

Ello quiere decir que, conforme lo establece el artículo 52 del TUO de la LRCA, toda persona que haya sufrido menoscabo como consecuencia de la conducta anticompetitiva sancionada mediante resolución administrativa firme, podrá demandar ante el poder judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios. En dicho supuesto, la Comisión se encuentra legitimada para iniciar, en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores, un proceso judicial de indemnización por daños y perjuicios derivados de las conductas anticompetitivas. Incluso en caso la autoridad decida no demandar a quienes se sometían a un programa de clemencia, las asociaciones de consumidores y los terceros con interés legítimo aún podrían hacerlo.

¹¹⁰ Ver sección 3 “¿Qué beneficios se pueden obtener al ingresar al Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones?” de la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5610359&fecha=26/01/2021#gsc.tab=0 (Consultado el 16 de enero de 2022).

¹¹¹ Disponible en: <https://www.cofece.mx/celebra-cofece-10-an-os-del-programa-de-inmunidad/> Consultado el 17 de enero de 2022).

Ahora bien, lo único que prohíbe la Guía de Clemencia es que la información contenida en el expediente confidencial sea utilizada en contra del beneficiario en una eventual demanda de indemnización por daños y perjuicios. Ello resulta incuestionable, pues una de las garantías ofrecidas a cada solicitante es la debida reserva por parte de los funcionarios del Indecopi que tienen a cargo el expediente confidencial (deber de reserva).

Por tanto, como se puede apreciar, el programa de clemencia podría perder su utilidad dado que las empresas no tendrían interés en acudir a este mecanismo en tanto la exoneración o la reducción de la multa -como consecuencia del sometimiento al programa clemencia- puede no verse compensada con la eventual demanda de daños y perjuicios ordenada por el juez en un proceso judicial de responsabilidad civil (Ortiz 2008, p.56). Siendo tal la situación, podría darse el caso en el que la empresa prefiera no confesar el cártel a la autoridad de competencia por los posteriores efectos negativos que le traería en sede judicial.

Una propuesta respecto a este tema sería **eliminar la responsabilidad civil que le correspondería al beneficiario tipo A**, de modo que el programa resulte más atractivo. Sin embargo, a fin de tutelar los intereses difusos de los consumidores, debería implementarse la responsabilidad solidaria de los otros agentes económicos participantes en la conducta anticompetitiva. Por ejemplo, la ley de Competencia húngara postula la existencia de la responsabilidad solidaria por los daños causados por el cártel, pero exime al beneficiario con la exoneración de sanción sobre estos, indicando que solo le correspondería pagar en caso las otras empresas participantes del cártel no pudieran realizar la indemnización completa.

Otra alternativa que podría plantearse es la aplicación de **una reducción de la cuantía de la indemnización de daños** de los perjudicados por el ilícito anticompetitivo. Lo anterior, es aplicado en el ordenamiento jurídico antitrust norteamericano, toda vez que las empresas que han obtenido clemencia se les concede en la vía judicial una reducción de esta cuantía que tendrán que pagar a los perjudicados. De esa forma, se prevén medidas para limitar la responsabilidad civil de las empresas que decidan acudir a un programa de clemencia con el fin de impulsar su uso y no disuadir del mismo, pero sin menoscabar por otra parte el derecho de los perjudicados a obtener un resarcimiento (Pérez, 2013, p.17).

Como se puede apreciar, ambas opciones serían adecuadas en la medida que se mantendría el incentivo para un adecuado funcionamiento del programa de clemencia, ya que al menos uno de los colaboradores (el primero) podrá acceder a los beneficios otorgados por este programa o alternativamente, habría una reducción de la cuantía de la indemnización. Asimismo, no se deja de lado la compensación económica otorgada a los consumidores afectados con la conducta anticompetitiva; no obstante, se debe analizar la compatibilidad de esta propuesta con nuestro ordenamiento jurídico así como las implicancias de su implementación.

Así, con relación a la propuesta de eliminación de responsabilidad civil para el primer delator (Clemencia Tipo A), y que la responsabilidad recaiga en los demás miembros del cártel, quienes asumirían una “responsabilidad solidaria”, cabe señalar que esta si es posible en la medida que el código civil peruano contempla que si varios agentes son responsables del daño responderán de manera solidaria. Incluso establece la posibilidad de que el juez establezca de manera proporcional la cuantía de la indemnización de acuerdo a la gravedad de la falta de cada uno de los participantes:

“Responsabilidad solidaria

Artículo 1983°.- Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”. [El subrayado es propio]

Como se puede deducir del anterior artículo, la responsabilidad solidaria o in solidum es aquella obligación legal, a cargo de varios autores de un mismo daño, de indemnizar íntegramente, cualquiera de ellos, a la víctima del daño (Coca, 2020). Así, el código civil brinda la posibilidad de que uno de los causantes pague la totalidad de la indemnización pudiendo solicitar a los demás coautores la cuantía que les corresponde pagar. El verbo “puede” deja abierta la posibilidad de que no necesariamente sea exigible a la totalidad de coautores que paguen una indemnización. En tal sentido, haciendo una interpretación en el marco del derecho de la competencia, el beneficiario de la Clemencia Tipo A, podría ser exonerado de tal indemnización, mientras que los demás participantes del cártel si pagarían la indemnización. Incluso, de no aplicarse la exoneración aún quedaría la posibilidad de la reducción de la monto indemnización – segunda alternativa – de tal forma que la persona que obtuvo el beneficio de la clemencia podría aportar lo mínimo, es decir, se le aplicaría una reducción del monto que le correspondería pagar de no haberse acogido al programa de clemencia; mientras que los demás participantes asumirían pagarían la parte que le correspondería por el ilícito más la diferencia que no asumió el beneficiario Tipo A.

3.1.2.4. La necesidad de una mayor coherencia en el funcionamiento del Programa de Clemencia: a propósito de la incongruencia con el derecho comunitario andino

A partir del caso colusión de papeles suaves o *tissue*, un grupo de empresas presentaron solicitudes de clemencia en Colombia, Ecuador y Perú. Mientras que en Colombia y Perú las autoridades de competencia tramitaron y resolvieron las solicitudes, la autoridad de competencia ecuatoriana, utilizó la información confidencial brindada por una de las empresas investigadas y la escaló a nivel andino para que se inicie una investigación.

Así, el 20 de octubre de 2016, la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, SGCAN) inició una investigación a solicitud de la Superintendencia de Control del Poder

de Mercado de Ecuador (en adelante, SCPM), contra las empresas del grupo Kimberly (conformado por Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A.) y del grupo Familia (conformado por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.). por la presunta comisión de un cartel tipificado en el Artículo 7 literal a) de la Decisión 608 de la Comunidad Andina.

Dicha investigación concluyó con la emisión de la Resolución 2236 del 19 de noviembre de 2021, la cual sanciona con una multa de 17 060 772 dólares para el grupo Kimberly Clark y la suma de 16 857 278 dólares para el grupo Familia¹¹².

A criterio de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante, SIC) y Kimberly Clark Ecuador, las pruebas que dieron paso a la investigación son pruebas ilegales toda vez que “[...] *emanan de un procedimiento de desclasificación de pruebas enmarcados en un procedimiento de clemencia, que para efectos de la normativa ecuatoriana se encuentra establecido en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado “LORCPM”*”¹¹³.

No obstante, la SGCAN señaló que mientras el levantamiento de la información confidencial del expediente de clemencia se encuentre debidamente motivado, podrá ser desclasificada¹¹⁴. Asimismo, recaló sus competencias, en el marco de la Decisión 608, para investigar y sancionar violaciones transfronterizas de las normas de libre competencia. Bajo esa premisa, la SGCAN precisó que tiene la posibilidad de “[...] *reducir las multas que pudiesen ser impuestas, asimilando lo que ocurre en los programas de clemencia o beneficios por colaboración, ya que como se ha indicado supra, en tanto no exista normatividad andina que regule expresamente el tema, en el marco de lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión 425*”¹¹⁵.

Tal como es posible apreciar, la SGCAN se escuda en la ausencia de regulación del programa de clemencia en la normatividad andina para continuar con el procedimiento, siendo que lo único que reconoce del mismo – respecto de su aplicación en los países de la región – es que éstos prevén una reducción de la multa. Pese a ello, más adelante, se contradice indicando que así exista una ausencia de una norma andina de reducción o exención de multas, no podrá aplicar dicho mecanismo en los procedimientos contemplados en la Decisión 608¹¹⁶, toda vez que se vulneraría el principio de legalidad. Bajo ese criterio la SGCAN opta por tomar en cuenta los elementos para graduar la multa contenidos en el artículo 34 de la Decisión 608.

¹¹² Disponible en: <https://andina.pe/agencia/noticia-comunidad-andina-sanciona-a-los-grupos-kimberly-clark-y-familia-870335.aspx> (Consultado el 5 de julio de 2022).

¹¹³ Considerando 98 de la Resolución 2236 del 19 de noviembre de 2021

¹¹⁴ Considerando 112 de la Resolución 2236 del 19 de noviembre de 2021

¹¹⁵ Considerando 132 de la Resolución 2236 del 19 de noviembre de 2021

¹¹⁶ Considerando 432 de la Resolución 2236 del 19 de noviembre de 2021.

Por otra parte, como ya se ha mencionado antes, en ninguna parte de la Resolución 2236, la SGCAN renoce la existencia del deber de reserva o confidencialidad el cual también es aplicado en los programas de clemencia de Colombia, Ecuador, Perú, etc.

De lo anterior, se puede apreciar que el mensaje que se traslada a la comunidad jurídica es negativo, ya que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador violó el deber de reserva que ofrece la autoridad al administrado que solicita una clemencia, toda vez que trasladó a una instancia suprarregional declaraciones de ejecutivos de Kimberly Clark Ecuador, las cuales habían sido obtenidas en un procedimiento de exoneración de responsabilidad (Tapia, 2021).

Lo anterior, genera una notoria preocupación respecto al uso de la información confidencial aportada por el solicitante en el marco de un programa de clemencia, toda vez que la finalidad de dicho aporte consiste en coadyuvar únicamente a la autoridad de competencia nacional en la investigación del cártel y no a otra autoridad internacional. Ello quiere decir que, salvo autorización del colaborador, la autoridad de competencia nacional no podrá compartir con otras agencias de competencia extranjeras las pruebas proporcionadas por el Colaborador.

Asimismo, es posible advertir que la actuación de la SGCAN es un mal precedente y pone en riesgo funcionamiento de los programas de clemencia de la región. Como consecuencia de la sanción al grupo Kimberly Clark y Familia, es probable que las empresas no solo pertenecientes a los países de la Comunidad Andina, sino a nivel latinoamericano – e incluso mundial – desconfíen de este instrumento. En línea con lo señalado anteriormente, Mena-Labarthe, Barahona, Marques de Carvalho y Frade, advierten que los programas de clemencia de la SIC y del Indecopi podrían verse arruinados en la medida que alguna empresa de un país miembro podría correr el mismo destino que Kimberly Clark's Ecuador (2018, p. 2).

Como ya se mencionó ello incluso vá más allá de los países miembros de la comunidad, pues podría poner en riesgo los programas de clemencia de Brasil, Chile y México los cuales han estado liderando la lucha contra los cárteles, en gran parte, gracias a sus programas de clemencia. Asimismo, también podría desincentivar a países con un incipiente funcionamiento o que recién están en proceso de adopción de esta herramienta, tal como es el caso de Argentina. Siendo ello así, los denunciantes de Brasil, Chile, México, pensarían dos veces si les conviene o no revelar un cártel con efectos en toda América Latina.

Ahora bien, no se debe dejar de lado que ante este controversial caso, la agencia ecuatoriana ha previsto el 8 de agosto de 2019 en su *“Instructivo para el Otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la Superintendencia de Control del*

*Poder de Mercado*¹¹⁷ que, para casos futuros, de ser necesario la remisión de información contenida en el expediente confidencial de clemencia a una autoridad internacional de competencia, se deberá contar con la autorización expresa del solicitante.

Finalmente, queda pendiente la necesidad de modificar la Decisión 608 de la Comunidad Andina toda vez que el programa de clemencia no se encuentra incorporada como figura jurídica en dicha Decisión ni en otra norma andina. En caso contrario, ello conllevará a una interpretación y aplicación errónea del programa de clemencia por parte de la SGCAN.

3.2. Programa de Recompensas

En la presente sección se desarrollará lo que se entiende por programa de recompensa, la regulación general y especial, para posteriormente pasar a la finalidad y características del referido instrumento. Luego, se estudiará el diseño del programa de recompensas adoptado por la autoridad de competencia peruana. En base a ello, se abordarán posibles mejoras que podrían realizarse al programa así como su aplicación de cara a los programas de cumplimiento. Finalmente, se plantearán los desafíos a futuro del programa de recompensas de cara a la implementación de un sistema de informantes digital anónimos en el Perú.

3.2.1. Definición y regulación del programa de recompensas

El programa de recompensas es un instrumento dirigido a personas que tienen conocimiento de la existencia de una práctica colusoria horizontal (cártel) del cual forma parte la empresa en la que trabaja o trabajó, siempre que dichas personas no hayan participado en la conducta ilegal. Como bien se ha detallado, la práctica denunciada debe estar contenida en el artículo 11.2 del TUO de la LRCA, es decir, de tratarse de una fijación de precios, limitación de la producción o ventas, reparto de clientes y concertación en licitaciones públicas. Por tanto, como consecuencia de dicha revelación, la autoridad de competencia le otorgará al denunciante una recompensa monetaria, la cual será calculada tomando en cuenta la relevancia de la información aportada, principalmente.

La regulación general y su similitud con el programa de recompensas

Como se puede apreciar, el programa de recompensas al ser una herramienta a través de la cual una persona natural interpone una denuncia (confidencial en este caso), encaja con el régimen general de denuncias estipulada en el artículo 116 del TUO de la LPAG. El inciso 1) del referido artículo establece que cualquier administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente hechos contrarios al ordenamiento jurídico. Por su parte, el inciso

¹¹⁷ Ver artículo 3 de la Resolución N° SCPM-DS-2019-38 del 8 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/08/Resoluci%C3%B3n-No-SCPM-DS-2019-38.pdf> (Consultado el 5 de julio de 2022).

2) del mismo artículo señala que la denuncia debe abarcar la exposición de hechos, el periodo, lugar y tipo de infracción, con la finalidad de que la autoridad pueda identificar a los presuntos autores, partícipes y perjudicados; así como, la evidencia plasmada en medios probatorios.

Ambos incisos mencionados en el párrafo anterior guardan relación con el numeral 7.1 de los Lineamientos de Recompensas, el cual establece que el solicitante de recompensas, deberá identificar en su denuncia el tipo de conducta anticompetitiva, su objeto, ámbito geográfico y temporal, la identidad de los participantes o facilitadores, incluyendo los involucrados en el planeamiento, ejecución, realización, facilitación u ocultamiento de la conducta denunciada. Asimismo, con relación a la evidencia, el numeral 7.2 de los Lineamientos de Recompensas, establece que la información proporcionada no debe ser de público conocimiento, tal como correos electrónicos, mensajes de texto, instantáneos, audios, videos y de redes sociales, actas de reuniones, agendas físicas o electrónicas, y cualquier otra comunicación relevante, relacionada con las prácticas concertadas entre competidores.

Ahora bien, volviendo al TUO de la LPAG, el inciso 3) del artículo 116 advierte que como consecuencia de la denuncia, la autoridad se verá obligada a practicar diligencias preliminares para que posteriormente, de ser el caso, se inicie de oficio la fiscalización respectiva. En el caso del programa de recompensa, de encontrar indicios de la práctica denunciada, la autoridad podrá realizar de manera posterior una visita inspectiva en las instalaciones de las personas naturales o jurídicas investigadas. Respecto a este punto cabe agregar, que en ambos regímenes¹¹⁸ las autoridades deben indicar las razones por las cuales procede o no la denuncia, siendo, en el caso del régimen de recompensas no impugnables el rechazo de la denuncia.

Finalmente, el inciso 4) del artículo 116 del TUO de la LPAG señala que la entidad que recibe la denuncia puede otorgar **medidas de protección al denunciante**. Dentro del programa de recompensas estas medidas serían la protección de la identidad del denunciante, a través del otorgamiento de un seudónimo, así como de la confidencialidad del expediente con la información proporcionada por el denunciante. Sin embargo, como se analizará más adelante ello no es suficiente y no encaja del todo en las “medidas de protección al denunciante”, pues existen otras medidas más que el Indecopi ha omitido.

Regulación específica del programa de recompensas

Luego de abordar la regulación general en el TUO de la LPAG, se desarrollará la regulación especial. El programa de recompensas se encuentra regulado en el artículo 28 del TUO de la LRCA, el cual fue incorporado por Decreto Legislativo N° 1396 del 7 de setiembre de 2018. Dicho artículo se divide en dos incisos. El primer inciso, establece que la Dirección

¹¹⁸ Para mayor detalle revisar el numeral 4.2 y 4.3 de los Lineamientos del Programa de Recompensas y cuarta línea del artículo 116.3 del TUO de la LPAG.

puede otorgar recompensas a las personas naturales que brinden información concluyente para la detección, investigación y sanción de cárteles; asimismo, la identidad del solicitante se mantendrá en el anonimato. Por su parte, el inciso 2) establece que para el otorgamiento de la recompensa referida previamente, la Comisión expedirá, a propuesta de la Dirección, lineamientos que establezcan una serie de reglas de aplicación del referido instrumento.

Es así que, en diciembre de 2019, la Comisión aprobó los Lineamientos del Programa de Recompensas (en adelante, Lineamientos de Recompensas) los cuales han desarrollado y esclarecido la sucinta regulación del artículo 28 del TUO de la LRCA. El programa de recompensas abarca diversas secciones que son de utilidad al solicitante, las cuales están referidas a la finalidad del programa, ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, discrecionalidad de la Dirección en la determinación y pago de recompensa, consultas preliminares, presentación y tramitación de una solicitud de acceso al programa, información a proporcionar, decisión sobre el otorgamiento de una recompensa, determinación del monto y forma de pago, deber de colaboración, descalificación del solicitante, reglas de confidencialidad, otros derechos del solicitante y la difusión del programa.

3.2.2. Finalidad del Programa de Recompensas

Al igual como en el Programa de Clemencia, la razón de ser del Programa de Recompensas encuentra motivo en la dificultad en la detección de cárteles. Como ya es sabido, las coordinaciones para las concertaciones se suelen dar por correo, WhatsApp, a través de reuniones físicas o virtuales, por lo que es difícil que la autoridad tenga conocimiento de la formación de cárteles en la medida que se da en el marco de la actividad privada-personal de los directivos de las empresas, la cual no es de acceso público.

En tal sentido, la finalidad del programa de recompensas en línea con lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1396, es maximizar la eficacia de la Dirección en la detección de cárteles (conductas graves y clandestinas) y como un complemento del Programa de Clemencia. Es así, que las personas naturales que no hayan participado en el cártel o de haberlo hecho, siempre que no tengan un rol central, pueden solicitar acogerse a este beneficio.

3.2.3. Diseño del Programa de Recompensas

En esta sección se estudiarán las principales características del diseño del programa de recompensas en el Perú. En tal sentido, se enfocará en el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo y en la discrecionalidad de la Dirección en la determinación y pago de una recompensa.

1. Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo

En primer lugar, se debe tener en cuenta el **ámbito de aplicación**: objetivo y subjetivo. El **ámbito objetivo** hace referencia al tipo de conducta anticompetitiva objeto del programa de recompensas. En el caso peruano se ha optado por aplicar el programa de recompensas únicamente respecto de prácticas colusorias horizontales sujetas a una prohibición absoluta o cárteles. La razón de ser de ello es que son prácticas más difíciles de detectar y tienen efectos más perjudiciales en el mercado.

El **ambito subjetivo** indica a qué tipo de personas es aplicable este beneficios. Siendo ello así, la aplicación de este programa, se encuentra dirigida a personas naturales, nacionales o extranjeras, estando excluidas, las personas jurídicas, las personas naturales que hayan participado como agente económico en la conducta anticompetitiva, como planificadores de la conducta y facilitadores o intermediarios, los abogados, oficiales de cumplimiento de las personas naturales o jurídicas, las personas naturales que queden descalificadas del programa de recompensas por incumplir con su deber de colaboración, los funcionarios del Indecopi, sus cónyuges y familiares y los servidores públicos en relación con la obtenida en el ejercicio de sus funciones.

En la exposición de motivos de los Lineamientos se establece que las personas que pueden postular al programa de recompensas son, por ejemplo, la secretaria encargada de organizar las reuniones, trabajadores de la empresa y ex trabajadores, familiares de los trabajadores, distribuidores mayorista.

Sobre el particular, cabe señalar que los familiares del posible colaborador no deberían ser incluidos dentro una lista de beneficiarios, por dos razones. En primer lugar, deja un mal precedente en el sentido que muestra como válida el hecho que el trabajador intercambie información confidencial con terceros externos a la empresa o familiares, la cual ha sido obtenida a proposito de sus funciones dentro de la empresa. El mensaje que transmite los lineamientos de recompensa es, justamente, que el denunciante en el ejercicio lícito de sus labores denuncie un cártel. Por tanto, el Indecopi, al permitir que terceros que no forman parte de la empresa denuncien la práctica anticompetitiva, estaría desvirtuando el rol de denunciante informante.

En segundo lugar, sería de mayor ayuda la colaboración del mismo trabajador que del familiar toda vez que este último no tiene acceso a ningún correo, ordenador o documento de la empresa, por lo que la colaboración con la autoridad de competencia será más difícil, debiendo esperar el familiar que el trabajador le dé acceso a los equipos y archivos necesarios y de esa forma pueda coadyuvar con el Indecopi.

Ahora bien, en el caso de los ex trabajadores, los Lineamientos deberían precisar que para que puedan acceder a la recompensa deberán haber renunciado recientemente a la empresa involucrada en el cártel denunciado. Por ejemplo, no sería pertinente que un ex trabajador,

luego de varios años de haber renunciado a la empresa, denuncie una concertación, pues durante ese tiempo la empresa podría haber eliminado la información, archivos físicos, correos electrónicos, chats de WhatsApp, lo cual no permitiría al Indecopi su oportuna detección y eficaz desarticulación. En todo caso la autoridad, deberá evaluar la denuncia y corroborar si efectivamente habría información relevante para poder iniciar un procedimiento sancionatorio.

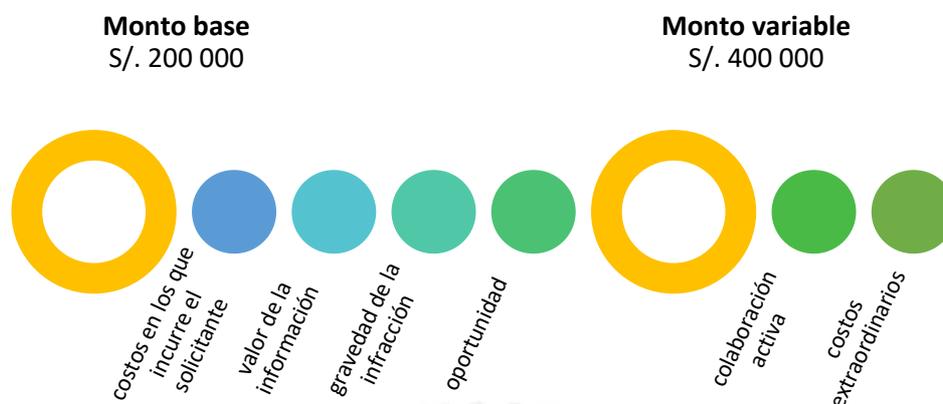
2. Discrecionalidad de la Dirección en la determinación y pago de una recompensa

Sobre este punto, la Dirección otorgará la recompensa al solicitante que cumpla con proporcionar la información que tenga a su disposición al momento de presentar su solicitud la cual debe incluir la identificación del tipo de conducta realizada, su objeto, ámbito geográfico y temporal, así como la identidad de las personas naturales o jurídicas participantes en la conducta en sus diversas fases: planeamiento, ejecución, realización, facilitación u ocultamiento. Debe tenerse en cuenta que la información podrá ser complementada a pedido de la Dirección o del solicitante. Asimismo, la información presentada puede consistir en el propio testimonio del solicitante, documentos, archivos, registros, cualquier otra data que no sea de público conocimiento y que contribuya a detectar cárteles.

En caso la información proporcionada por el solicitante no pueda ser corroborada o poco relevante para la investigación a cargo de la Dirección o simplemente no agregue un valor significativo las labores que viene realizando podrá denegar el beneficio de la recompensa, **no siendo esta denegatoria pasible de impugnación**. Sobre este punto, cabe señalar que antes de denegar el beneficio de la recompensa, la autoridad debería permitir al solicitante que pueda subsanar o precisar toda deficiencia en la información presentada. Dicha oportunidad de enmienda no se encuentra regulada en los lineamientos, por lo que debería regularse de forma similar a lo establecido en la Guía de Clemencia, la cual establece que en caso la Dirección estimase que la información remitida por el Solicitante no es suficiente, le otorgará por única vez un plazo de 5 días hábiles para que cumpla con subsanar toda deficiencia, siendo que, una vez cumplida la subsanación, la Dirección deberá admitir a trámite la solicitud de beneficios.

Una vez que procede la solicitud de recompensas, la Dirección determinará el monto a ser otorgado. Este monto se divide en un monto base y monto variable. El monto base será calculado dependiendo de la información proporcionada por el solicitante, la gravedad de la infracción, los costos en los que incurra al denunciar el cártel y el momento en el que informa sobre el mismo; sin embargo, este no podrá exceder los doscientos mil soles (S/ 200,000.00). En cuanto al monto variable cabe señalar que es de carácter extraordinario y tiene un tope máximo ascendente al 5% del monto pagado por los infractores hasta un límite de doscientos mil soles (S/ 200,000.00).

Gráfico 10: Monto base y variable del programa de recompensas



Fuente: Lineamientos del Programa de Recompensas
Elaboración propia

El monto base es pagado en tres partes. El primer pago se efectúa con la suscripción del compromiso de recompensas hasta el 10% de la recompensa aprobada por la Dirección. El segundo pago se realiza con la notificación de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador sobre las conductas materia del compromiso de recompensas y asciende hasta el 30% de la recompensa aprobada. El tercer pago y último es el saldo final restante el cual es pagado en un plazo máximo de 60 días desde que los infractores pagan la multa atribuida como consecuencia del procedimiento sancionador que dio origen el compromiso de recompensa.

Ahora bien, con respecto al monto variable cabe agregar que este procede en casos de colaboración activa y valiosa por parte del solicitante. Asimismo, este monto variable cobra valor cuando el solicitante renuncia voluntariamente a la confidencialidad de su identidad como colaborador **verificándose que éste ha asumido riesgos particularmente importantes** y costos en cumplimiento de su deber de colaboración que excedan el monto base aprobado por la Dirección. Respecto a este punto, cabe señalar que no debería considerarse la renuncia a la confidencialidad de la identidad del colaborador como un requisito indispensable para el otorgamiento del monto variable más aún cuando no hay mecanismos de protección eficaces. Con la regulación actual, el colaborador podría poner en riesgo no solo su vida laboral sino personal, al asumir diversos tipos de represalias no previstas por la autoridad.

Con relación a la aprobación del monto variable, este podrá ser realizado en el momento que la Dirección lo considere oportuno, incluso durante la tramitación del procedimiento sancionador; sin embargo, este monto se pagará dentro de los 60 días de haberse hecho efectivos de los montos no discutidos y efectivamente pagados por los infractores. Siguiendo el mismo criterio del pago del monto base, parte del monto variable también debería ser abonado con la suscripción del compromiso de recompensas, siempre que el

denunciante demuestre a la autoridad los riesgos y costos que estaría asumiendo para cumplir su deber de colaboración.

3.2.4. Mejoras al contenido y difusión del Programa de Recompensas

Como se ha podido apreciar hasta el momento, la implementación del programa de recompensas ha sido prevista como una herramienta complementaria al programa de clemencia. Así, la autoridad busca dotarse de mayores mecanismos para la detección de cárteles; sin embargo, desde la publicación de los Lineamientos de Recompensas, se han presentado pocos casos de personas naturales acogidos al programa de recompensas.

Lo anterior, podría pasar por dos razones. O bien no ha sido efectivo dicho mecanismo, y ha generado dudas a los posibles solicitantes o incluso temor a las represalias que podrían obtener como consecuencia de acogerse a dicho programa o bien si existen solicitudes en trámite pero la autoridad es cuidadosa de hacerlo público, justamente con la finalidad de proteger al denunciante, desde el inicio al final del procedimiento.

Teniendo en cuenta las dos posibles razones se propondrá la implementación de algunas mejoras al referido mecanismo con la finalidad de que pueda funcionar de manera óptima; o analizar si, de lo contrario, se debería eliminar.

3.2.4.1. Implementación de mecanismos de protección contra represalias para los denunciantes ante actual “ausencia” de los mismos

Tal como se expuso previamente, las medidas de protección son reguladas por el artículo 116.4 del TUO de la LPAG. Mediante el Decreto Legislativo 1272 del 21 de diciembre de 2016, se incluyó el otorgamiento de medidas de protección a los denunciantes, con la finalidad de establecer “(...) *un marco garantista a favor de quien está dispuesto a formular una denuncia, aspecto muchas veces indispensable para permitir que los ciudadanos realmente se sientan en capacidad de ejercer el derecho de cuya titularidad poseen y que este no quede así en el plano de una mera expectativa*” (Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1272, 2016, p.35).

Sobre estas medidas Morón sostiene que se encuentran, por ejemplo, “la confidencialidad de la información presentada, la reserva de identidad (sustituyendo su nombre por un código de identificación), la selección de cualquier ubicación nacional o internacional como lugar de residencia permanente o transitoria, protección necesaria, a cargo de los servicios de seguridad pública, opción para el interesado, de alteración de sus rasgos físicos en la medida en que sea necesario para impedir la identificación, medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones monetarias, civiles, laborales, comerciales, fiscales y administrativas asumidas por cualquier persona en el marco del Programa de Protección de Identidad, suministro de fondos razonablemente necesarios para cubrir los gastos de subsistencia corrientes, así como todo el respaldo necesario para

que encuentre nuevo empleo, inclusive brindándole asistencia en materia de capacitación y colocación, entre otros” (2019, 634).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede advertir que el actual programa de recompensas no efectúa un desarrollo adecuado sobre la protección a los colaboradores en caso se presenten consecuencias negativas hacia ellos por parte de las empresas denunciadas. De acuerdo con los Lineamientos de Recompensas, la única protección brindada por la Dirección es el mantener en confidencialidad la identidad del denunciante:

12.2. La información sobre la identidad del solicitante es confidencial y se almacena física o digitalmente en un espacio seguro de acceso restringido, controlado y exclusivo a los funcionarios previamente designados por la Secretaría Técnica. El solicitante de recompensas será identificado con una clave o seudónimo desde el momento en que formaliza su solicitud, para lo cual se levanta el Acta de otorgamiento de código o seudónimo según el Anexo 1 de los presentes Lineamientos.

12.3. La solicitud de recompensas se tramita en un expediente confidencial independiente, que incluirá la información aportada por el solicitante y las acciones realizadas en el marco de dicha solicitud. La Secretaría Técnica limita el acceso al expediente en que se tramita la solicitud de recompensas al número mínimo de funcionarios que resulte necesario.

Hay dos observaciones que se realizarán. En primer lugar, el párrafo 12.3 de los Lineamientos de Recompensas sería innecesario en la medida que tiene un contenido similar al 12.2 del referido, por lo que debería unificarse en un solo párrafo. Luego de esa observación de forma, conviene resaltar **tres aspectos relevantes identificados respecto a la protección otorgada por la Dirección a los solicitantes:**

- Tanto la identidad del denunciante como la información aportada por él es confidencial.
- Solo algunos funcionarios del Indecopi podrán acceder al Expediente Confidencial, que contiene toda la información aportada por el denunciante.
- El solicitante será identificado con una clave o seudónimo, desde el momento en que formaliza su solicitud.

Posteriormente, la Dirección, prevé una “protección de índole económica” al denunciante frente a la posibilidad de que se vea perjudicado por revelar información sobre las empresas implicadas:

9.4. El monto variable procede en casos de colaboración especialmente activa y valiosa por parte del solicitante, en particular cuando el solicitante renuncie voluntariamente a la confidencialidad de su identidad como colaborador y se verifique que ha asumido riesgos particularmente importantes y costos en

cumplimiento de su deber de colaboración que excedan el monto base aprobado por la Secretaría Técnica.

Respecto a este párrafo se puede apreciar que la Dirección es consciente que el denunciante asumirá riesgos importantes por denunciar a la empresa. Es por ello, que decide otorgarle una recompensa adicional al monto base. Sin embargo, cabe preguntarse, si estas alternativas ofrecidas por la autoridad son suficientes frente a las represalias que se pueden presentar contra los colaboradores.

Antes de dar respuesta a la referida pregunta, cabe precisar que cuando se habla de represalias no se hace referencia únicamente a las represalias laborales que podrían recaer en el caso de los trabajadores que decidan denunciar un cártel tales como el despido, negar ascensos, horas extras y beneficios, reducción del salario, no volver a contratar, intimidación, acoso y amenaza laboral. También, en algunas ocasiones este concepto se podría extender a las represalias contra la vida e integridad de los denunciantes. Sobre el particular, Wright ha señalado que las consecuencias de ser un denunciante “*whistleblower*” son innumerables: muchos denunciantes pierden sus trabajos o un futuro en sus respectivas industrias, muchos se enfrentan a la bancarrota o sufren enfermedades mentales y físicas—y muchos experimentan la amenaza de daño corporal o muerte. (2017, p. 714).

Teniendo claro el escenario de las represalias, se procederá a estudiar los sistemas de protección aplicados en otros países a fin de evaluar si son compatibles con nuestro ordenamiento jurídico y de ser el caso cómo se aplicarían.

1. Prohibición de represalias laborales

Actualmente, a nivel de la Unión Europea, rige la Directiva (UE) 2019/1937 del 23 de octubre de 2019, sobre la protección de las personas que denuncien infracciones al Derecho de la Unión. Dicha directiva constituye un avance en el sistema de protección de denunciantes a nivel europeo, pues garantiza que los denunciantes no tengan “represalia laboral” al momento de informar a las autoridades sobre alguna infracción por parte de la empresa para la cual trabajan. Así, el artículo 19 de la referida Directiva lista una serie de represalias que se encuentran prohibidas tales como el despido, cambio de puesto de trabajo, imposición de medidas disciplinarias, etc. Asimismo se establecen sanciones en el artículo 23 a quienes impidan que los trabajadores realicen la denuncia o adopten alguna medida de represalia en contra de los mismos.

Como se puede apreciar la citada Directiva se encuentra dirigida a la protección de los denunciantes que informan sobre infracciones al derecho de la competencia, entre otros asuntos. Al respecto, es de considerar que plantea una alternativa válida y posiblemente a replicarse frente a represalias de índole laboral en el Perú. Así, para generar más confianza en el denunciante se debería igualmente emitir alguna normativa relacionada sobre la prohibición del despido u hostigamiento laboral como consecuencia de que un trabajador

ha denunciado una infracción al TUO de la LRCA, cometida por la empresa en la cual trabaja.

2. Medidas de apoyo: ¿garantías personales para los denunciantes?

Las medidas de protección contra las represalias laborales si bien constituyen un avance en la materia de recompensas no lo es todo, pues como ya se mencionó anteriormente también existen represalias contra la vida o salud de los denunciantes. Sobre el particular, el artículo 20 de la Directiva encarga a cada Estado miembro que brinde a los denunciantes herramientas disponibles y asesoramiento gratuito para la protección frente a represalias y derechos de la persona afectada. Asimismo, se les encarga a los Estados miembros que velen por que las autoridades pertinentes brinden asistencia efectiva o protección frente a represalias a los denunciantes.

Como se puede apreciar, la Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para prohibir toda forma de represalia en contra los denunciantes así como también sanciones aplicables a quienes adopten las represalias (incluidas las amenazas y tentativas). De igual forma, adoptará mecanismos de indemnización para los denunciantes perjudicados (Escobar, 2019).

Tal como se encuentra establecido en la Directiva, pero de manera más específica, haría falta alguna normativa en el Perú que ordene al Ministerio del Interior a ofrecer garantías a favor de la vida de los denunciantes de recompensas de ser necesario, pues en algunas ocasiones no bastará únicamente con el otorgamiento de un seudónimo o código, tal como ha sido previsto en los Lineamientos de Recompensas y en el Decreto Supremo 011-2016-PCM, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1180.

3.2.4.2. **¿Aumento de incentivos monetarios para la rápida detección de cárteles?**

En esta sección se analizará si es necesario el aumento de incentivos monetarios a fin de que el mismo contribuya a una efectiva detección de cárteles. Como bien se mencionó líneas arriba, la autoridad para incrementar el valor de la recompensa monetaria deberá evaluar diversos factores que van desde la colaboración del denunciante, la gravedad y magnitud del cártel, los costos extras en los que incurrirá el colaborador, entre otras. En tal sentido, si bien la determinación de la recompensa por parte de la Dirección es discrecional, esta deberá someterse a los topes y criterios fijados en los lineamientos, por lo que el aumento de incentivos que no tome las consideraciones establecidas en la Guía no debe ser tomado en cuenta.

Otro tema importante a considerar es el tope presupuestario con el que cuenta el Indecopi, pues como bien se establece en los lineamientos, el monto base (máximo 200 000) será extraído de ese “pozo”. En tal sentido la agencia de competencia al fijar el monto base ha tenido en cuenta su capacidad presupuestaria no pudiendo excederla únicamente con la finalidad de “atraer” más denunciantes. Ahora bien, con relación al monto variable cabe

indicar que el colaborador podría llegar a los 400 000. Si bien ese monto puede resultar atractivo, su otorgamiento implicaría consecuencias negativas para el colaborador tal como la pérdida de su trabajo, asumir mayores riesgos o amenazas a su vida, por lo que no sería lo óptimo llegar a percibir el monto variable.

Finalmente, un factor externo a tomar en cuenta es el PBI per cápita en el Perú. El monto máximo que ofrece el Indecopi como recompensa es acorde al mismo, a diferencia de Taiwan y Corea del Sur, países que ofrecen mayor recompensa pues tienen un PBI per cápita mayor que Perú. Como se puede apreciar en dichos países ofrecen mayor recompensa porque tienen una mejor economía.

Tabla 4: Comparación entre montos máximos de recompensas y PBI per cápita por país

País	Recompensa máxima (USD) ⁴⁹	PBI per cápita (USD) ⁵⁰	Relación
Pakistán	41,043	1,565	26.22
Eslovaquia	114,500	19,579	5.85
Perú	121,706	7,007	17.37
Reino Unido	133,417	42,580	3.13
Hungría	185,040	16,484	11.23
Taiwán	1,658,045	25,008	66.30
Corea del Sur	2,725,891	33,320	81.81
Promedio	711,377	20,792	30.27

Fuente: Programas de recompensas en el mundo, Banco Mundial, Banco Central Europeo, Banco Central de Taiwan
Elaborado por la Secretaría Técnica

El caso excepcional es Reino Unido que ofrece un monto de recompensas un poco más elevado que Perú y tiene un PBI per cápita mayor que todos los países que cuentan con un programa de recompensas. Ello, probablemente porque su población tiene interiorizado la denuncia de los cárteles sin que la misma esté condicionada al otorgamiento de una recompensa por parte de la autoridad. De acuerdo con un estudio sobre la percepción de la población francesa y europea en relación al programa de recompensas, el 12% de participantes de Reino Unido, indicaron que sienten miedo frente a un despido como consecuencia de haber denunciado algún cártel a la autoridad.

Asimismo, en diversos países de Europa, entre ellos Reino Unido, una significativa parte – entre un cuarto y un tercio de los encuestados – respondió que denunciaría la práctica sin condiciones (Combe & Monnier-Schulumberger, 2017, p. 350-351). Siendo tal escenario, carecería de sentido que en Reino Unido se busque atraer a colaboradores mediante altas recompensas monetarias.

En esa misma línea, los franceses respondieron en favor del programa de recompensas (más de las 2/3 partes) y casi unánimemente sin ninguna recompensa. Así, el 76% de individuos considera que pueden reportar el cartel si fueran empleados de alguna de las empresas que participan en dicho cartel y muy pocos están motivados a denunciar a cambio de una recompensa monetaria: solo el 6% denunciaría la práctica a cambio de una recompensa.

Teniendo en cuenta ello, dicha propuesta de aumentar la recompensa monetaria, no resulta viable en el Perú, pues los recursos económicos asignados al Indecopi son compatibles con el PBI actual. En su lugar, sería ideal que los denunciantes tengan mayor conciencia y al igual que en Reino Unido efectúen una denuncia no tanto por el incentivo monetario sino porque han interiorizado que ese tipo de conductas afectan la competencia y bienestar de los consumidores. Para ello, resulta vital que haya una mayor cultura de competencia, tema que se desarrollará a mayor detalle en otra sección.

3.2.4.3. Mayor publicidad del programa de recompensas

El programa de recompensas, al ser un instrumento de detección de cárteles novedoso, es de suma importancia que sea conocido por los ciudadanos, por dos motivos: (i) Perú es el primer país latinoamericano que ha optado por dicha herramienta por lo que no hay mucha experiencia “cercana” que nos dé pautas sobre la aplicación de este mecanismo y (ii) este programa tiene mayor alcance que el programa de clemencia, pues este último se limita a personas o empresas que hayan participado en la conducta infractora, mientras que el programa de recompensas comprende una mayor población, es decir, cualquier trabajador o ex trabajador, que no haya participado en la conducta podría aplicar a este mecanismo.

Como se puede apreciar, es importante que el programa de recompensas sea conocido por los peruanos. No solo basta con la existencia de unos lineamientos en los que se plasme las reglas que todo denunciante debe tomar en cuenta para acogerse a este mecanismo, sino que además importa que estas puedan ser difundidas y explicadas de manera más comprensible al público receptor que poco sabe de libre competencia.

Así, al igual que el programa de clemencia, un avance respecto a lo anteriormente señalado, se llevó a cabo del domingo 18 de abril hasta el 23 de mayo del 2021, cuando el Indecopi anunció el lanzamiento de la campaña publicitaria “No a la concertación, sí a la libre competencia”, la cual consistió en la difusión de un video de conscientización¹¹⁹ corto, directo y en un lenguaje sencillo, donde mostraron a varios empresarios (competidores) reunidos proponiendo la concertación de precios, reparto de clientes o territorios, mientras la secretaria de uno de los señores participantes, se encontraba presente brindando apoyo administrativo. Al escuchar la referida conversación, la secretaria advierte a las cámaras que su jefe y los demás empresarios están haciendo algo ilegal, por lo que, pese a tener años en la empresa, decide que los denunciará ante el Indecopi. Finalmente, una voz en *off* indica que si hay pruebas que una empresa está concertando, se la puede denunciar y, en consecuencia, el denunciante, acceder a una recompensa de hasta S/. 400 000.

¹¹⁹ Disponible en: <https://www.facebook.com/watch/?v=2038554242950962> (Consultado el 18 de marzo de 2022).

Cabe agregar, que la campaña se llevó a cabo no solo por los medios televisivos sino radiales, impresos y digitales¹²⁰. Siendo ello así, se puede apreciar que la autoridad de competencia ha puesto el programa de recompensas a disposición del público en general con la finalidad de desarticular los cárteles.

En relación a ello, se efectuó una encuesta Ipsos a diversos gerentes de las principales empresas que operan en el mercado nacional con la finalidad de evaluar de manera expost la campaña que realizó Indecopi sobre normas de libre competencia. Respecto al Programa de Recompensas, 7 de cada 10 encuestados perciben que el mensaje principal de esta campaña era que la concertación entre empresas debe ser denunciada porque es ilegal; sin embargo, solo un 28% identificaría como el mensaje principal la existencia de un programa a través del cual cualquier persona puede denunciar la concertación entre empresas y recibir hasta 400 000 soles (2021, p.15).

Como se puede apreciar, aún queda trabajo por parte del Indecopi respecto de difundir las características del programa de recompensas, con la finalidad de que los ciudadanos interioricen esta herramienta y en algún momento, de ser necesario, puedan acogerse al mismo.

3.2.5. ¿Predominancia del Programa de Cumplimiento sobre el Programa de Recompensa?

Existen cuestionamientos respecto a que el programa de recompensas afectaría al desarrollo de los programas de cumplimiento a nivel interno en las empresas, pues los denunciantes incentivados por la recompensa económica preferirían acudir al Indecopi antes que acudir primeramente al canal interno de la empresa. Sobre el particular, cabe preguntarse cuál es el rol de cada uno de estos programas como un instrumento de detección temprana (o tal vez no) de cárteles y cuándo se debería optar por uno o por otro.

Partiendo de la premisa de que en una empresa existe un programa de cumplimiento o está en proceso de implementación, se analizarán tres escenarios que el denunciante debe tener en cuenta a fin decidir si va a denunciar a nivel interno o se acogerá al programa de recompensas del Indecopi. Así, se evaluará (i) si hay un adecuado funcionamiento del programa de cumplimiento, (ii) en qué etapa está la conducta infractora, (iii) las posibles consecuencias negativas para el denunciante:

(i) Evaluación de un adecuado funcionamiento del programa de cumplimiento

El programa de cumplimiento como se desarrollará mas adelante, tiene dos aristas al momento de su implementación: una preventiva y otra correctora. La preventiva consiste

¹²⁰ Disponible en: <https://gestion.pe/economia/indecopi-inicia-campana-no-a-la-concertacion-si-a-la-libre-competencia-noticia/?ref=gesr> (Consultado el 7 de diciembre de 2021).

en que las empresas – que no han cometido ningún tipo infracción previamente – implementaran programas de cumplimiento con la finalidad de evitar conductas anticompetitivas. La correctora implica que una vez que la empresa se ha visto involucrada en conductas anticompetitivas, la autoridad de competencia le ordenará (como parte de una medida correctiva) que implemente este programa a fin de evitar infracciones a la libre competencia de manera posterior. Lo dicho anteriormente tiene relevancia en la medida que **pueden existir programas de cumplimiento en las empresas; sin embargo, no ser efectivos**, es decir, que no funcionan adecuadamente, pues sus funcionarios no conocen las normas de competencia y están expuestos a cometer conductas anticompetitivas o simplemente están renuentes a acatar las normas de libre competencia. Es justamente en ese escenario que un trabajador, ante el descubrimiento de una conducta anticompetitiva por parte del Gerente General de su empresa, podría optar por recurrir al programa de recompensas. Lo anterior, lleva a concluir que ante un inadecuado funcionamiento del programa de cumplimiento la opción idónea para que un trabajador denuncie una conducta anticompetitiva es a través del programa de recompensas.

(ii) Evaluación de la etapa de ejecución del acuerdo anticompetitivo

Otra circunstancia en la que sería apropiada aplicar al programa de recompensas es **cuando la conducta se viene ejecutando durante un largo periodo** y tiempo después ha sido descubierta por algún trabajador de la empresa. Lo anterior, demuestra una falta de acatamiento a las normas de competencia por parte de la Alta Dirección, razón por la cual la conducta anticompetitiva se ha extendido en el tiempo y no ha sido detenida, sino recién hasta que un trabajador notó (ya sea a través de la publicidad anti-cartel del Indecopi o por otros medios) de su existencia.

Asimismo podría suceder que la secretaria que tuvo un rol periférico en la práctica, tuvo conocimiento previamente de la conducta anticompetitiva, en la medida que se encargaba de notificar por correo o telefónicamente la fecha de las reuniones a los demás participantes del cártel, y no quiso arriesgarse a informar la práctica anticompetitiva a los canales internos de la empresa por temor a perder su puesto.

En ambos casos se puede apreciar, en línea con el ítem (i), que el programa de cumplimiento no está funcionando en la empresa, pues el problema no ha sido reportado a tiempo, en otras palabras, la conducta ya se ejecutó y trajo diversas consecuencias negativas a la competencia.

Ahora bien, si la conducta es descubierta por algún trabajador en una etapa temprana, es decir, aún no se ha efectuado o ha estado vigente poco tiempo sería conveniente que se informe internamente en la empresa siempre y cuando exista un adecuado funcionamiento del programa de compliance.

En conclusión, si hay una conducta anticompetitiva que se viene ejecutando durante varios años pese a la existencia de un programa de cumplimiento, debe ser denunciada a través

del programa de recompensas. En caso, que la conducta sea detectada en una etapa temprana en la cual los efectos a la competencia son menores o inexistentes, ésta deberá informarse a los canales internos de las empresas. Para esto último se debe tener en cuenta cómo funciona el programa de cumplimiento. Si funciona de manera adecuada, es probable que se solucione el problema y quede a nivel interno, pero si el programa de cumplimiento está como una “pantalla” ante las autoridades y demuestra no ser efectivo (por ejemplo, no hay capacitaciones en libre competencia, ni oficiales de cumplimiento, ni un canal de denuncia adecuado), deberá denunciarse la conducta ante el Indecopi a través del programa de recompensas.

(iii) Evaluación de las posibles consecuencias negativas para el denunciante

Informar a la autoridad sobre un cártel puede generar cierto temor en los denunciantes, en la medida que **las empresas podrían tomar represalias contra los trabajadores** que denuncian la conducta, tal como el despido de la empresa, hostigamiento laboral, entre otras medidas, incluso en algunas ocasiones las represalias pueden atentar contra la vida personal del trabajador, por lo que la recepción de este tipo de denuncias deberá cumplir con protocolos de seguridad ya sea que se denuncie a nivel interno (ante los canales pertinentes de la empresa) o a nivel externo (ante la autoridad de competencia).

En este escenario, dependerá del informante si desea acogerse al programa de recompensas de la autoridad de recompensas o si desea informar la conducta anticompetitiva dentro de la empresa. Sobre este último, la empresa debería garantizar al trabajador que su denuncia será anónima o su identidad será protegida. Para ello, el trabajador deberá tener la suficiente confianza y seguridad para denunciar este tipo de actos, lo cual solo se podrá dar si existe un buen funcionamiento del programa de cumplimiento. En caso decida acudir al programa de recompensas ya existe un procedimiento establecido que garantiza la confidencialidad de la información aportada, así como la protección de la identidad del denunciante. Como es sabido, los lineamientos al programa de recompensas establecen que se brindará al denunciante una clave o seudónimo para proteger su identidad, ante posibles represalias. De igual forma, se le puede otorgar una recompensa económica adicional a la otorgada por los riesgos asumidos para obtener la información que se entregará a la autoridad. Finalmente, con la finalidad de proteger al denunciante, es posible que, a través de una visita de inspección, la autoridad pueda replicar toda la información brindada por el trabajador.

Ahora bien, en línea con lo señalado anteriormente, el borrador de la Directiva de la Unión Europea 2019/1937 contemplaba inicialmente que los denunciantes debían informar dentro de la empresa la conducta anticompetitiva y recién de manera posterior podían acudir a la autoridad de competencia; sin embargo, a pedido de autoridades de competencia de 27 países miembros de la Comunidad Europea (a través de una declaración conjunta) se logró

modificar dicho extremo quedando a elección del denunciante la manera que estime pertinente informar irregularidades a las normas de libre competencia¹²¹.

Como es de suponer, la obligación de recurrir previamente al canal interno, podría incluso perjudicar las investigaciones que lleven a cabo las autoridades competentes, pues se podrían alterar las pruebas o documentos que serían de utilidad para la detección y sanción de cárteles. Asimismo, como ya se mencionó anteriormente, los denunciantes podrían preferir no denunciar temor a alguna represalia.

En conclusión, queda a cargo del denunciante decidir por cual opción opta de acuerdo a las circunstancias en las que se encuentre. El escenario ideal sería que se haga la denuncia a nivel empresarial, pero si el denunciante está convencido de que le puede traer consecuencias negativas definitivas para su vida o en la obstaculización de la investigación de la autoridad, entonces deberá acudir al Indecopi, autoridad que guardará la confidencialidad debida del denunciante y de la información que ha aportado.

3.2.6. Desafíos del Programa de “Recompensas” a futuro: hacia un sistema de informantes digital anónimos

Si bien es una buena iniciativa el hecho que la autoridad de competencia del Perú haya decidido implementar el programa de recompensas, es de considerar que no solo este debería ser el único mecanismo para que poder denunciar conductas anticompetitivas. Así, además de los correos electrónicos o las llamadas que puedan realizar los administrados para dirigirse al Indecopi a denunciar alguna práctica anticompetitiva, dicha entidad también podría crear un sistema de denunciantes a través de las plataformas de la institución. Tal como lo ha implementado recientemente la CNMC en España¹²², el Indecopi también podría implementar en su página web un buzón de mensajería en el cual el denunciante pueda colocar el título de su denuncia, describir la conducta denunciada, adjuntar un archivo (de ser el caso), indicar un Alias (en vez de colocar su nombre), precisar la naturaleza de los hechos (es decir, si se trata de un abuso de posición dominante, práctica colusoria o simplemente desconoce la conducta), y finalmente, señalar qué empresas se encuentran involucradas en la práctica denunciada.

Dicho mecanismo, en similar línea a lo adoptado en España, podría ayudar a la autoridad de competencia peruana a seguir descubriendo conductas anticompetitivas de manera más

¹²¹ “The NCAs are concerned about the condition under Article 13, paragraph 2, of the Draft Directive to the effect that it requires reporting persons, in order to be eligible for protection, to first report internally, while only allowing them in second order or under specific circumstances to report externally. An obligation for reporting persons to first report internally may, in the view of the NCAs, jeopardise the effectiveness of their investigative actions. Early engagement by an NCA with a reporting person is often desirable to protect the integrity of any potential evidence and to avoid the contamination of it by others [...]”. Disponible en: <https://concurrency.public.lu/dam-assets/fr/actualites/201809/Draft-joint-statement-on-WB-Directive.pdf>

¹²² Para mayor información visitar los siguientes enlaces:

- <https://edi.cnmc.es/buzones-anonimos/alta-colaboracion> (Consultado el 2 de abril del 2022).
- <https://edi.cnmc.es/buzones-anonimos/sica> (Consultado el 2 de abril del 2022).

rápida en la medida que un denunciante anónimo informará sobre la conducta ilícita. Asimismo, constituiría un instrumento que brinde mayor seguridad al administrado en la medida que no debe colocar ningún tipo de información personal tal como el teléfono, documento de identidad, correo electrónico ni mucho menos su nombre. De otro lado, cabe hacer énfasis en que las conductas denunciadas no solo se circunscribirían a carteles sino también a abuso de posición de dominio, abarcando todas las prácticas sancionadas por la ley de competencia y no únicamente las más perjudiciales a la competencia.

3.3.Hacia un enfoque persuasivo en la aplicación de las normas de libre competencia: el programa de *compliance* como eje central una cultura de cumplimiento

En la presente sección se empezará por explicar la naturaleza de un programa de cumplimiento. Así, a partir de una clasificación de los tipos de *enforcement* se corroborará que un programa de cumplimiento forma parte de un *enforcement* persuasivo. En tal sentido, se analizará la importancia de un *enforcement* persuasivo para minimizar el riesgo y costes asociados a la comisión de conductas anticompetitivas. Posteriormente, se estudiará a fondo en qué consiste el programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia y cómo ha ido evolucionando en el Perú, así como los posibles problemas en su aplicación y mejoras en su implementación. Por último, se expondrán los retos a futuro a considerar en la implementación de un programa de cumplimiento, con la finalidad de que se pueda seguir contribuyendo a una cultura de cumplimiento empresarial.

3.3.1. *Enforcement*: delimitación y tipos

Como se ha visto a lo largo de la presente investigación coexisten dos estilos o formas por parte del Estado de hacer cumplir las leyes. Por un lado, el *enforcement sancionador* (*deterrence strategy*); y, por otro lado, el *enforcement persuasivo* (*compliance strategy*).

El *enforcement sancionador*, parte de la premisa de que las personas actúan racionalmente ante los incentivos generados por una sanción. De esa forma, en palabras de Kagan y Scholz, se considera que la mayoría de sujetos regulados son seres “calculadores sin moral” (1984) que solo cumplirán la ley en la medida en que existan altas probabilidades de detección y cuando la sanción sea severa (Gunningham, 2012). Aterrizando dicha teoría al caso peruano, la imposición de una multa elevada a una empresa, sumado a las medidas correctivas, conllevaría a disuadirla de volver a cometer ese tipo de conductas ilegales. Sin embargo, el uso de esta herramienta de disuasión no debería emplearse muy seguido, pues la empresa se ve sometida a reducir su patrimonio al tener que pagar una multa o en otros casos esta herramienta no será efectiva pues como ya se ha visto en un anterior capítulo de esta investigación la empresa puede trasladar la multa al consumidor final o si es una empresa pequeña o mediana podría terminar con su existencia.

Ahora bien, por el lado de la autoridad de competencia esta herramienta no siempre será beneficiosa en la medida que tendrá que incurrir en gastos monetarios y en recursos

humanos para realizar las investigaciones que muchas veces concluirán en una sanción administrativa. En esa misma línea, Stigler ha señalado que la meta del enforcement es lograr cierto grado de cumplimiento de la regla, por parte de la sociedad, toda vez que el Estado no cuenta con suficientes recursos para poder controlar la totalidad de las conductas (1974, p.56).

Siendo ello así, el objetivo de la autoridad debe ir más en línea con prevenir la conducta anticompetitiva antes que sancionarla. Es así que nace el *enforcement persuasivo*. De acuerdo con Hawkins a través de dicho enfoque se busca la cooperación, negociación y diálogo entre el regulador y el regulado a fin de alcanzar el cumplimiento de las normas (Hawkins, 1984). Asimismo, la Comisión Europea, sostiene que una estrategia de cumplimiento eficaz permitirá a una empresa minimizar el riesgo de comisión de infracciones a la ley de competencia y los costes asociados al comportamiento anticompetitivo¹²³. La actual herramienta que encaja perfectamente en el *compliance strategy* es justamente el programa de cumplimiento.

En la siguiente sección, y dado que a lo largo de este trabajo se ha podido corroborar que no siempre las sanciones pecuniarias serán efectivas en su totalidad para combatir los cárteles, se podrá apreciar que una estrategia de cumplimiento eficaz se logrará con una adecuada implementación de un programa de cumplimiento. Es por ello que es importante que el Estado oriente a las empresas en la adopción de este tipo de instrumentos que eviten la comisión de tales conductas anticompetitivas.

3.3.2. Programa de Cumplimiento

En esta sección se desarrollará el programa de cumplimiento como un mecanismo de naturaleza autorregulatoria de las empresas. No obstante, más adelante se verá que esta “libertad” de las empresas para la elaboración de sus propios programas de *compliance* se encontrará parcialmente¹²⁴ sujeta a lo ordenado por el Indecopi como consecuencia de la imposición de una medida correctiva producto de una sanción administrativa.

En tal sentido, se revisarán los últimos pronunciamientos de la Comisión con la finalidad de estudiar la evolución del contenido de los programas de cumplimiento en el Perú como consecuencia de la imposición de una medida correctiva. Así, se apreciará que, finalmente, en el año 2020 el Indecopi, aprobó una Guía de Programa de Cumplimiento, por lo que el contenido está más detallado de lo que podría estar en una resolución administrativa sancionatoria, debiendo la Comisión remitirse al referido documento, con la finalidad que

¹²³ Disponible en: https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/compliance_es (Consultado el 4 de diciembre de 2021).

¹²⁴ El término “parcialmente sujeta” hace referencia a que, si bien las empresas pueden elaborar sus propios programas de cumplimiento estando en la capacidad de elegir a sus oficiales de cumplimiento, a las instituciones educativas para que brinden las capacitaciones, entre otros aspectos, **deberán** tomar en cuenta los componentes esenciales establecidos por la Comisión como consecuencia de una sanción impuesta a los agentes económicos, así como efectuar un continuo reporte de una efectiva implementación del programa de cumplimiento

la(s) empresa(s) sancionada(s) efectúe(n) una efectiva implementación del programa de compliance.

Finalmente, dentro de esta sección se plantearán los posibles problemas que podrían presentarse en la aplicación de un programa de cumplimiento así como las mejoras que se podrían realizar para que haya un programa capaz de ser implementado antes que las empresas incurran en alguna conducta ilegal y cuyos componentes – especialmente el monitoreo del desempeño del programa – sean realmente efectivos para la contribución en la detección y erradicación de cárteles.

3.3.2.1. Naturaleza de los programas de cumplimiento: autorregulación

Los programas de cumplimiento, en general, constituyen mecanismos (directrices, procedimientos internos, políticas) de autorregulación que tienen por finalidad garantizar que las empresas cumplan con diversa normativa de manera sostenible a lo largo del tiempo desde su implementación. Para lograr un cumplimiento eficaz todas las personas que trabajan en la organización deberán tener interiorizado la importancia de cumplir con las normas.

Ahora bien, como ya se ha mencionado previamente dicha herramienta constituye un mecanismo de la autorregulación. La autorregulación es equivalente en cierta medida a la regulación privada, la cual surge ante la manifestación de la incapacidad de las estructuras tradicionales de gobierno de sujetar todos los aspectos de la vida social a sus normas (Del Guayo, 2017, p. 175-176).

Siendo ello así, **los propios agentes económicos que participan en el mercado deciden ponerse de acuerdo, en la determinación de los límites de sus propias prácticas empresariales** a partir de la institucionalización de mecanismos que contemplen imperativos y a su vez generen distintas formas de control de su cumplimiento (Pazos, 2020, p. 178). Ante dicho escenario, y dado que son las propias empresas las apropiadas para detectar una infracción ocurrida dentro de las mismas, surgen los programas de cumplimiento empresariales (Bawlitza y O’Ryan, 2021).

De lo expuesto hasta ahora, se puede apreciar, que hay un carácter facultativo al momento que los agentes privados deciden autorregularse. Al respecto, Laguna de Paz suscribe lo anterior al señalar que “La autorregulación puede ser reconocida por las legislaciones nacionales e, incluso, regulada en alguno de sus aspectos, **pero sin que por ello pierda su carácter enteramente voluntario**” (2020, p. 155).

El referido autor señala que una de las debilidades que se puede encontrar en la autorregulación es que los operadores no suelen estar incentivados para autolimitarse, en la medida que incrementa sus costes y disminuye sus oportunidades. Por ejemplo, la empresa al implementar un programa de cumplimiento incurrirá en gastos económicos

(contratación del oficial de cumplimiento, capacitaciones o cursos de libre competencia, auditorías externas, etc.). Como consecuencia de ello, se espera que la empresa, no cometa prácticas ilegales (o las dejará de ejecutar), con la finalidad de no ser sancionada en un futuro. Claramente, ello conllevará a que disminuyan sus oportunidades de coludirse con sus competidores para obtener más ganancias en sus ventas diarias.

Luego de realizar este análisis, el competidor podría pensar que al no ejecutar estas conductas y competir legalmente sus oportunidades de obtener mayores ganancias por el camino ilegal, podrían disminuir. Por tanto, a fin de evitar la debilidad en la autorregulación, será importante que se logre una adecuada implementación del programa de cumplimiento logrando que los gerentes, directores y cualquier trabajador interiorice importancia del mismo.

3.3.2.2. Origen y evolución en el Perú

Ahora bien, con relación al origen del programa de cumplimiento en el Perú se explicará la razón que llevó a la agencia peruana a promover su implementación. Asimismo se analizará como ha ido evolucionando legislativamente y en su aplicación.

Los programas de cumplimiento han llamado la atención de diversas autoridades de competencia a nivel internacional en la última década. Así, mientras que en el 2011 solo unos pocos países contaban con lineamientos sobre el programa de cumplimiento, hoy existen 26 países que han dictado o actualizado sus guías, 20 de las cuales lo realizaron en los últimos cinco años¹²⁵ (incluyendo el Perú).

En el caso de Perú, la autoridad de competencia ha considerado que la disuación de conductas a través de la imposición de multas es insuficiente en la medida que no se ocupa de la moralidad del comportamiento regulado imponiendo únicamente un costo por la inconducta. Es por ello, que la autoridad busca contar con medidas adicionales *ex ante* de la comisión del acto anticompetitivo (Indecopi, 2020, p. 9).

Con la modificación a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas realizada en setiembre de 2018, se estableció una habilitación legal expresa para que el Indecopi, a través la Comisión de Libre Competencia, ordene el establecimiento de Programas de Compliance¹²⁶. Lo anterior significa que el Indecopi podrá ordenar, a las empresas que hayan afectado la normativa de libre competencia, el establecimiento de programas de cumplimiento normativo que eviten que vuelvan a incurrir en conductas anticompetitivas en el futuro¹²⁷. Estas medidas no tienen finalidad punitiva.

¹²⁵ Disponible en: <https://centrocompetencia.com/ocde-los-avances-de-los-programas-de-compliance-en-materia-de-competencia-desde-el-ano-2011/> (Consultado el 23 de octubre de 2021).

¹²⁶ Artículo 49.1 inciso e).

¹²⁷ Disponible en: <https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2018/09/indecopi-fortalece-sus-armas-contra-los-carteles-y-otras-conductas-anticompetitivas.html?ref=gesr> (Consultado el 26 de octubre de 2021).

Ahora bien, resulta relevante destacar que no siempre la Comisión ordenará la implementación de programas de cumplimiento únicamente a propósito de una vulneración a las normas de competencia. Los propios agentes económicos pueden emitir sus programas de compliance, sin necesidad de verse inmersos en un procedimiento sancionatorio, a fin de prevenir la comisión de conductas anticompetitivas.

Este carácter preventivo se ha visto plasmado en el creciente compromiso adoptado por distintas autoridades de competencia en materia de compliance a través de la emisión de directrices sobre cumplimiento del derecho de la competencia (OCDE, 2021, p.6). Como es de suponer, la implementación del compliance preventivo por parte de las empresas si bien no está exenta de costos (tiempo, monetarios, recursos humanos) permite evitar desembolsos significativos de recursos futuros.

Como se puede apreciar los programas de cumplimiento “nacen” de dos formas: (i) como una obligación impuesta por el Estado como consecuencia de una infracción a la normativa de libre competencia o (ii) de manera voluntaria o preventiva ex ante, lo cual implica que la(s) empresa(s) no han incurrido en alguna infracción, y sin embargo, con la finalidad de evitar la ejecución de prácticas anticompetitivas deciden poner en marcha un programa de cumplimiento.

3.3.2.3. Breve análisis del programa de cumplimiento como medida correctiva a propósito de las resoluciones expedidas por la Comisión

En esta sección se explicarán las 6 fases por las cuales ha pasado el programa de cumplimiento dictado como medida correctiva, el cual a comienzos del 2020 se consolidó en una norma *softlaw* aprobada por el Indecopi.

1. Fase inicial: Caso Farmacias

A partir del 2016, la Comisión empezó a imponer como medida correctiva la implementación de programas de cumplimiento por parte de las empresas sancionadas. Este fue el caso de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI recaída en el Expediente 008-2010/CLC a través de la cual se sanciona a Albis S.A., Farmacias Peruanas S.A., Eckerd Perú S.A., Mifarma S.A.C. y Nortfarma S.A.C. por la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de los precios de venta al público, a nivel nacional, de diversos productos farmacéuticos y afines, entre enero de 2008 y marzo de 2009.

De tal forma, en el numeral 844 de la referida resolución, la Comisión considera oportuno que las empresas infractoras cuenten con un programa de cumplimiento durante 3 años con la finalidad de evitar nuevamente la comisión de las conductas anticompetitivas ejecutadas en el caso referido. Adicionalmente, la Comisión exige que el programa comprenda las siguientes actividades: la capacitación anual sobre materia de libre competencia y la identificación y mitigación de riesgos de incumplimiento a la normativa de libre

competencia. Esta última estará a cargo de un especialista que identificará de las áreas de riesgo y a su vez contará con un correo electrónico para que los empleados puedan informar sobre cualquier riesgo de incumplimiento o incumplimiento de la normativa de libre competencia.

Con relación a los costos derivados del programa, la Comisión establece que los mismos serán asumidos íntegramente por las empresas, sin perjuicio que el Indecopi pueda resolver cualquier duda sobre la presentación del programa de cumplimiento.

2. Fase de consolidación: Caso Papel Tissue

Ahora bien, en el 22 de marzo 2017, la Comisión expidió la **Resolución 010-2017/CLC**, recaída en el Expediente 017-2015/CLC que sancionó a Kimberly Clark y Protisa por la realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación concertada de precios y condiciones comerciales en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tissue, en el periodo del 2005 al 2014.

En el presente caso, el programa de cumplimiento fue establecido para que dure 5 años a diferencia del caso anterior, debido a la mayor duración de la conducta así como a la mayor afectación a la competencia.

Al igual que el caso anterior, el programa deberá incluir la identificación y mitigación de riesgos y las capacitaciones anuales, pero además de ello las empresas designarán a un **oficial de cumplimiento** responsable de facilitar el cumplimiento de libre competencia en cada empresa. Así en cualquier momento, se le podrá reportar de manera confidencial sobre posible violación a la normativa de libre competencia a través del correo y/o línea telefónica previamente asignada. En tal escenario, deberá informar de manera simultánea al Gerente General y a la Dirección.

Como se puede apreciar, recién en el 2017 el Indecopi incorpora la figura del Oficial de Cumplimiento, el cual reemplazaría al especialista encargado de la identificación y mitigación de riesgos de incumplimiento a la normativa de libre competencia al cual se hace referencia en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI.

3. Fase de aplicación: Caso GLP

Más adelante, mediante Resolución 100-2017/CLC de fecha 18 de diciembre de 2017, la Comisión ordenó a las empresas sancionadas – Lima Gas S.A., Solgas S.A. y Zeta Gas Andino S.A por la comisión de prácticas colusorias horizontales, en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios en la comercialización de GLP envasado para distribuidores en difentes presentaciones – la implementación de un programa de cumplimiento. Para ello, y en cumplimiento con el principio de predictibilidad, la Comisión

tomó como referencia el programa de cumplimiento descrito en un anterior pronunciamiento: Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI.

Al igual que en el caso de farmacias, el programa de cumplimiento fue implementado durante 3 años en la medida que la conducta sancionada consistente en la fijación concertada de precios en la comercialización de GLP envasado para distribuidores en la presentación de 10 kg ocurrió en Lima Metropolitana y Callao en el 2008; y adicionalmente, la fijación concertada de precios en la comercialización de GLP envasado para distribuidores en las presentaciones de 10, 15 y 45 kg se dio de manera continuada y a nivel nacional entre 2009 y 2011.

4. Fase de modificación

Para el año 2018, la Comisión expidió dos resoluciones a través de las cuales se ordenó la implementación de programas de cumplimiento: (i) Resolución 030-2018/CLC y (ii) 104-2018/CLC.

En la primera resolución que versa sobre el Caso Navieras, la Comisión se vuelve a remitir a la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, con la finalidad de advertir a las empresas que, de no cumplir con desarrollar sus programas de cumplimiento, la Comisión podrá establecer los términos en los que se desarrollarán los programas de cumplimiento, de conformidad con la resolución previamente citada.

En la segunda resolución¹²⁸ se presenta una variación, por lo cual la Comisión ya no opta por remitirse a la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI. Así, en el caso de la capacitación en la normativa de libre competencia, la Comisión contempla la posibilidad de que existan empresas que no puedan solventar los costos de las capacitaciones, por lo que la Dirección será la encargada de dar las capacitaciones dentro de los 90 días siguientes que quede firme la resolución sancionatoria. De igual forma, se contempla que la Dirección podrá dar una nueva capacitación en caso los administrados no aprueben la evaluación.

5. Fase coyuntural

En el año 2020, se siguieron manifestando diversas modificaciones como consecuencia del Covid-19 y de la publicación de la Guía de Programa de Cumplimiento el 3 de junio de 2020.

La primera modificación se puede apreciar antes de la emisión de la Guía de Programa de cumplimiento. Así, mediante Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de

¹²⁸ La Comisión sanciona a diversas empresas vinculadas a la venta al público de gas natural vehicular (GNV) por haber incurrido en prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios en la comercialización de GNV de manera continua y a nivel de Lima Metropolitana y Callao.

2020, la Comisión sancionó a Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A por haber incurrido, junto con Quad/Graphics Perú S.A., en un acuerdo para repartirse a los clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales, a nivel nacional, entre los años 2011 y 2016. Asimismo, la Comisión dictó a las empresas sancionadas medidas correctivas consistente en la implementación de un programa de cumplimiento.

Respecto a este caso, se puede apreciar que las horas de la capacitación es reducida en comparación de otros casos. Por ejemplo, en el Caso GLP, la Comisión ordenó una capacitación de 48 horas, pese a que la conducta tuvo una duración de dos años aproximadamente; mientras que hay una “mayor flexibilidad” para la conducta sancionada en el mercado de servicios impresiones, cuya duración fue de 5 años aproximadamente, en la medida que en el numeral 306 de la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI la Comisión considera que una capacitación de 20 horas es adecuada y proporcionada para efectos del caso. Asimismo, dada la coyuntura causada por el Covid-19, las capacitaciones fueron dictadas de manera virtual.

6. *Fase concluyente*

En el año 2021, la Comisión, a diferencia de las resoluciones analizadas anteriormente, se remite a la Guía de Programa de Cumplimiento en la sección de medidas correctivas, en la medida que ya se había expedido este documento. Dichos pronunciamientos son los siguientes: (i) Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI de fecha 5 de mayo de 2021 (*Caso de servicios impresión de textos escolares*) y (ii) Resolución 080-2021/CLC de fecha 15 de noviembre de 2021 (*Caso del Club de la Construcción*).

En ambos pronunciamientos se desarrollan los elementos que toda guía de cumplimiento debe contener de conformidad con lo indicado en la guía oficial expedida por el Indecopi, tal como el compromiso real de cumplir de la alta dirección, la identificación real y potencial de riesgos, los procedimientos y protocolos internos, las capacitaciones anuales sobre la normativa de libre competencia, dirigidas a los trabajadores, procedimientos para consultas y denuncias y el Oficial de Cumplimiento.

3.3.2.4. Análisis del diseño de la Guía de Programa de Cumplimiento del Indecopi: avances y fortalecimiento

Como bien se mencionó previamente, en el 2020 se emitió la Guía del Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia (en adelante, Guía de Cumplimiento) la cual fue expedida por la Comisión. Dicho documento, marco una pauta para que los agentes económicos la tengan en cuenta al momento de diseñar sus programas de compliance en materia de libre competencia. En tal sentido, en este apartado se comentarán algunas secciones de la Guía de Cumplimiento con la finalidad de analizar la actual eficacia o si requeriría modificar algunos extremos para una mejor comprensión y uso.

A continuación, se verán los componentes esenciales y complementarios que debe contener todo programa de cumplimiento, de acuerdo con la Guía de Cumplimiento del Indecopi.

(i) Componentes esenciales de un Programa de Cumplimiento

La Guía de Cumplimiento ha previsto 8 componentes esenciales que deben ser parte de un Programa de Cumplimiento: (i) compromiso real de cumplir (“tone at the top”); (ii) identificación y gestión de riesgos, tanto actuales como potenciales; (iii) procedimientos y protocolos internos; (iv) capacitaciones para los trabajadores; (v) actualización constante y monitoreo del Programa de Cumplimiento; (vi) auditorías al Programa de Cumplimiento; (vii) Procedimientos para consultas y denuncias; y, (viii) oficial o Comité de Cumplimiento.

1. Compromiso real de cumplir (“tone at the top” o “tone from the top”)

Este componente es el más importante en la medida que sin un verdadero compromiso no hay programa de cumplimiento efectivo. En tal sentido, los altos cargos – Gerentes y Directivos – deben estar involucrados con el buen funcionamiento del programa de cumplimiento y serán ellos los que tienen que dar el ejemplo y orientar a los demás trabajadores a que actúen de acuerdo a los valores y principios de la organización. Para ello, deberán destinar recursos económicos, humanos, tecnológicos, entre otros, para mitigar los riesgos identificados en la empresa. Asimismo, dichas instancias deberán dotar de autonomía al Oficial o Comité de Cumplimiento sin ejercer ningún tipo de influencia en el desarrollo de sus funciones.

Como se puede apreciar, la implementación de un programa de cumplimiento no puede ser únicamente transparente de forma externa, es decir, no solo basta con contar con un programa de cumplimiento ante los ojos de la sociedad y el Estado, para ganar una mejor reputación, sino que también debe funcionar y ser efectivo a nivel interno de la empresa. Así, los altos mandos de las empresas no deberán tolerar incumplimientos a la normativa de libre competencia y en caso se dé deberá ser informado inmediatamente para su pronta acción.

Ahora bien, con relación al principio de *tone from the top*, según el cual los Gerentes y Directivos deberán dar el ejemplo en el cumplimiento de la normativa interna de la empresa así como del marco jurídico y regulatorio, cabe señalar que la Guía de Cumplimiento debe entender ese principio de manera más amplia no limitando su alcance a las referidas jerarquías, sino a otros cargos empresariales de relevancia que también pueden influir en los demás trabajadores tal como jefes de área o coordinadores, etc.

Sobre esto último, en la Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia de España¹²⁹ señala qué se entiende por principales directivos, no limitándolos únicamente aquellos autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, sino incluyendo a aquellos sujetos que ostenten facultades de organización y control dentro de la empresa y a los representantes legales de la empresa. A diferencia de Perú, dicho concepto abarca más cargos dentro de la empresa.

2. *Identificación y gestión de riesgos, tanto actuales como potenciales*

Este componente es necesario para que la empresa pueda identificar la probabilidad de que se materialice una conducta anticompetitiva. Una vez identificada la posible conducta anticompetitiva, la empresa adoptará una serie de acciones para evitar la ocurrencia de una infracción. Para lograr tal objetivo, se deberá: (i) identificar las áreas que se encuentran expuestas al riesgo a fin de tomar medidas preventivas; (ii) ver qué trabajadores están expuestos al riesgo y hacerles seguimiento hasta que el riesgo sea mitigado; y, (iii) monitorear las prácticas comerciales con la finalidad de identificar prácticas sospechosas o perjudiciales, y de ser el caso, modificarlas de acuerdo al marco legal vigente.

Respecto de este punto, si bien la empresa es libre de crear su propia metodología para la identificación de riesgos a la competencia, la guía brinda algunos puntos orientativos a tener en cuenta. En primer lugar, la **comunicación y consulta**, a través de la cual la empresa deberá establecer canales de comunicación adecuados para los funcionarios que participen en la toma de decisiones comerciales o relacionadas con competidores. En segundo lugar, se deberá tener en cuenta el **contexto empresarial**, es decir, con la finalidad de mitigar adecuadamente los riesgos, se debe tener en cuenta el tamaño de la empresa, así como el poder que ostenta en determinado mercado, entre otros aspectos. En tercer lugar, se debe efectuar una **valoración de los riesgos**, es decir, considerar las causas de los riesgos, la probabilidad de ocurrencia, y los efectos que puedan generar en la empresa y sus trabajadores. En cuarto lugar, se deberá implementar medidas para el **tratamiento del riesgo**, tal como capacitaciones al personal, difusión de guías de orientación, etc. En quinto lugar, no basta con la identificación y tratamiento del riesgo, sino que también se debe hacer un **seguimiento continuo de riesgos** por parte de la Alta Dirección o Oficial/Comité de Cumplimiento. Para un adecuado seguimiento, la guía recomienda que se tenga identificado la incidencia de incumplimientos a la normativa de libre competencia, la reputación de la empresa en el mercado, el compromiso de los trabajadores en la implementación y aplicación del Programa de Cumplimiento, etc. Finalmente, se deberá registrar e informar la gestión de riesgos y sus resultados, a través de una matriz de identificación de riesgo.

¹²⁹ Para mayor información revisar la página 8 de la Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de España.

Disponible en:

https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf

3. Procedimientos y protocolo internos

Esta sección es relevante en la medida que a través de la elaboración de los protocolos internos se va a reflejar en toda la empresa el compromiso con el cumplimiento de la normativa de libre competencia. Dichos protocolos son guías sobre aspectos que deben tenerse en cuenta, por ejemplo, al momento de desarrollar auditorías y monitoreos, temas a abordar en reuniones con competidores y asociaciones gremiales, reporte e investigaciones a trabajadores por presuntos incumplimientos, participación en procesos de selección públicos, el uso del lenguaje de los trabajadores en las comunicaciones cursadas entre ellos y sus competidores, etc.

Estos protocolos deben ser comunicados por la Alta Dirección ya sea, vía correo electrónico, a través de una reunión formal, mediante publicación institucional, cualquiera sea la mejor forma de llegar a los trabajadores. Si bien, la Guía de Cumplimiento, no establece un plazo en el que se debe realizar tal comunicación, destaca que, ante el ingreso de nuevos trabajadores o identificación de riesgos de incumplimiento deberá realizarse la comunicación.

4. Capacitaciones para los trabajadores

Este componente es vital en la medida que a través de las capacitaciones no solo se difunde a los trabajadores conocimientos sobre el funcionamiento del programa de cumplimiento, sino que también podrán participar en las capacitaciones a través del diálogo e intercambio de ideas. Asimismo, los trabajadores podrán aprender qué actividades que realizan como parte de sus labores del día a día son compatibles con la normativa de libre competencia y cuales no deberían practicarse.

Si bien no hay un modelo respecto a cómo debe llevarse la capacitación, la Guía de Cumplimiento resalta algunos aspectos revelantes que deberán tenerse en cuenta al momento que la empresa decida desarrollar una capacitación. En primer lugar, se debe dotar de contenido motivacional a las capacitaciones, es decir, los capacitados deben interiorizar la cultura de cumplimiento de la organización. En segundo lugar, no solo se deberá capacitar a las áreas de mayor riesgo sino a todas las demás. En tercer lugar, se deberá requerir los servicios de especialistas acreditados en temas de libre competencia. En cuarto lugar, el desarrollo de la capacitación deberá desarrollarse de forma casuística, pues a través de la presentación de casos hipotéticos el trabajador podrá interiorizar los temas planteados sobre libre competencia. En quinto lugar, si bien las capacitaciones podrían realizarse de manera virtual (por el Covid-19 o porque no todo el equipo de trabajo se encuentra en la sede principal), es recomendable que las áreas más expuestas a incumplimiento de la normativa tengan la capacitación presencial. Finalmente, las capacitaciones deberán ser evaluadas mediante un examen de conocimientos (escrito/oral) con la finalidad de identificar si los trabajadores han aprendido e interiorizado la legislación, las políticas de la empresa, etc.

Respecto a este componente, cabe señalar que el Indecopi ha sido certero en orientar a las empresas sobre lo que deben tener en cuenta en el desarrollo de una capacitación. No obstante, también hubiera resultado preciso que propongamos el contenido (temario) de las capacitaciones de acuerdo a los distintos trabajadores que hay en las empresas. En algunas ocasiones las empresas, podrían incluir en sus capacitaciones no solo temas de libre competencia, sino otros temas ajenos a la libre competencia. Por ejemplo, en el caso recaído en el Expediente 001-2021/CLC, la empresa investigada brindó su temario de capacitación de sus trabajadores, el cual incluía, no solo al Decreto Legislativo 1034 (legislación de libre competencia), sino también a los Decretos Legislativos 1352 (legislación Anticorrupción Peruana) y 1385 (legislación Anticorrupción en el ámbito privado)¹³⁰. En tal sentido, la Dirección recomendó que se aborde como mínimo: “(i) los principios y las reglas establecidas en la normativa vigente en materia de libre competencia; (ii) el contenido de la decisión de la Comisión sobre el presente procedimiento (incluyendo la explicación de los hechos acreditados, la infracción determinada, los efectos de la conducta, la responsabilidad de los funcionarios involucrados, así como las multas aplicadas); y (iii) los principales criterios que se desprendan de los casos más representativos en materia de libre competencia en la jurisprudencia nacional y comparada”¹³¹.

En Ecuador, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, brindó en su Guía de *Compliance en Competencia*¹³², de manera orientativa, los posibles contenidos de capacitaciones para diferentes públicos:

Tabla 5: Contenido de las capacitaciones al personal

Personal	Capacitación
Trabajadores nuevos	Principios éticos del operador económico Cultura empresarial del operador económico Documentos principales: Código de conducta, Programa de Compliance, Políticas de la empresa.
Trabajadores en plantilla	Estructura organizativa Prevención de riesgos Funcionamiento del canal de denuncias Régimen disciplinario y sancionador Buenas prácticas competitivas Temas o legislación en materia de competencia
Directivos y mandos intermedios	Las conductas expuestas a potenciales riesgos, según el área y funciones de cada miembro de la empresa.
Responsable de cumplimiento	Métodos de trabajo para desarrollar y controlar los procedimientos y directrices del programa.

Fuente: World Compliance Association, 2019

Elaboración: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021

¹³⁰ Ver considerando 1335 del Informe Técnico 025-2022/DLC-INDECOPI del 15 de junio de 2022.

¹³¹ Ver considerando 1335 del Informe Técnico 025-2022/DLC-INDECOPI del 15 de junio de 2022.

¹³² Disponible en: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/09/Guia-Compliance-en-Competencia-SCPM-INAC-DNPC-002-.pdf> (Consultado el 22 de octubre de 2022).

En esa misma línea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, autoridad española de competencia, establece en su Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia¹³³ que la formación de los trabajadores de la empresa debe adaptada en cada caso a su ámbito de actividad y funciones. De igual forma, sostiene que se deberá realizar capacitaciones *ad hoc* cuando se produzca alguna modificación de las circunstancias en la empresa tal como una modificación del accionariado y control empresarial, el ingreso de un nuevo operador al mercado, o la implementación de un nuevo sistema de contratación, etc. (2020, p.9).

Como se puede apreciar, de acuerdo a cada tipo de trabajador se propondrá un contenido distinto en la capacitación. Es decir, un trabajador nuevo no tendrá el mismo tipo de capacitación que un trabajador antiguo o un directivo. Así, mientras a un trabajador nuevo se le enseñará desde cero todo lo relacionado con la normativa interna de la empresa así como sobre la legislación de libre competencia, a un directivo se buscará que interiorice qué tipo de prácticas que realiza en su día a día pueden estar expuestas a un riesgo de incumplimiento de la normativa de libre competencia. Asimismo, es importante que ante algún cambio significativo en la empresa, tal como el cambio de la composición de la Alta Dirección se realice sesiones de formación *ad hoc*.

5. Actualización constante y monitoreo del Programa de Cumplimiento

Con relación a este componente cabe señalar que cada cierto tiempo y de acuerdo a las necesidades de la empresa, se modificará el programa de cumplimiento, con miras a que mejore continuamente y alcance los objetivos del programa. Asimismo, a fin de seguir evaluando su funcionamiento, es importante que el Oficial de Cumplimiento, monitoree de manera permanente el desempeño de un Programa de Cumplimiento y lo consigne en un reporte. Ello, con la finalidad de detectar las fortalezas y falencias del programa, y de ser necesario, tomar las medidas necesarias para mitigarlas.

Ahora bien, la forma de ejecutar el monitoreo será mediante el acceso del personal autorizado a toda la información que requieran, tal como correos electrónicos del personal, contratos comerciales con clientes, grabaciones de reuniones, actas de directorio, entre otros archivos). A través del análisis de dicha información, se podrán identificar patrones de comportamiento de la empresa y de sus trabajadores. De esa forma, se identificarán los posibles incumplimientos y se accionará rápido para una solución efectiva.

La Guía de Cumplimiento sugiere el *Natural Language Processing* (en adelante, NLP), a través del cual una computadora, a través de su capacidad de comprender textos, podrá monitorear las comunicaciones que la empresa intercambie con los competidores. Dicha herramienta detectará y podrá prevenir conductas colusorias en tiempo real y de manera poco costosa. Asimismo, advertirá qué comunicaciones constituyen un riesgo de

¹³³ Disponible en: https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf (Consultado el 27 de octubre de 2022).

incumplimiento a la normativa. Como se puede apreciar, las soluciones tecnológicas con el pasar de los años se han convertido en una alternativa frente al cumplimiento de los requerimientos regulatorios empresariales.

6. Auditorías al Programa de Cumplimiento

La auditoría es un proceso realizado por personal externo especializado que tiene por finalidad determinar el grado de cumplimiento del programa mediante la evaluación de diversos aspectos relacionados a la detección de riesgos, el funcionamiento de los canales de denuncia y consultas entre la empresa y sus trabajadores, la difusión de la Política de Cumplimiento a cargo de la alta dirección, la implementación de los protocolos internos para el control o mitigación de riesgos identificados, etc. (2020, p.30). La Guía de Cumplimiento no prevee una frecuencia para la realización de auditorías, sugiriendo que esta sea anual y ante el riesgo u ocurrencia de una conducta riesgosa. En esa misma línea, la Guía de cumplimiento chilena establece que la periodicidad en la realización de auditorías se encuentra directamente relacionada con el nivel de riesgos identificados al momento de evaluar el Programa de Cumplimiento.

7. Procedimientos para consultas y denuncias

Este componente es importante en la medida que los trabajadores no solo tendrán la respuesta a sus interrogantes sobre la normativa de competencia, sino que a través de estos procedimientos podrán estar informados sobre cómo denunciar infracciones potenciales o efectivas. Ahora bien, debe tomarse en cuenta que el funcionario encargado de absolver las consultas y/o denuncias sea el Oficial o Comité de Cumplimiento; asimismo, tanto la información como la identidad del denunciante debe ser confidencial; finalmente, debe haber una política de no represalias o medidas de protección, pues ello incentivará a que el trabajador denuncie sin temor a ser despedido o no ascendido.

8. Oficial o Comité de Cumplimiento

El oficial o comité de cumplimiento, es aquel órgano designado con la finalidad de patrocinar y promover una cultura de cumplimiento sostenible. Se espera que tenga un perfil jurídico, de control y supervisión, con un componente ético, así como una formación y experiencia práctica en materia de compliance (Toso, 2021, p.6).

Ello quiere decir que es el responsable de vigilar la adecuada implementación y funcionamiento del programa de cumplimiento de la empresa. Además, es importante que dicho órgano posea independencia funcional y no se haya visto involucrado en circunstancias poco éticas o de incumplimiento dentro y/o fuera de la organización (Puyol Montero, 2015, p. 97-98).

La Guía de Cumplimiento no establece una definición de dicho órgano; no obstante, lista las funciones que tienen a cargo, dentro de las cuales se encuentra la implementación efectiva del programa de cumplimiento, la identificación y supervisión de los riesgos de la

empresa, la asignación de responsabilidades de los roles y obligaciones de los trabajadores de la empresa, en el marco del Programa de Cumplimiento implementado, la absolución de dudas frente a eventuales consultas o denuncias, el reporte periódico sobre el desarrollo del Programa de Cumplimiento, etc.

(ii) Componentes complementarios del Programa de Cumplimiento

Con la finalidad de fortalecer la eficacia del programa de cumplimiento, la Guía de Cumplimiento ha recomendado la implementación de 3 componentes complementarios, como parte de la postestad autorregulatoria que tienen las empresas.

En primer lugar, se recomendó la implementación y difusión de un Manual de Libre Competencia con la finalidad que los trabajadores puedan entender en un lenguaje sencillo, todos los aspectos relevantes de un programa de cumplimiento, tal como la normativa de libre competencia que los trabajadores deben respetar, las obligaciones a cargo de los trabajadores, las consecuencias ante un incumplimiento, las instrucciones para acceder a los canales de consultas y denuncias. Sobre este extremo, cabe señalar que a nuestro criterio, debería formar parte de un componente esencial en la medida que es un material de permanente consulta. En esa misma línea, Pascual y Vicente, sostienen que el Manual tiene doble finalidad: (i) difundir en la empresa una cultura de respeto a la normativa de competencia; y, (ii) dar respuesta a las dudas que tengan cualquier directivo o trabajador sobre cómo adecuar sus prácticas a la normativa de competencia (2013, p. 176).

En segundo lugar, se sugirió la implementación de incentivos materiales para los trabajadores, los cuales consisten en el otorgamiento de diplomas de reconocimiento, vales de consumo, tardes libres, merchandising de la empresa, bonos, participación de los trabajadores mas destacados en sorteos que involucren grandes premios, etc. También se encuentran los incentivos laborales, tal como el ascenso. El buen desempeño de un trabajador en el marco del programa de cumplimiento, será tomado en cuenta como uno de los criterios requeridos para un ascenso. Por ejemplo, en caso se trate de un trabajador común se evaluará sus buenas calificaciones en las capacitaciones; mientras que en el caso de los cargos gerenciales, se tomará en cuenta que el trabajador haya culminado con éxito cursos especializados en Compliance.

Finalmente, se encuentran las medidas disciplinarias, las cuales no solo están dirigidas a las personas que hayan incumplido la normativa de libre competencia sino también a los trabajadores o gerentes que no hayan tomado las acciones necesarias para prevenir o detectar la conducta infractora, es decir, cuando la empresa haya tenido una conducta omisiva o permisiva. Para ello, será necesario que la empresa cuente con un código de conducta interno, en el que podrá establecer factores atenuantes o agravantes ante una infracción denunciada. Por ejemplo, la cooperación del denunciado con la autoridad de la empresa, el actuar de buena fe o estar inducido en error, podrían considerarse como atenuantes; mientras que el trabajador que ocupe el cargo de gerente o que pese a su

conocimiento de la normativa de competencia haya decidido involucrarse en conductas anticompetitivas contraviniendo las órdenes de sus superiores, serán considerados como agravantes.

3.3.2.5. Posibles problemas en la aplicación de los programas de cumplimiento

Ahora bien, una vez estudiado el diseño actual del Programa de Cumplimiento, así como la evolución del programa de cumplimiento y los pronunciamientos sobre el mismo por parte de la Comisión a través de diversas resoluciones, se procederá a analizar algunos inconvenientes que se podrían presentar en la implementación del mismo.

Primeramente, se estudiará el caso de las empresas que contaban con un programa de cumplimiento y aún así incurrieron en conductas contrarias al TUO de la LRCA. Así, se corroborará que no es garantía que las empresas que hayan implementado un programa de cumplimiento con anterioridad a un procedimiento sancionador se liberen en futuro de incurrir en prácticas anticompetitivas. Solo las empresas que hayan cumplido con los componentes esenciales de un programa de cumplimiento, entre otros requisitos, podrán recibir una atenuante, por parte de la autoridad de competencia.

Posteriormente, se expondrá que los programas de cumplimiento no necesariamente serán del todo eficaces si pasa mucho tiempo desde su imposición, en la medida que podría darse la circunstancia en la que una empresa durante el procedimiento sancionador se extinga o simplemente cambie de razón social, por lo cual claramente no tendría sentido la aplicación de dicha medida correctiva.

(i) **¿Atenuantes para las empresas infractoras que ya contaban con programas de cumplimiento?**

En muchos programas de cumplimiento a nivel mundial, incluido en el Perú, se prevé la adopción de atenuantes para las empresas infractoras tal como la disminución de la multa, siempre que se reúnan una serie de requisitos. En el caso de Perú, para el otorgamiento del atenuante de la multa se requiere que el programa de cumplimiento pase por tres exámenes: (i) la conducta debe ocurrir sin la participación de la alta dirección, (ii) debe reportarse oportunamente la conducta al Indecopi, **antes del inicio de una investigación** y (iii) el programa debe contar con una serie de componentes esenciales¹³⁴.

Sobre el otorgamiento de atenuantes como consecuencia de la adopción de programas de cumplimiento, Wouter Wils, Asesor del Servicio Jurídico (Legal Advisor) de la Comisión Europea, sostiene que no debería tenerse en cuenta este tipo de programas al momento de la definición de responsabilidad y sanción a imponer a una empresa que haya incurrido en conductas anticompetitivas. Ello en la medida que otorgar una inmunidad o reducir la sanción a las empresas infractoras que tienen un programa de cumplimiento crea incentivos

¹³⁴ Página 67 de la Guía de programas de cumplimiento de las normas de libre competencia.

perversos para las mismas dado que el costo de establecer un programa de cumplimiento es bajo en comparación con los beneficios potenciales de la comisión de una conducta anticompetitiva. En tal sentido, el referido autor sostiene que tener un programa de cumplimiento se convierte en una póliza de seguro barata contra la responsabilidad administrativa (2012, p. 21).

Para el caso peruano, lo señalado previamente no es del todo cierto, pues como bien se ha explicado existen una serie de requisitos que deben cumplirse para que la autoridad pueda otorgar el atenuante. Tal circunstancia se ha presentado en el “Caso Navieras” en el cual las empresas sancionadas ya habían implementado un programa de cumplimiento¹³⁵; sin embargo, dado que no cumplieron con los requisitos para el atenuante de la multa, se las sancionó de igual manera sin la aplicación de ninguna atenuante¹³⁶. Para dichas empresas, la Comisión resolvió que acrediten de manera individual, y en un plazo no mayor de 30 días hábiles de consentida la decisión, el desarrollo de programas de cumplimiento o acciones concretas para informar a sus funcionarios acerca de la importancia de cumplir con las normas de libre competencia, y para detectar y contrarrestar riesgos de incumplimiento de tales normas, con el objetivo de eliminar las condiciones que provocaron, promovieron o facilitaron la realización de la conducta infractora¹³⁷. En el referido caso, dado que los programas de cumplimiento fueron implementados de manera tardía, la Comisión les dio la posibilidad a las empresas que realicen los ajustes a sus programas de cumplimiento. Asimismo, dicho órgano recalcó que en caso no acaten dicha medida, se encontrará autorizada a establecer los términos en que se desarrollarán tales programas de cumplimiento, siguiendo las directrices establecidas en la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI.

Como se puede apreciar, no solo basta que exista el programa de cumplimiento, sino que se ponga en práctica y sea efectivo. Diversas empresas pueden contar con programas de cumplimiento y aun así ser sancionadas, pues su implementación fue tardía (luego de ser investigadas) o poco efectiva (pese a la existencia del programa de cumplimiento desde antes de la conducta infractora este nunca fue tomado en cuenta).

Sobre esta sección se puede concluir que no necesariamente el hecho que las empresas sancionadas hayan contado previamente con un programa de cumplimiento es garantía de que no van a incurrir en prácticas anticompetitivas en un futuro. Hoy en día es una práctica muy frecuente el hecho que las empresas cuenten con programas de cumplimiento, por lo que, de ser sancionadas en caso cuenten con el referido instrumento, la autoridad deberá evaluar si se cumplen con los requisitos para el otorgamiento del atenuante de la multa, es decir, la conducta no debe involucrar la participación de los altos directivos y debe ser reportada antes del inicio de una investigación.

¹³⁵ Específicamente, las empresas infractoras, **recién a la fecha del pronunciamiento del Indecopi**, habían implementado programas de cumplimiento a raíz de las investigaciones y procesos seguidos en otras jurisdicciones sobre el mismo cártel acreditado en Perú.

¹³⁶ Para mayor detalle revisar el numeral 1097 de la Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI.

¹³⁷ Fundamento 715 de la Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI.

Finalmente, a fin de evitar caer en programas de cumplimiento “pantalla” la autoridad deberá corroborar si el programa implementado por la gran empresa cuenta los elementos esenciales establecidos en la Guía de Cumplimiento: compromiso real de cumplir, identificación y gestión de riesgos, tanto actuales como potenciales, procedimientos y protocolos internos, capacitaciones para los trabajadores, actualización constante y monitoreo del programa, auditorías al programa, procedimientos para consultas y denuncias, y oficial o Comité de Cumplimiento. Mientras que los programas de cumplimiento de las empresas medianas y pequeñas únicamente deben contar con los siguientes elementos: compromiso real de cumplir, identificación de riesgos, capacitaciones y un oficial de cumplimiento, el cual puede ser cualquier funcionario con un alto cargo¹³⁸.

(ii) Los programas de cumplimiento no necesariamente serán del todo eficaces si pasa mucho tiempo desde su imposición

Como ya se mencionó líneas atrás, una vez que se emite una resolución final sancionatoria, además del establecimiento de la multa, la Comisión ordena diversas medidas correctivas (dependiendo de la conducta sancionada), siendo que entre ellas se encuentra la implementación de un programa de cumplimiento.

Los elementos comunes en las medidas dictadas por dicho órgano con relación a la implementación de los programas de cumplimiento son: **(i)** la incorporación de un programa de cumplimiento **(ii) capacitación a los trabajadores de las empresas infractoras, sobre las normas en materia de libre competencia;** **(iii)** identificación, evaluación y mitigación de los riesgos de incumplimiento a la normativa; y, **(iv) designación de un especialista u oficial de cumplimiento a fin de facilitar el cumplimiento de la normativa.**

Sin embargo, diversas empresas no siempre suelen cumplir con esta medida por diversas razones: ya sea porque se pueden negar en su cumplimiento o porque al término del procedimiento administrativo sancionador y ordenamiento de la medida correctiva, la empresa sancionada ya no se encuentra operando (pues se extinguió como persona jurídica)¹³⁹.

¹³⁸ A diferencia de la gran empresa en las pequeñas empresas, el oficial de cumplimiento elegido puede ser cualquier funcionario con un alto cargo. En tal sentido, dado que las PYMES no cuentan con los mismos recursos económicos que la gran empresa para contratar a alguien especializado en libre competencia, debería evaluarse incluir en la Guía que el alto funcionario que sea escogido en la PYME, tenga capacitaciones constantes en *compliance* o cursos en los que pueda adquirir conocimientos en Compliance Officer.

¹³⁹ Las medidas correctivas del inciso e) del artículo 49.1 de la Ley de Competencia son exigibles a las empresas que se encuentren operando, pues el plan de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia debe estar dirigido a sus trabajadores. Así, esta medida correctiva pierde sentido cuando ya no hay trabajadores en una empresa en proceso de extinción o ya se extinguió. Si bien la Ley General de Sociedades contempla que la personería jurídica se mantiene incluso cuando la empresa está en liquidación, desde la disolución concluye la representación de los órganos administrativos tales como los directores, gerentes administradores y representantes en general de la empresa, asumiendo las funciones de la empresa los liquidadores (artículo 413 de la Ley General de Sociedades). Claramente, las medidas correctivas no están orientadas a que los liquidadores las implementen, más aún cuando la empresa se encuentra próxima a extinguirse o ya se extinguió.

En tal sentido, una oportuna aplicación del programa de cumplimiento dependerá de la pronta resolución del caso, pues si el procedimiento tiene una extensa duración, prolongándose más del tiempo debido, durante ese lapso podría suceder que la empresa esté en proceso de disolución, liquidación o incluso ya esté extinta (o peor aún, que haya cambiado de razón social), por lo cual claramente no tendría sentido la aplicación de la medida correctiva.

Teniendo en cuenta lo expuesto previamente, es importante que la autoridad de competencia haga un constante seguimiento (incluso durante el transcurso del procedimiento y no solo al final del mismo) a las empresas investigadas a efectos de verificar si se encuentran operando o simplemente cesaron en sus actividades. Ello con la finalidad de que la autoridad no invierta sus recursos innecesariamente en una empresa que no solo no va a pagar la multa impuesta como consecuencia de su actuar ilícito, sino que además no podrá cumplir con una medida correctiva que tiene como objeto la difusión de la importancia del cumplimiento en materia de libre competencia.

3.3.2.6. Mejoras en la implementación de los programas de cumplimiento

En esta sección, se expondrán algunas mejoras relacionadas para una mejor implementación del programa de cumplimiento. En tal sentido, si bien, como consecuencia de la una sanción, la Dirección ordena como medida correctiva para la empresa infractora el establecimiento de un programa de cumplimiento, *ex post*, también sería importante que la adopción del programa de cumplimiento sea *ex ante* con la finalidad de que las empresas y sus trabajadores interioricen una cultura de cumplimiento a la normativa de libre competencia. Como es de suponer, a la fecha un vacío normativo respecto a lo anterior, quedando a la voluntad de la empresa implementar este mecanismo autorregulatorio.

Ahora bien, resulta importante que la labor de detección de cárteles no sea exclusiva de la autoridad de competencia, sino que, dentro de la propia empresa también se pueda detectar ese tipo de actividad, y de esa forma, colaborar con la autoridad. En tal sentido, en la actualidad no está permitido que los empleadores puedan revisar los correos electrónicos de sus trabajadores, lo cual limita la posibilidad de descubrir cárteles. Siendo ello así, resulta importante establecer una mejora normativa sobre la posibilidad de que los empleadores – incluidos los Oficiales de Cumplimiento – estén facultados a acceder a correos corporativos, con la finalidad de prevenir cualquier tipo de ilícito.

(i) ¿Adopción obligatoria del programa de cumplimiento?

Actualmente, los programas de cumplimiento que no son consecuencia de una medida correctiva son de carácter voluntario, es decir, las empresas pueden optar por su implementación de manera opcional. Dicha situación debería cambiar, siendo de carácter obligatorio tal como actualmente se viene desarrollando en Colombia. Con la ley 2195 de

2022 se estableció la obligación para las empresas de adoptar programas de transparencia y ética empresarial¹⁴⁰. Con relación al contenido de dichos programas, la referida ley señaló que las superintendencias serán las encargadas de determinar el mismo, debiendo ser actualizados cada 4 años conforme a los estándares internacionales¹⁴¹. Asimismo, dicha norma indica que el incumplimiento de estos programas de transparencia también trae consigo sanciones fijadas por cada autoridad de inspección, vigilancia o control.

El 24 de enero de 2022 se emitió el Decreto 092 de 2022¹⁴² el cual crea la Dirección de Cumplimiento en el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, a fin de velar por el cumplimiento de las normas de competencia. Así, algunas de las funciones de esta Dirección, serán: (i) vigilar la adopción efectiva de los programas de cumplimiento establecidos en el marco de garantías aceptadas por el Superintendente de Industria y Comercio dentro de investigaciones por violación a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal administrativa y (ii) vigilar la adopción efectiva de los programas de cumplimiento establecidos en el marco de la imposición de condicionamientos por parte del Superintendente de Industria y Comercio, cuando conoce de solicitudes de consolidación, integración, fusión y obtención del control de empresas.¹⁴³

Ahora bien, cabe destacar que el superintendente, Andrés Barreto, reveló, el 5 de noviembre de 2021 en el foro global Compliance IV organizado por la Asociación Colombiana de Compliance, que durante el primer semestre de 2022, habrá un plan de pedagogía frente a la Dirección de Cumplimiento, con la finalidad de que los empresarios adquieran cultura para delatar, elaborar e implementar los programas de compliance¹⁴⁴.

Si bien Colombia ha dado un gran avance en materia de compliance de libre competencia, el contenido del Decreto 092 ha sido insuficiente en la medida que debió añadirse que la adopción efectiva de un programa de compliance por parte de la empresa debe hacerse incluso de no haber ocurrido alguna infracción a la normativa de libre competencia. Lo anterior, con una finalidad preventiva, teniendo en cuenta el tamaño de cada empresa; es decir, a la pequeña y mediana empresa no se le exigirán los mismos requisitos que a la gran empresa.

Dicho ello, corresponde concluir que sería acertado que el Indecopi cuente con una Dirección en materia de compliance de manera similar a lo que se viene implementado en Colombia y adicionalmente, que el programa de compliance sea implementado no únicamente a propósito de una investigación contra conductas anticompetitivas sino *ex*

¹⁴⁰ Artículo 9 de la Ley 2195 de 2022, que adiciona el artículo 34-7 a la Ley 1474 de 2011.

¹⁴¹ Párrafo 2 del Artículo 9 de la Ley 2195 de 2022, que adiciona el artículo 34-7 a la Ley 1474 de 2011.

¹⁴² Disponible en: <https://www.mincit.gov.co/getattachment/84469c03-0014-4dce-bb14-eb4a8f166fa7/Decreto-092-del-24-de-enero-de-2022.aspx> (Consultado el 19 de mayo de 2022).

¹⁴³ Artículo 5 del Decreto 092 de 2022, que modifica el artículo 10 del Decreto 4886 de 2011.

¹⁴⁴ Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/colombia-empresas-deberan-contar-programas-compliance-partir-2022 (Consultado el 27 de mayo de 2022).

ante. Asimismo, en la línea de lo señalado en la ley 2195 de 2022 de Colombia, los programas de compliance deben ser actualizados cada cierto tiempo de acuerdo a la necesidad de cada empresa y de conformidad con los estándares internacionales.

Finalmente, la constante capacitación por parte del Indecopi para que los empresarios adquieran cultura para delatar sobre los programas de compliance no debe ser dejada de lado. En la misma línea con lo señalado anteriormente, Angulo sostiene que la autoridad de competencia puede dar a conocer la importancia de su labor a través: (i) actividades de divulgación, tal como elaboración de estudios, folletos informativos, declaraciones públicas en prensa, celebración de cursos, jornadas y conferencias sobre las ventajas de la libre competencia; y, (ii) actividades de carácter consultivo, tal como elaboración de informes sobre disposiciones normativas del sector público y seguimiento de los actos o disposiciones de la Administración (2021, p. 57).

(ii) Monitoreo efectivo del programa de cumplimiento

Como es de conocimiento el Oficial o Comité de Cumplimiento es el encargado de monitorear permanentemente el desarrollo del Programa de Cumplimiento a fin de prevenir cualquier riesgo. Para la realización del monitoreo, los encargados deberán tener acceso a toda información que requieran (contratos comerciales con clientes, correos electrónicos del personal a cargo del área comercial, grabaciones de reuniones, entre otros) con la finalidad de identificar patrones de comportamiento de la empresa y de sus trabajadores.

Sobre ese punto, básicamente la Guía de Cumplimiento faculta a personas específicas para que puedan fiscalizar las comunicaciones cursadas entre los trabajadores con el objetivo de gestionar riesgos de posibles incumplimientos a la normativa de competencia. Respecto a este punto, cabe preguntarse qué tanta tolerancia o compatibilidad hay entre nuestro ordenamiento jurídico y la posibilidad de que determinadas personas asignadas para el monitoreo, puedan revisar selectivamente los correos electrónicos. Para ello, se desarrollarán dos sentencias del Tribunal Constitucional.

Mediante la Sentencia recaída en el Expediente 00943-2016-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció que los empleadores sí se encuentran facultados para revisar los correos electrónicos de sus trabajadores, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: (i) previamente comunicar al trabajador de la posibilidad de monitorear sus comunicaciones y de las condiciones de uso permitido por la empresa, y (ii) la intervención debe respetar el principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional cambió de criterio mediante la Sentencia recaída en el Expediente 04386-2017-PA/TC, al establecer que la facultad del empleador de fiscalizar a sus trabajadores no puede limitar el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales que la Constitución les reconoce. Así, en virtud del artículo 2 de la Constitución, el Tribunal sostuvo que toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones

y documentos privados sean adecuadamente protegidos, y a que estos no puedan ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos, salvo mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. De esta manera, el Tribunal concluyó que los documentos obtenidos en violación a este derecho fundamental serán considerados medios probatorios prohibidos.

Como se puede apreciar, el actual criterio del Tribunal Constitucional no es compatible con la posibilidad de que el empleador pueda revisar los correos electrónicos corporativos de sus trabajadores. Aterrizando dicha situación al ámbito de conductas anticompetitivas, cabe señalar que no es compatible con nuestro ordenamiento jurídico la existencia de una persona asignada para el monitoreo de los correos electrónicos ante las sospechas de conductas anticompetitivas. Sobre el particular, la propia Guía de Cumplimiento, hace hincapié al señalar que el acceso a los correos electrónicos corporativos de los trabajadores se efectúa **previo consentimiento**, debiendo ser informados de esta medida al inicio de la relación laboral. Por tanto, quitar esta restricción sería una solución a largo plazo a fin de lograr una fiscalización efectiva ante algún indicio o sospecha de alguna conducta anticompetitiva.

Por ejemplo, en España sí es posible que el empleador pueda revisar el correo corporativo del trabajador. Actualmente, el artículo 87º de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, regula el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, señalando que el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales **solo a efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales**. Asimismo, el empleador deberá fijar criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad, los mismos que deberán ser informados al trabajador.

De otro lado, el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo¹⁴⁵, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, señala que el empresario puede establecer las medidas necesarias para la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones encargadas al trabajador teniendo en consideración debida a su dignidad humana.

Ahora bien, teniendo presente la legislación española sobre el monitoreo de correos electrónicos del trabajador por parte del empleador, corresponde estudiar la jurisprudencia del Tribunal Español en los últimos años.

En relación a la fiscalización realizada por empleador a los correos de sus trabajadores, corresponde señalar que, mediante Sentencia de la Sala 1ª del TC a 7-10-2013, en el recurso de amparo 2907/2011¹⁴⁶, el Tribunal Constitucional avaló el despido de un trabajador que

¹⁴⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7730> (Consultado el 21 de octubre de 2021).

¹⁴⁶ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11681 (Consultado el 21 de octubre de 2021).

envió información sensible a la competencia a través del correo corporativo. En este caso, la Sala rechazó que el acceso al contenido de los correos fuera “excesivo o desproporcionado” y recordó que la práctica “se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador”. Además, cabe resaltar que **la búsqueda de correos se circunscribió a aquellos que tuvieran contenido relativo a la actividad empresarial** (relacionados con el incumplimiento del trabajador del deber de reserva de los secretos de la empresa), ignorando aquellos relacionados con la vida personal y familiar del trabajador.

Posteriormente, en febrero de 2018, el Tribunal Supremo avaló en la Sentencia 119/2018 de 8 Feb. 2018, Rec. 1121/2015 el despido de un trabajador con alto cargo de la empresa Inditex que aceptó grandes cantidades de dinero de uno de los proveedores a cambio de compras a su compañía. Así, la empresa utilizó términos claves en la búsqueda de correos en la cuenta corporativa del empleado, no vulnerando, por tanto, su intimidad personal¹⁴⁷.

La empresa obtuvo evidencias de esta infracción tras acceder al correo del empleado, actuación que fue calificada por éste como ilegítima. No obstante, el Supremo rechazó esta premisa y recordó que la empresa disponía de una normativa que limitaba el uso de los ordenadores de la empresa a “estrictos fines laborales”¹⁴⁸. Asimismo, desde Inditex se recordaba de forma periódica la potestad empresarial de revisar el email, por lo que no existían expectativas de privacidad¹⁴⁹.

Ahora bien, de acuerdo con diversos autores la facultad de control empresarial que ostenta el empleador tiene un límite en la dignidad del trabajador. En tal sentido, el empleador podrá revisar información estrictamente laboral y no personal:

*“El punto de partida, como ya hemos tenido ocasión de ver, no es negar al empresario el necesario control de la actividad laboral sino afirmar, con Hiruma V. RAMOS que “lo que provoca la vulneración de este derecho fundamental no es el mero hecho de desarrollar este poder empresarial, sino la extralimitación en el mismo”. **El empresario, en efecto, deberá respetar la dignidad del trabajador, que se concreta en el conjunto de derechos fundamentales que le son propios, y desarrollar esta actividad únicamente sobre su actividad laboral.**” (Muñoz y Roig, 2007, p. 67)*

De igual forma, y en línea con lo establecido el Tribunal Constitucional Español, los autores consideran que la facultad empresarial de fiscalización debería enmarcarse en una sospecha sobre la realización de alguna actividad ilegal:

¹⁴⁷ Para mayor detalle revisar fundamento jurídico 6.

¹⁴⁸ Recordemos que en la empresa demandada existe una concreta normativa empresarial «de los sistemas de información» y de «política de seguridad de la información» del Grupo Inditex, que limita el uso de los ordenadores de la empresa a los estrictos fines laborales y que prohíbe su utilización para cuestiones personales.

¹⁴⁹ Para mayor detalle revisar fundamento jurídico 4 a).

*“(…) desde el punto de vista constitucional, las facultades empresariales cubrirían una fiscalización residual de contenidos, siempre bajo circunstancias muy excepcionales. **La finalidad de la medida debería ser lícita, como, por ejemplo, tener la sospecha de que se están realizando actividades ilegales o competencia desleal**; debería tratarse, además, del único recurso para poder constatar la infracción y la medida debería ser la mínima en cuanto a sus efectos y su duración para obtener el resultado deseado. **Sería deseable que el trabajador conociera la posibilidad de este control, aunque la falta de transparencia podría no ser decisiva si la infracción fuera particularmente grave**”. (Muñoz y Roig, 2007, p. 74)*

Una doctrina más reciente, sostiene en base a lo señalado en la Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que el acceso del empleador a los dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador tendrá ocasión en dos supuestos: (i) control del cumplimiento de las obligaciones laborales y (ii) garantizar la integridad de los dispositivos digitales:

“Fuera de estos dos supuestos (control del cumplimiento de la actividad del trabajador y garantizar integridad de sus dispositivos), si como consecuencia del control de los dispositivos digitales por el empresario fuera más allá de ambas finalidades, podría considerarse una lesión al derecho de la intimidad o al menos de la privacidad del trabajador. Incluso, me atrevo a decir, que cuando inicialmente se atuviera al control en alguno de ambos supuestos, pero quizá motivado por la curiosidad o por otras motivaciones obtenga en el transcurso del control, información sensible del trabajador que afecte a su intimidad, y que no tenga relación con los dos únicos supuestos que permiten el control de los mencionados dispositivos, también transgrediría el derecho a la intimidad (Fernández, 2021, p. 197-199).

Como se puede apreciar un adecuado monitoreo implicará la facultad atribuida al empleador para que pueda revisar los correos de sus trabajadores. Traslando ello al caso peruano en materia de conductas anticompetitivas, el Oficial de Cumplimiento o la persona designada para el monitoreo del desarrollo del programa de cumplimiento debería tener acceso a los correos corporativos de los trabajadores siempre que cuente con sospechas fundadas y no vulnere la intimidad personal del trabajador. Ello, con la finalidad de evitar cualquier vulneración a las normas de libre competencia.

Para lograr ello, en línea a lo que ha señalado la OCDE recientemente, *“(…) las empresas pueden utilizar la Inteligencia Artificial (IA) para controlar la comunicación de la empresa en busca de signos sospechosos, como las palabras clave en la comunicación de la competencia, que puede llevar a una señalización temprana de un comportamiento potencialmente problemático”* (OCDE, 2021, p.46).

3.3.3. Retos a futuro del Programa de Cumplimiento como un instrumento de la autorregulación

En la presente sección se abordarán los retos a futuro que deberá enfrentar el programa de cumplimiento en todo tipo de organización, siendo que, se analizará si su actual funcionamiento podría contribuir a la erradicación de las conductas anticompetitivas. Para empezar, se recomendará la implementación de capacitaciones a los altos cargos de las empresas – sin perjuicio de la capacitación constante en materia de libre competencia a los demás trabajadores – en la medida que, por razón a su cargo, se encuentran mayormente expuestos a la comisión de conductas anticompetitiva y de la data recopilada efectivamente del 2008 al 2021 se han impuesto multas altas a las personas naturales. Ahora bien otro aspecto importante a tratar es sobre el establecimiento de una cuota de género para los altos cargos empresariales, en la medida que la mayoría de gerentes o directivos suelen ser de género masculino. Si bien aún no hay estudios consolidados sobre respecto a que la mujer se encontraría más dispuesta a cumplir la normativa de libre competencia, hay casuística internacional que demuestra la renuencia de la mujer a involucrarse en prácticas anticompetitivas, así como también un estudio que demuestra que las mujeres son un poco más propensas que los hombres a denunciar conductas anticompetitivas por deber y no tanto por recompensa. Finalmente, se sugerirá la incorporación de inteligencia artificial en las labores de monitoreo, prevención y detección de cárteles de la empresa, lo cual, como se verá, no constituye un reemplazo de la labor humana, específicamente del oficial de cumplimiento.

3.3.1.1. Mayor capacitación, formación e involucramiento en temas de competencia de los altos cargos

Como bien se ha visto pese a la existencia de los programas de cumplimiento, las infracciones a la libre competencia aún persisten y se ejecutan en las altas esferas de las empresas. Así, desde el 2008, el Indecopi ha sancionado a diversas personas naturales con diferente cantidad de UIT's siendo la mayor multa impuesta 6,737,720.00 al total de funcionarios que participaron en el caso del Club de la Construcción. Asimismo, la mayoría de personas naturales sancionadas son de género masculino.

Tabla 6: Multas impuestas a personas naturales entre el 2008 y 2021

Año	Expediente	Caso	Multa PPNN (S/)
2008	004-2004/CLC	APESEG (Seguros)	350,000.00
2009	010-2008/CLC	Prácticos	10,650.00
2009	015-2008/CLC	ASETUP	66,065.50
2010	007-2009/CLC	Transporte Huaraz	10,800.00
2011	014-2008/CLC	Aba	21,600.00
2011	008-2009/CLC	Carga Huaraz	21,600.00
2011	003-2008/CLC	Arcos Dorados	54,000.00
2012	002-2009/CLC	Sindicatos Salaverry	3,650.00

2013	003-2008/CLC	Malva	240,500.00
2014	003-2010/CLC	Puno 2	7,600.00
2015	009-2013/CLC	Pan Piura	326,326.00
2015	002-2014/CLC	Transporte Maynas	3,850.00
2015	003-2013/CLC	Transporte Trujillo	3,850.00
2015	005-2011/CLC	Notarios	82,236.00
2016	013-2015/CLC	Mangos	3,950.00
2016	008-2012/CLC	Essalud Hemodiálisis	90,968.50
2017	017-2015/CLC	PH	1,133,190.00
2017	011-2015/CLC	GLP Balones	631,719.00
2017	004-2014/CLC	GLP Chiclayo	104,449.50
2018	006-2016/CLC	Líquidos Chimbote	307,847.00
2018	005-2016/CLC	GNV	1,739,057.50
2020	012-2018/CLC	Impresiones Comerciales	747,469.00
2021	002-2019/CLC	Impresiones Públicas	655,644.00
2021	001-2020/CLC	Constructoras	6,737,720.00

Fuente: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

*Dicha información incluye únicamente a las multas impuestas a personas naturales en primera instancia

Como se puede apreciar, diversos ejecutivos se han visto involucrados en distintas prácticas anticompetitivas, por lo que quedaría pendiente una mayor concentración de esfuerzos para que todos los empleados de alto nivel tengan los conocimientos claros sobre las conductas anticompetitivas. La OCDE opina de manera similar al señalar que “(...) *la persistente participación de la alta dirección en cárteles indica que los esfuerzos de cumplimiento de las autoridades de competencia pueden no ser suficientemente efectivos aún.*” (2021, p.42).

En tal sentido, debería llevarse a cabo capacitaciones dentro de la empresa en materia de libre competencia de manera frecuente. Asimismo, la empresa podría pagar a sus funcionarios cursos especializados en buenas prácticas en libre competencia, los cuales son impartidos por Universidades que cuentan con programas postgrado en materias de mercado, competencia y/o regulación.

Finalmente, es importante que progresivamente se incluya dentro de los requisitos para poder ejercer el cargo de directivo una formación destacada en los programas de cumplimiento corporativo. De este modo, hay mayor certeza de que los directivos tendrán conocimiento sobre la libre competencia. En esa misma línea, la enseñanza de derecho de la competencia debe ser impartida en las carreras de Administración de Negocios, Ingeniería Industrial, Ingeniería Empresarial, y todas aquellas carreras vinculadas con los altos cargos directivos.

3.3.1.2. Establecimiento de una cuota de género en el ámbito de los altos cargos de las empresas

Como se ha visto anteriormente, la mayoría de altos directivos sancionados por el Indecopi en cárteles suelen ser más hombres que mujeres. Así, en los años 2008, 2009, 2010, 2012, 2014, 2015 y 2016, las mujeres participaron en ninguna conducta anticompetitiva. Por el contrario, en esos años se vieron involucrados 26 hombres en conductas que atentan contra la libre competencia.

Tabla 7: Género de las personas naturales sancionadas entre el 2008 y 2021

Año	Mujer	Hombre
2008	0	13
2009	0	4
2010	0	3
2011	6	9
2012	0	2
2013	2	16
2014	0	2
2015	0	2
2016	0	2
2017	2	20
2018	2	35
2020	1	7
2021	1	33
Total	14	148

Elaboración propia

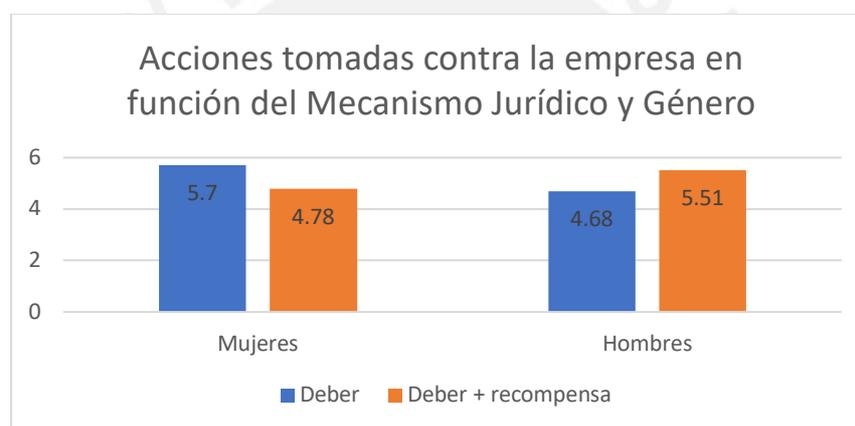
Fuente: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

Asimismo, cabe destacar que el año en el que más mujeres han sido sancionadas por la Comisión ha sido en el 2011, siendo 6 mujeres en comparación de 9 hombres sancionados ese mismo año. En el caso de los hombres, el 2018 es el año en el que mayor cantidad de hombres han sido multados, mientras que ese mismo año la autoridad de competencia solo sancionó a 2 mujeres. Si se realiza una sumatoria entre los años 2008 y 2021 hay 14 mujeres sancionadas *versus* 148 hombres, lo cual es indicador, no solo que hay más hombres sancionados sino que los cargos de decisión de las empresas son en su mayoría del género masculino.

Respecto al alto índice de hombres sancionados, PricewaterhouseCoopers ha realizado un estudio en el cual revela que el perfil de los directivos que incurren en este tipo de prácticas ilegales es generalmente de género masculino, de edad entre los 31 y 40 años, con nivel de educación universitario y con experiencia laboral de entre 3-5 años (2016, p. 12). Adicionalmente, la OCDE ha señalado que menos del 5% de directivos procesados por participación en cárteles internacionales entre 2010 y 2016 eran mujeres, proveniente

dicho porcentaje de Canadá y Estados Unidos; mientras que otros países el porcentaje era de menos de 1%. No obstante, aclara que a ese momento la proporción promedio de mujeres en los directorios de las empresas fue de aproximadamente el 16 por ciento (o 14-15 por ciento en los EE.UU. y Canadá); es decir, las mujeres estaban infrarrepresentadas en puestos directivos en los que habrían tenido la oportunidad y responsabilidad de poder participar en acuerdos de cártel (OECD, 2018, p. 27). Respecto a esto último, aún no se tiene data estadísticas sobre si las mujeres sería menos propensas o no a cometer prácticas anticompetitivas en caso tengan mayor presencia en cargos directivos (por ejemplo, 50% mujeres y 50% hombres); no obstante, resulta pertinente mencionar que el estudio denominado “*La Matriz de Incentivos: La Efectividad Comparada de Recompensas, Responsabilidades, Deberes y Protecciones por Reportar Ilegalidad*”, reveló que las mujeres son mas propensas a denunciar irregularidades que los hombres por deber y no tanto por recompensa. (Feldman y Lobel, 2010, p.36).

Gráfico 11: Denuncias de irregularidades realizadas por mujeres y hombres por deber y recompensa



Elaboración propia
Fuente: Yuval Feldman & Orly Lobel

Ahora bien, con relación al porcentaje de participación del género masculino en cargos directivos, cabe señalar que, en la actualidad, mientras dicha cuota es alta, la cuota de participación femenina en cargos directivos alcanza únicamente el 13%. Esta brecha se aprecia más en las gerencias de finanzas, logística y tecnologías de información; mientras que en las gerencias de recursos humanos, administración hay una paridad entre mujeres y hombres. Si bien hay más cada vez más empresas en cuyo directorio incluyen a mujeres, dicho porcentaje no pasa del 10%; mientras que en otras empresas dicho porcentaje ha llegado hasta 30%. Uno de los factores que influyen en dicho porcentaje bajo es que las responsabilidades familiares no son equitativas, además de los factores culturales, como estereotipos, machismo, segregación ocupacional. Como se puede apreciar, pese al

activismo o campañas, las estructuras de poder concentradas por el género masculino en la alta dirección todavía son difíciles de remover (El Comercio, 2022)¹⁵⁰.

Teniendo en cuenta la actual problemática una propuesta para contribuir al cumplimiento de las normas de libre competencia podría ser el establecimiento de un enfoque de género en el ámbito de los altos cargos en las empresas. En ese sentido, para el 2030, *Women CEO*, asociación sin fines de lucro que promueve el liderazgo de las mujeres, espera que el 30% de mujeres pueda participar en los espacios de toma de decisión de las empresas. (El Comercio, 2022)¹⁵¹.

Asimismo, con relación a la política de competencia inclusiva en materia de género, aún hay una ausencia de investigación por parte de la OCDE, por lo que aún es una tarea pendiente que dicha organización efectúe un análisis sobre la mejor forma para generar una política de competencia más inclusiva y de ese modo poder concluir si la cuota de género en los altos cargos de las empresas podría contribuir a la erradicación de conductas anticompetitivas.

Sobre el particular, a continuación se desarrollarán algunas consideraciones sobre decisiones de autoridades de competencia en relación a este tema.

La Decisión 19-D-24, del 17 de diciembre 2019, versa sobre un acuerdo de fijación de precios y reparto de mercado cártel en el sector de las computas de frutas. En dicho caso, la autoridad francesa concedió a Andros una reducción de la multa que se le había impuesto. Ello se debió a que hubo un cambio de director en la compañía, asumiendo una mujer el puesto que anteriormente ocupaba un hombre. Como consecuencia de dicho cambio, Andros ya no participaba de manera frecuente en el cártel. Es así que la nueva directora describió su encuentro con un miembro del cartel en una feria profesional en Amsterdam de la siguiente manera: “Solo hubo una breve introducción. Era un hombre alto y calvo, cuyo nombre no me acuerdo” (Abate y Brunelle 2021, p. 17).

Como se puede apreciar, la directora, a diferencia del anterior director que participaba constantemente en reuniones entre los miembros del cártel, no le tomaba la misma importancia que su predecesor, sino que se reunía con una menor frecuencia y no mantenía comunicación constante con los demás miembros del cártel, lo cual es vital para la ocurrencia de este tipo de conductas.

Por otro lado, en la Decisión 13-D-12, del 28 de mayo 2013, sobre acuerdos anticompetitivos implementados en el sector de comercialización de productos químicos básicos, casi todos los participantes de estos acuerdos eran hombres: sólo dos mujeres

¹⁵⁰ Disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/brecha-de-genero-laboral-solo-el-13-de-mujeres-ocupan-cargos-directivos-en-el-peru-rmmn-noticia/?ref=ecr> (Consultado el 6 de noviembre de 2022).

¹⁵¹ Disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/brecha-de-genero-laboral-solo-el-13-de-mujeres-ocupan-cargos-directivos-en-el-peru-rmmn-noticia/?ref=ecr> (Consultado el 6 de noviembre de 2022).

participaron directamente en reuniones, pero ninguna formaba parte del entorno profesional del otro cartel. Con relación a la primera participante, cabe señalar que solo participaba en reuniones porque se lo pedía su gerencia. En cuanto a la segunda participante, cabe señalar se mantuvo distante en todo momento del acuerdo, siendo que su participación se limitó a realización de llamadas telefónicas (Abate y Brunelle 2021, p. 13).

3.3.1.3. Implementación de inteligencia artificial para el monitoreo, prevención y detección de cárteles

Finalmente, otro reto a futuro sería la implementación de algoritmos para que las empresas puedan monitorear, prevenir y detectar a tiempo cualquier conducta anticompetitiva a través de los sistemas informáticos. Así, a través de la inteligencia artificial se podría controlar comportamientos sospechosos de las empresas mediante la búsqueda de palabras clave identificadas como anticompetitivas.

Por ejemplo, podría emplearse el *Machine Learning* el cual es el principal método de inteligencia artificial utilizado para ejecutar desde el reconocimiento de voz -como Alexa o Siri- hasta los vehículos autónomos (sin conductores). Así el *Machine Learning* permite que las máquinas aprendan a realizar una tarea a través de la experiencia (sin ser programadas) a través de la recolección de una gran cantidad de datos con la finalidad de entrenar algoritmos que logren detectar patrones y construir modelos para hacer predicciones (Redel, 2021).

Sobre el particular cabe señalar que la inteligencia artificial si bien puede desempeñar un rol importante en el campo de la evaluación de riesgos o análisis predictivo, no podrá reemplazar a la labor desempeñada por los oficiales o gerentes de cumplimiento, en la medida que cómo toda tecnología, podría fallar. Por ejemplo, Amazon dejó de utilizar la inteligencia artificial como herramienta de reclutamiento de trabajadores en la medida que el sistema de Amazon “se enseñó a sí mismo” que los candidatos masculinos eran preferibles frente a los femeninos (Dastin, 2018).

Teniendo en cuenta lo expuesto, la inteligencia artificial no puede reemplazar al 100% a la labor humana, sino ser un apoyo para una detección más precisa de las prácticas anticompetitivas que garantice el respeto de los principios y derechos del ordenamiento jurídico a través de un funcionamiento seguro y fuera de riesgo.

4. Conclusiones

En la presente sección se desarrollarán las conclusiones de esta tesis estructuradas por capítulos.

4.1. Conclusiones del capítulo 1

- Sobre los objetivos de la libre competencia se puede concluir que, si bien el artículo 1 del TUO de la LRCA hace referencia a dos (bienestar al consumidor y eficiencia económica), se han advertido tres en la presente investigación.
 - En primer lugar, el bienestar al consumidor. Si bien el TUO de la LRCA es una norma que busca garantizar un desenvolvimiento adecuado en el proceso competitivo, la protección del consumidor es una finalidad indirecta, pues la alteración del mercado a través de las prácticas anticompetitivas de las empresas recaen en los consumidores, los cuales se ven imposibilitados a adquirir, por ejemplo, productos de la canasta básica familiar o medicamentos e insumos para la salud, por el precio elevado como consecuencia de una concertación o por la ausencia o baja calidad de determinados productos.
 - En segundo lugar, un adecuado desarrollo del proceso competitivo. A nivel normativo y doctrinario se ha determinado que se busca proteger el bien jurídico denominado competencia; no obstante, los competidores al formar parte de dicho componente también recibirán tutela jurídica. Los competidores son una pieza clave en la medida que sin ellos no hay mercado ni competencia. Justamente en razón a ello, el propio TUO de la LRCA hace referencia a que constituye una infracción “obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado”. Así también hay abuso de posición de dominio cuando un agente con posición dominante en el mercado restringe de manera indebida la competencia “perjudicando a competidores reales o potenciales”.
 - En tercer lugar, la eficiencia económica en los mercados. Si bien no hay un concepto claro sobre la eficiencia económica a nivel normativo, de acuerdo con la Exposición de Motivos del TUO de la LRCA, con dicho componente se busca que los competidores se comporten eficientemente generando incentivos para captar a los consumidores. Un comportamiento eficiente implica la capacidad de producción a un menor costo, innovación y calidad de los productos y que éstos sean destinados a los consumidores que mejor los valoren, los cuales deberán cubrir los costos de producción en los que han incurrido los agentes económicos.

- Teniendo en claro la finalidad de la libre competencia resulta importante concluir sobre la forma en la que se puede alcanzar los objetivos perseguidos por la libre competencia.
 - Para un funcionamiento adecuado de la competencia, es necesario la existencia de un libre mercado, en el cual puedan intervenir diversos agentes económicos, pudiendo los consumidores tener capacidad de elección sobre los productos o servicios ofrecidos por cada agente económico.
 - El Estado podrá intervenir en el mercado cuando se presenten imperfecciones en el desarrollo de la actividad privada. Así existen tres manifestaciones de la autoridad en la económica. En primer lugar, mediante la emisión de normas o lineamientos a través de los cuales la autoridad podrá orientar la conducta de los agentes privados para un correcto desenvolvimiento en el mercado. En segundo lugar, mediante la fiscalización de la actividad de los agentes económicos ante sospechas fundadas de la presencia de algún comportamiento anticompetitivo. Finalmente, a través de la facultad sancionadora, el Estado podrá imponer multas y otras medidas gravosas contra las personas jurídicas y naturales que no hayan sujetado su comportamiento a al ordenamiento jurídico.
 - Para el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionatoria, se requiere de autoridades encargadas de la defensa de la competencia, como lo es el Indecopi y el Osiptel en el mercado de las telecomunicaciones. En tal sentido como consecuencia de la detección de conductas anticompetitivas la autoridad de competencia iniciará un procedimiento sancionador.
- El procedimiento en materia de libre competencia es un proceso especial que se encuentra regulado por el TUO de la LRCA. Siendo ello así, maneja sus propios plazos en razón a la complejidad y especialización de la materia analizada. En tal sentido, habrá algunas cuestiones procedimentales, que no encajarán con la regulación ordinaria del TUO de la LPAG, lo cual no implica que se deba dejar de lado este marco legal común a todos los procedimientos.
- Actualmente, existe una prolongada duración en los procedimientos administrativos sancionadores en materia de libre competencia; sin embargo, ello no es necesariamente un problema atribuido a la labor de la autoridad de competencia en la medida que obedece a ciertos factores como la cantidad de información a procesar y analizar, la cantidad de agentes investigados, entre otros acontecimientos que se presentan dentro de un procedimiento. Siendo ello así, no existe un concepto estático del plazo razonable para la culminación de un procedimiento de conductas anticompetitivas.
- En cuanto al estado actual del régimen de infracciones de libre competencia es posible concluir que existe una tendencia al aumento del monto de la multa

impuesta, expresada en UIT's, año a año por la autoridad, siendo las prácticas colusorias horizontales las más sancionadas por el Indecopi en comparación de los casos de abuso de posición de dominio.

4.2. Conclusiones del capítulo 2

- Con relación a la propuesta del cambio del diseño actual de la estructura resolutoria, cabe señalar que si bien la única instancia en sede administrativa sí está permitida a nivel normativo y jurisprudencial, su aplicación en la actualidad no necesariamente sería efectiva en la medida que también habría que cambiar el aparato judicial el cual, como se ha visto, tiene serias deficiencias en la tramitación y resolución de los casos en materia de libre competencia. En tal sentido, se propone (i) implementar mayores juzgados y salas que se encarguen de tramitar los casos de libre competencia; (ii) incorporar funcionarios con especialización en derecho de la competencia y economía; y, (iii) capacitar funcionarios en las normas de libre competencia dentro el ámbito judicial.
- El actual enfoque del régimen sancionatorio debe variar no siendo netamente de índole punitivo tal cual su nombre lo señala, pues pese a la enorme cantidad de UIT's que la autoridad pueda imponer a las empresas que incurran en prácticas anticompetitivas, éstas van en aumento. Ello es una clara muestra de que el rol disuasorio de las multas ha ido perdiendo peso en los últimos años. En su lugar, de la experiencia comparada, se ha podido concluir que la inhabilitación del cargo de gerente/director y herramientas de daño reputacional empresarial, son instrumentos no pecuniarios eficaces para combatir con las infracciones en materia de libre competencia; mientras que la implementación de la pena privativa de libertad en el Perú ha quedado descartada.
 - Respecto a la inhabilitación del cargo gerente/director, cabe señalar que esta ha sido aplicada de manera efectiva en México, Reino Unido, y si bien en Francia aún no está regulada, goza de gran aceptación por parte de los ciudadanos franceses quienes la consideran como una medida sancionatoria contra actos anticompetitivos más eficaz que la multa y la pena privativa de libertad. A nivel de Perú, el Indecopi ha señalado que debería estudiarse la propuesta de incorporarla como una medida complementaria a la sanción, quedando pendiente principalmente, definir a qué tipo de prácticas y puestos laborales se aplicaría la inhabilitación.
 - Si bien hay una aplicación moderada del *naming and shaming* o daño reputacional empresarial cuando los agentes económicos infractores cometen conductas anticompetitivas, a través de noticias entre otros medios de comunicación, se puede concluir que dicha herramienta podría implementarse en el Perú como una sanción complementaria a la administrativa, toda vez que

es más simple de ejecutar y más efectiva que otras sanciones como las penales, en tanto las empresas se ven expuestas de manera negativa ante la población, empresas y medios nacionales e internacionales. En tal sentido, se propone que exista un registro para empresas que han cometido prácticas anticompetitivas. Así, las empresas sancionadas no solo se verían expuestas en los medios de comunicación o redes sociales, sino que también habría un registro al cual acceder en cualquier momento.

- Con relación a la pena privativa de libertad como alternativa de refuerzo del enfoque sancionatorio, cabe señalar no podría ser considerada como una sanción no monetaria eficaz al contravenir el principio de intervención mínima o última ratio y ofrecer una regulación poco coherente con la Ley de Competencia, la cual prescinde de las facultades del Indecopi, autoridad especializada y competente para la instrucción y sanción de conductas anticompetitivas. Asimismo, desincentivaría el uso de instrumentos importantes en la detección de cárteles, tal como el programa de clemencia.
- En materia de las visitas inspectivas, cabe señalar que dicha actividad tiene por objetivo la fiscalización de las empresas a fin de que cumplan con las normas de libre competencia. No obstante, es importante que el enfoque actual de la Guía del Indecopi sea coherente con la regulación del TUO de la LPAG, no debiéndose basar únicamente en un enfoque sancionatorio, sino de regulación responsiva.
- Asimismo, el Indecopi ha logrado un gran avance en los últimos años, pues han aumentado en cantidad y además se ha implementado un laboratorio informático forense. Asimismo, cabe destacar que la extracción de información ya no abarca únicamente la extracción de documentación y correos electrónicos de los visitados, sino que el Indecopi también ha podido acceder a mensajería instantánea a través de los dispositivos móviles, previa autorización judicial, con la finalidad de detectar conductas anticompetitivas.

Sobre el particular, cabe señalar que, si bien ha habido una evolución en la cantidad de visitas inspectivas al 2022, el Indecopi no debe perder de vista la mejora a futuro de herramientas que faciliten el llevar a cabo una visita de inspección efectiva, tal como la constante actualización de los equipos de investigación forense, así como el aumento del personal informático y avances normativos con relación a un equilibrio entre el derecho a la privacidad (intimidad personal) y el ejercicio de las facultades de la autoridad para pueda tener acceso rápido a la información contenida en los dispositivos móviles, *tablets* etc., sin necesidad de invadir la esfera personal de los trabajadores. Como es de conocimiento, años atrás, los directivos se comunicaban a través de correos electrónicos; sin embargo, en la actualidad han surgido nuevas vías de comunicación tal como los SMS, WhatsApp, Telegram, Facebook Messenger, etc., por medio de las cuales las empresas pueden incurrir en pactos colusorios.

4.3. Conclusiones del capítulo 3

- En cuanto al programa de clemencia se puede concluir que la regulación del artículo 26°, aprobada por el Decreto Legislativo 1205 en el 2015, al ser más clara que su predecesora, ha logrado un aumento significativo de las solicitudes de clemencia entre el 2016 y 2018; sin embargo, la reciente tipificación penal de las conductas anticompetitivas; la decisión de la SGCAN que pone en tela de juicio las reglas de confidencialidad existentes en todo programa de clemencia; así como la poca efectividad de las campañas publicitarias para comunicar a los Gerentes o Directivos, sobre el uso y características de este programa, son factores externos que pueden haber contribuido a que no haya un aumento en las solicitudes de clemencia.
- La reciente re-tipificación en el código penal de la conducta de abuso de poder económico, permaneció durante 12 años como una infracción de carácter netamente administrativo. Dicha reinscripción del artículo en el código penal ha generado un desincentivo de los agentes económicos de acogerse al programa de clemencia en la medida que si bien pueden ser eximidos de una sanción administrativa igual podrían ser sancionados en vía penal. Ello se corrobora con la *“Evaluación Expost de la Campaña sobre Normas de Libre Competencia”* realizada por Ipsos que indica que el 31% no postulan al programa de clemencia por temor a la pena de cárcel a los ejecutivos. No obstante, actualmente se encuentra en discusión un proyecto de ley que propone modificar el artículo 232 del referido código, de tal modo que los beneficiarios del programa de clemencia quedarían eximidos de la responsabilidad penal.
- Asimismo, si bien el estudio de la presente tesis es respecto del funcionamiento del sistema de competencia en el Perú, cabe señalar que la reciente decisión de la SGCAN ha traído consigo desconfianza en el funcionamiento de los programas de clemencia a nivel latinoamericano, incluyendo Perú. A partir de dicho antecedente, es posible que se haya producido un descenso en las solicitudes de clemencia en Perú, por lo que debería haber una reforma en la normativa de la CAN, que toda vez que dichos instrumentos han demostrado ser los medios de investigación más efectivos al momento de detectar los cárteles tanto a nivel nacional como internacional.
- La campaña publicitaria realizada por el Indecopi en abril del 2021 respecto a las características, uso y efectividad del programa de clemencia ha dado cuenta que no es conocido a nivel gerencial y que poco se conoce de su importancia en la desestabilización de cárteles. Así solo el 8% de directivos consideraron que el programa de clemencia contribuye “mucho” en la desestabilización de los cárteles, mientras que el 53% y 28% consideraron dicho instrumento contribuye en “algo” o “poco”, respectivamente. De igual forma, el 78% de los directivos ha señalado que nunca ha oído sobre el programa de clemencia.

- El programa de recompensas representa diversos desafíos en la actualidad. Si bien se han mencionado algunos aspectos por mejorar en relación al diseño hay uno que requiere especial atención: una adecuada implementación de un sistema de protección a los denunciantes en el que se resguarde la vida personal y laboral ante posibles represalias. Por otra parte, en relación a la campaña publicitaria realizada por Indecopi cabe señalar que el público no logró captar el mensaje principal por lo que habrá menos posibilidades que se presenten denunciantes que cumplan con los requisitos del programa de recompensa. Finalmente, teniendo en cuenta, la regulación en otros países, cabe señalar que en un futuro se podría proponer un sistema digital de denunciantes anónimos, a través del cual en cualquier momento y sin necesidad de identificación cualquier persona pueda denunciar una práctica anticompetitiva.
- Con relación a la difusión de los programas de clemencia y recompensas cabe señalar que, si bien el Indecopi ha dado un primer paso, ello no debería quedar en una sola campaña. El Indecopi debe trabajar en transmitir un mensaje con mayor claridad en la siguiente campaña a realizarse. Igualmente, es importante que las personas entiendan las consecuencias positivas de denunciar un cártel más allá de la obtención de una retribución económica (recompensa) o exoneración de una sanción (clemencia) tal como la recuperación de la competencia y del bienestar de los consumidores. Para ello es importante que los grandes casos no solo queden en jurisprudencias, sino que los perjudicados puedan participar de ellos e interiorizar que un cártel puede afectar su día a día. Por ejemplo, como consecuencia del caso papel higiénico en Chile, casi 12.5 millones de chilenos recibieron 11 dólares aproximadamente por parte de la mayor papelera del país – compañía CMPC –, como compensación por haber conformado durante más de una década el llamado 'cartel del papel higiénico'.
- El enfoque punitivo respecto de las prácticas anticompetitivas ha ido perdiendo peso a lo largo del tiempo. Un claro ejemplo es Colombia con la adopción reciente de una Dirección de Cumplimiento, la cual acompañará a los empresarios a construir una cultura de cumplimiento de las normas de libre competencia y no simplemente a sancionar empresas.
- Con relación a los programas de cumplimiento cabe señalar que se tratan de instrumentos de autorregulación, los cuales pueden ser adoptados de manera voluntaria (*ex ante*) u obligatoria (*ex post*). En este último caso, el programa de *compliance* “pierde” su naturaleza autorregulatoria en la medida que su adopción está sujeta a lo señalado por el Indecopi, como consecuencia de una medida correctiva contenida en una resolución final.

- Asimismo, el programa de cumplimiento ha ido evolucionado y tomando forma año por año con la expedición de diversas resoluciones hasta el año 2020 en el que la Comisión aprobó la Guía de Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, el cual contiene 8 componentes esenciales que deberán ser tomados en cuenta por las empresas al momento de su diseño. Resulta importante destacar que en caso la empresa, aun contando con programas de cumplimiento incurra, en una práctica anticompetitiva, se le aplicará una atenuante en la multa siempre acredite que su programa cuenta con estos componentes, haya reportado oportunamente la conducta al Indecopi y no haya participado la alta dirección.
- En cuanto a su aplicación se ha detectado que el programa de cumplimiento es implementado cuando alguna empresa ha incumplido la normativa de libre competencia, por lo que su adopción debería ser obligatoria incluso sin necesidad de que la empresa haya incurrido en alguna práctica anticompetitiva. Ello de cara a prevenir incumplimientos futuros y lograr una mejora reputacional de la empresa. Asimismo, se sugiere que, para un efectivo monitoreo de la efectividad del programa de cumplimiento, el empleador esté facultado a revisar correos electrónicos corporativos siempre y cuando haya sospechas fundadas.
- Finalmente, en cuanto a los retos a futuro para una adecuada aplicación del programa de cumplimiento, que contribuya a la formación de una cultura de competencia en la empresa, se sugiere que los altos cargos de las empresas sean capacitados constantemente en temas de libre competencia. De igual forma, en la medida que el género masculino predomina en los cargos altos y por ende lidera la lista de sanciones impuestas por la autoridad de competencia, las empresas deberían impulsar la contratación de altos directivos y gerenciales cuyo género sea femenino. Por último, la inteligencia artificial puede ser de mucha ayuda para el monitoreo e identificación de patrones que podría constituir un riesgo en el ámbito de la libre competencia; no obstante, su aplicación no puede dejar de lado la labor humana, especialmente, la del oficial de cumplimiento.

5. Referencias bibliográficas

- Abate C. & Brunelle, A. (2021). Cartel behaviour and boys' club dynamics: French cartel practice through a gender lens. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-proj-3-cartel-behaviour-and-boys-club-dynamics.pdf>
- Ángulo, A. (2021). El sistema sancionador español de Derecho de la Competencia en el marco del Mercado Único Europea. Madrid: Wolters Kluwer España S.A.
- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2012). Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice. Nueva York: OUP.
- Bawlitza, C. y O'Ryan, S. (2021). Compliance y Libre Competencia: Tareas pendientes. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/compliance-y-libre-competencia-tareas-pendientes/>
- Becker, G. (1974). Crime and Punishment: An Economic Approach. 1 - 54.
- Black, J. (2002). Critical Reflections on Regulation. Australian Journal of Legal Philosophy, 1-27.
- BLACK, J., (2005): "The emergence of risk-based regulation and the new public risk management in the United Kingdom", Public Law (Autumn), 512-549.
- Bullard, F. E. (2011). COMENTARIOS A LA PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA DETERMINACIÓN DE MULTAS EN EL INDECOPI. Obtenido de https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/196933/3_%20EstudioBullardFall%20aEzcurraAbogados.pdf
- Calderón, A. (2006). Una pena entre dos ... ¿duele menos?: análisis de la responsabilidad en la Ley de Libre Competencia. Revista de Derecho Administrativo, 345-362.
- Canosa, U. (2011). Apelación en el Proceso Civil. Recursos Ordinarios. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Calle, Jean Paul y Javier Roca (2017). ¿Qué es la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo?, En el Portal Web Enfoque Derecho. Publicado el 10 de agosto de 2017. Disponible en la página web: <https://www.enfoquederecho.com/2017/08/10/que-es-la-fiscalizacion-bajo-el-enfoque-de-cumplimiento-normativo-de-prevencion-y-de-gestion-del-riesgo/>
- Cantos Baquedano, Francisco y Lorenzo Santos Lorenzo (2015). Los Límites a los Poderes de Inspección de la Comisión Nacional de Competencia. Disponible en: https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-12_Los_limites_poderes_inspeccion_CNC-Varios_autores.pdf
- Cierco, C. (2016). Los recursos administrativos en España. Las vías administrativas a debate, Actas del XI Congreso de la AEPDA, 1-89.
- Coca Guzmán, S. (2020). Responsabilidad solidaria y responsabilidad 'in solidum' (artículo 1983 del Código Civil). Disponible en: <https://lpderecho.pe/responsabilidad-solidaria-responsabilidad-in-solidum-derecho-civil/>

- Coolidge, J. (2006). “Reforming Inspections. Countering Corruption and Waste”, Public Policy for the Private Sector, Note N° 3, June 2006, The World Bank Group.
- Combe, E., & Monnier-Schlumberger, C. (2019). Public Opinion on Cartels and Competition Policy in France: Analysis and Implications. 42(3), 335-353.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016). Nota Informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia. Disponible en: <https://www.cnmc.es/la-cnmc-publica-el-procedimiento-de-inspeccion-empresas-232453>
- Congreso. (2020). Dictamen en insistencia, aprobado por unanimidad, recaído en las observaciones formuladas por el Presidente de la República a la Autógrada de ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento. Lima.
- Cossio, F. G. (2016). Competencia. Ciudad de México: Porrúa.
- Danós, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública (Vol. 5). Lima: Ius Et Veritas.
- Dastin, J. (2018). Amazon elimina la herramienta secreta de reclutamiento de IA que mostraba prejuicios contra las mujeres. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scrap-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>
- Del Guayo, I. (2017). Regulación. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- ECN (2013). Recommendation on the Power to Collect Digital Evidence, Including by Forensic Means, página 5. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_recommendation_09122013_digital_evidence_en.pdf
- Escobar, J. (2019). Whistleblowing a la europea: con protección al denunciante, pero sin recompensa. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/whistleblowing-a-la-europea-con-proteccion-al-denunciante-pero-sin-recompensa/>
- Fernández F (2021). Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral: hacia el equilibrio entre el control empresarial y la privacidad del trabajador. Tirant lo Blanch: 1ª edición. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413783499>
- Feldman, Yuval and Lobel, Orly (2010). The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties and Protections for Reporting Illegality. Texas Law Review, Vol. 87, San Diego Legal Studies Paper No. 09-013.
- FERNANDEZ LOPEZ, Manuel (2009). Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados. En Anuario de la Competencia, Nro 1. Disponible en: <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/8dde9cbd7181f605b419238267feac93964818e3.pdf>

- Gagliuffi Piercechi, I (2017). Voces en Gestión Pública:“POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN EL PERÚ”, p. 55-79. Número 1 –Junio 2017. Disponible: <http://revista.enap.edu.pe/article/view/1562/1634>
- Garoupa, N. (2014). Análisis económico del derecho de *enforcement* y regulación. IUS ET VERITAS, 24(48), 142-150.
- Grebe Lira, B. (2020). Hacia una Delación Compensada 2.0 en Chile. Investigaciones CeCo 1-14. Disponible en: https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/03/Grebe_Hacia-una-delaci%C3%B3n-compensada-2-0-en-Chile.pdf
- Guillén Camarés, J (2015). Régimen jurídico de los requerimientos de información efectuados por las autoridades de competencia. Pp, 41-89.
- Gunningham, N. (2012). Chapter 7: Enforcement and compliance strategies. En Robert Baldwin y otros (eds.). The Oxford handbook of regulation (pp. 120-145). Oxford: Oxford University Press.
- Hawkins, K. (1984). Compliance Strategy. En Environment and enforcement: regulation and the social definition of pollution. Oxford: Oxford University Press.
- Huapaya, R (2019). Lo bueno lo malo y lo feo del Proyecto de Lineamientos de Visitas de Inspección del INDECOPI. Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2019/10/17/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-del-proyecto-de-lineamientos-de-visitas-de-inspeccion-del-indecopi/>
- Indecopi (2017). Guía del Programa de Clemencia. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761587/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia.pdf/0a0d49ba-167d-f9f3-e878-b21c326b31ff>
- Indecopi (2019). Lineamientos del Programa de Recompensas. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4402954/ESP+Lineamientos+del+Programa+de+Recompensas/>
- Indecopi (2020). Lineamientos de Visitas de Inspección. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131170/Lineamientos%20de%20Visitas%20de%20Inspecci%C3%B3n.pdf?v=1629901999>
- Indecopi (2020). Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Gu%C3%ADa+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia/>
- Justicia, M. d. (2017). Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima.
- Kagan, Robert A. y John T. Scholz (1984). The «criminology of the corporation» and regulatory enforcement strategies. En Keith Hawkins y John Thomas
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2012). El régimen económico de la Constitución de 1993. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2016). Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2019). Derecho Constitucional Económico Colección «Lo Esencial del Derecho». Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Mayuri, L. P. (2020). EFECTO DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA SOBRE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN EL PERÚ. Lima.
- Mena-Labarthe, C., Barahona J., Marques de Carvalho, V & Frade, E. (2018). The end of leniency programs in the Andean Region?. CPI Latin America, pp. 1-3. Disponible: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/04/LatAm-Column-April.pdf>
- Morón Urbina, J. C. (2020). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 17-43. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22404>
- Muñoz, J y Roig, A. y otros (2007). El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales. Tirant Lo Blanch, Derecho y Tic's 1ª edición. Disponible: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788499852843>
- Nieto, A. (1994). Derecho Administrativo sancionador. Madrid: Tecnos.
- OCDE. (2018). Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú.
- OCDE (2018). COMPETITION POLICY AND GENDER. Disponible: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)4/en/pdf)
- OECD (2018). Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Foro Global de Competencia. INVESTIGATIVE POWER IN PRACTICE. Summaries of contributions - Sesión IV, 29-30 de noviembre de 2018, página 12. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2018\)42/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2018)42/en/pdf)
- OCDE (2020). Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia - Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles. Contribución de Perú. Disponible: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2020\)11/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2020)11/es/pdf)
- OCDE (2020). Latin American And Caribbean Competition Forum (Spanish Version) Foro Latinoamericano Y Del Caribe De Competencia - Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles - Contribución de México. Disponible: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/10/DAF-COMP-LACF202010.es_.pdf
- OCDE (2020). Latin American and Caribbean Competition Forum (Spanish Version) Foro Latinoamericano y del Caribe De Competencia - Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles - Contribución de España. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2020\)5/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2020)5/es/pdf)
- OCDE (2021), Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE, <https://www.oecd.org/competition/latinamerica/programas-de-cumplimiento-con-el-derecho-de-la-competencia.pdf>
- Ochoa Mendoza, F. (2016). ¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de

- abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos. *Derecho PUCP*, (76), 151-180. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>
- Ortiz Baquero, I (2008). La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la Libre Competencia. *REVISTA@ e – Mercatoria Volumen 7, Número 1*, pp. 1-62.
 - Pascual y Vicente, J (2013). *Mercado, competencia y Estado*. Madrid: Marcial Pons.
 - Pazos Hayashida, J., & Vega Talledo, A. (2020). Autorregulación y programas de cumplimiento empresarial en materia de publicidad comercial y protección al consumidor. *Derecho PUCP*, (85), pp. 175-202.
 - Pellegrini, J., Pardow, D., & Butelmann, A. (1 de Julio de 2019). Instancia única: los bemoles de la ley que modificaría al Indecopi. Obtenido de Idealex: <https://idealex.press/instancia-unica-los-bemoles-de-la-ley-que-modificaria-al-indecopi/>
 - Pérez Fernandez, P. (2013). La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust, pp.1-23. Disponible: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/951.pdf>
 - Pfaeltzer, J.J.W. (2014). Naming and Shaming in Financial Market Regulations: A Violation of the Presumption of Innocence?. *Utrecht Law Review*, 10(1), pp.134–148.
 - PricewaterhouseCoopers (2016). *Global Economic Crime Survey 2016*. Disponible: <https://www.pwc.com/gx/en/economic-crime-survey/pdf/GlobalEconomicCrimeSurvey2016.pdf>
 - Puyol Montero, J. (2015). La figura del Compliance Officer: características y responsabilidades. En C. A. Sáiz Peña (Coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa* (pp. 89-117). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
 - Quintana, E. (2011). El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas. *Revista de Competencia y Propiedad Intelectual*, 19-59.
 - Redel, D. (2021). ¿Es posible enseñarle libre competencia a un algoritmo?. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/es-posible-ensenarle-libre-competencia-a-un-algoritmo/>
 - Santos, S. (2011). La responsabilidad social corporativa y el fomento de la libre competencia en el mercado. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 130-159.
 - Stephan, A. (2017). An empirical evaluation of the normative justifications for cartel criminalization. *Legal Studies*, 37(4), 621–646.
 - Stigler, G. (1979). *The Optimum Enforcement of Laws*. University of Chicago and National Bureau of Economic Research. Pág. 55 – 67. Disponible en: <https://www.nber.org/chapters/c3626.pdf>

- Superintendencia de Industria y Comercio (2020). Instructivo Visitas Administrativas de Inspección. Disponible en: <https://cutt.ly/n1zVZzl>
- Tapia, J (2021). Clemencia en Ecuador, Colombia y Perú: el disruptivo Caso Kimberly-Clark. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/clemencia-ecuador-colombia-peru-kimberly-clark/>
- Toso Milos, Angela. (2021). El oficial de cumplimiento en el marco de un modelo integrado de compliance en las sociedades anónimas. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 28, 7. Epub 16 de abril de 2021. Disponible: <https://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2021-0007>.
- Urbina, J. C. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Tomo II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Urbina, J. C. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Villavicencio, F. (2017). Derecho Penal Básico. Colección “Lo esencial del Derecho N° 3. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Wils, W (2012). Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 1, Issue 1, pp. 52-81.
- Whish, R., & Bailey, D. (2015). *Competition Law*. Oxford University Press.
- Yadin, Sharon, Regulatory Shaming (November 24, 2018). 49 *Environmental Law* 407 (Lewis & Clark) (2019).

Normativa consultada:

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código Penal Federal de México
- Código Penal de Perú.
- Código Penal de la República de Chile.
- Decreto Legislativo 701, que eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (derogado).
- Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas - Decreto Supremo N° 030-2019-PCM.
- Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi (derogado).
- Decreto Legislativo N° 1033, que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- Decreto Legislativo N° 1205, que modifica el Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- Decreto Legislativo N° 1396, que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- Decreto Ley N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia en Chile.
- Decreto 092 de 2022, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se determinan las funciones de sus dependencias.

- Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
- Ley 31040, que modifica el artículo 234° del Código Penal.
- Ley de Empresas 2002 de Reino Unido (“*The Enterprise Act 2002*”)
- Ley Federal de Competencia Económica de México.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales de España.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de España.
- Ley 19696, que establece el Código Procesal Penal de Chile.
- Ley 2195 de 2022, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones en Colombia.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Jurisprudencia consultada

- Resolución 276-97-TDC recaída en el Expediente 029-96-CLC.
- Sentencia del 26 de agosto del 2003, recaída en el Expediente 010-2001-AI/TC.
- Sentencia del 11 de noviembre del 2003, recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC.
- Sentencia del 14 de enero de 2004, recaída en el Expediente 0881-2003-AA/TC.
- Sentencia del 26 de abril del 2004, recaída en el Expediente 018-2003-AI/TC.
- Sentencia del 17 de enero de 2005, recaída en el Expediente 3315-2004-AA/TC.
- Sentencia del 5 de diciembre de 2006, recaída en el Expediente 1963-2006-PA/TC.
- Pleno de Sentencia 412/2020 recaído en el Expediente 00943-2016-PA/TC.
- Pleno de Sentencia 55/2021, recaído en el Expediente 04386-2017-PA/TC.
- Sentencia de la Sala 1ª del TC a 7-10-2013, en el recurso de amparo 2907/2011 del 7 de octubre de 2013.
- Sentencia 119/2018, Rec. 1121/2015 del 8 de febrero de 2018.
- Sentencia del 12 de mayo de 2020, recaída en los Expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados).
- Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, recaída en el Expediente 002-2008/CLC.
- Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 008-2010/CLC.
- Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 017-2015/CLC.
- Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 011-2015/CLC.
- Resolución 0738-2017/SDC-INDECOPI, recaída en el Expediente 008-2010/CLC.
- Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 003-2017/CLC.
- Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 005-2016/CLC.
- Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, recaída en el Expediente 011-2015/CLC.
- Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 012-2018/CLC.
- Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 002-2019/CLC.
- Resolución 080-2021/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 001-2020/CLC.

Otros:

- Directiva de la Unión Europea 2019/1937.
- Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1396, Decreto Legislativo que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- Proyecto de Ley 06919/2020-CR del 13 de enero de 2021, Proyecto de Ley que reconoce la autonomía constitucional del Indecopi.
- Proyecto de Ley 3669/2022-CR, del 25 de noviembre de 2022, que busca modificar el actual artículo 232 del Código Penal.

