

Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Setiembre de 2015

El presente documento contiene la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, que modifica el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, con el objetivo de dotar de mayor eficacia al sistema de promoción y protección de la libre competencia.

Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

INDECOPI

Calle de la Prosa 104, San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 2247800 anexo 3101

Fax: (51-1) 2251096

Correo electrónico: st.clc@indecopi.gob.pe

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1205, QUE MODIFICA
EL DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS
ANTICOMPETITIVAS**

ÍNDICE

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA NORMATIVA	2
1.1. Adecuación de la propuesta a la delegación de facultades aprobada por el Poder Legislativo.....	2
1.2. Diagnóstico del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas	4
1.3. Represión de los facilitadores de cárteles (artículos 2).....	8
1.4. Definición de cárteles (artículo 11, inciso 2).....	11
1.5. Facultades en la realización de estudios de mercado (artículos 14 y 15).....	11
1.6. Facultades de investigación de la Secretaría Técnica (artículo 15)	13
1.7. Compromiso de cese (artículo 25).....	14
1.8. Procedimiento de exoneración de sanción (artículo 26).....	17
1.9. Reconocimiento de la imputación de cargos (artículo 26-A).....	27
1.10. Reserva del expediente y régimen de confidencialidad (artículos 31 y 32).....	28
1.11. Cooperación internacional (Tercera Disposición Complementaria Final).....	32
1.12. Reducción del beneficio por pronto pago de las multas (artículo 43.6).....	34
1.13. Multas por incumplimiento de los requerimientos de información u obstrucción a las actuaciones de la Secretaría Técnica y la Comisión (artículo 43.7).....	35
1.14. Medidas correctivas (artículo 46).....	37
1.15. Cooperación de la Administración Pública (Quinta Disposición Complementaria Final)	39
1.16. Competencia de los jueces contencioso administrativos bajo la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo	40
1.17. Modificación a los artículos 18 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y 28 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal	41
1.18. Incorporación de párrafos adicionales a los artículos 49 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y 58 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal	41
II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO.....	42
2.1. Beneficios generales para la economía y la inversión privada derivados de reforzar las normas de competencia	42
2.2. Beneficios específicos de la propuesta	44
III. IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	48

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 61 de la Constitución Política del Perú establece como función esencial del Estado la protección y promoción de la libre competencia en el contexto de una economía social de mercado, como instrumento para promover el desarrollo del país y la generación de riqueza.

En cumplimiento del referido mandato constitucional, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) a través de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y su Secretaría Técnica, tienen como función esencial la investigación, persecución y sanción de las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores. Asimismo, la Comisión se encuentra legalmente habilitada para sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, facultad conocida como «abogacía de la competencia». Estas competencias se encuentran expresamente establecidas en los Decretos Legislativos 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi y 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Al cabo de siete años de aplicación, el Decreto Legislativo 1034 ha demostrado ser una norma moderna en diversos aspectos esenciales, dotando de mecanismos efectivos para proteger el libre desenvolvimiento de la competencia frente a las conductas que restringen el proceso competitivo por razones distintas a la mayor eficiencia económica: las prácticas colusorias horizontales, las prácticas colusorias verticales y el abuso de la posición de dominio.

No obstante, la experiencia de la Comisión y la Secretaría Técnica ha demostrado que existen oportunidades de mejora en el marco normativo, que de implementarse dotarán de mayor eficacia a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en particular, en lo referido a la represión de las conductas anticompetitivas que de manera más grave afectan a los consumidores, es decir, las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta («cárteles»). El segundo eje de mejoras se encuentra en reforzar el sistema de promoción de la competencia a través de los esfuerzos de abogacía de la competencia. Dichas mejoras encuentran respaldo a la luz del desarrollo jurisprudencial y doctrinario, y en línea con las mejores prácticas internacionales sobre la materia.

Las propuestas aquí presentadas tienen por objetivo esencial optimizar las competencias y los procedimientos a cargo de la Comisión y la Secretaría Técnica, con la finalidad de promover, fomentar y agilizar la inversión privada en los distintos sectores de la economía peruana; estimular la competitividad y facilitar el comercio, doméstico e internacional; así como eliminar regulaciones excesivas que lo limitan o restringen. En esa línea, a continuación se desarrollan los fundamentos que sustentan las modificaciones contenidas en la fórmula normativa propuesta.

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA NORMATIVA

1.1. Adecuación de la propuesta a la delegación de facultades aprobada por el Poder Legislativo

La inversión es el mecanismo por medio del cual las economías logran desarrollarse, permitiendo que las empresas se expandan a nivel nacional e internacional, generando un círculo virtuoso de mayor empleo, consumo privado e inversión. Al respecto, en los últimos 10 años, la economía peruana ha superado a la mayoría de economías emergentes creciendo a un ritmo acelerado –en torno al 6%– y con una inflación por debajo de 3%¹.

Sin embargo, este crecimiento podría verse estancado en el mediano plazo, lo cual ha sido observado por el Fondo Monetario Internacional, para quien debido a un menor aumento de la productividad², prevé que «*el crecimiento potencial disminuya más, de un promedio de alrededor de 6,5% en 2008–14 a 5,2% en 2015–20*». En respuesta, el Estado peruano se encuentra emprendiendo acciones e iniciativas destinadas a fortalecer la competitividad de nuestra economía para hacer frente al nuevo contexto internacional.

En este contexto, conforme al artículo 104 de la Constitución Política del Perú³, el 1 de julio de 2015 se publicó la Ley 30335 en el Diario Oficial El Peruano, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia administrativa, económica y financiera por el término de noventa (90) días calendario.

En particular, el literal a) del artículo 2 de la Ley 30335, faculta al Poder Ejecutivo a legislar con el fin de promover, fomentar y agilizar la inversión pública y privada, así como facilitar y optimizar los procedimientos en todos los sectores y materias involucradas. Por su parte, el literal b) del artículo 2 de la Ley N° 30335, faculta al Poder Ejecutivo a legislar con el fin de facilitar el comercio, doméstico e internacional, y eliminar las regulaciones excesivas que lo limitan⁴.

¹ Al respecto, véase: *Perú: Historia de éxito económico con futuro promisorio* (2015). Disponible en: <https://www.2015lima.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Per%C3%BA-Historia-de-%C3%A9xito-econ%C3%B3mico-con-futuro-promisorio.pdf>

² Al respecto, véase Ver: <https://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/weo/2015/01/pdf/sums.pdf>

³ **Constitución Política del Perú**
Artículo 104.- Delegación de facultades al Poder Ejecutivo
El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.
No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.
Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.
El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

⁴ **Ley 30335, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia administrativa, económica y financiera**
Artículo 2.- Materia de delegación de las facultades legislativas
En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar en materia administrativa, económica y financiera, a fin de:
a) Promover, fomentar y agilizar la inversión pública y privada, las asociaciones público-privadas y la modalidad de obras por impuestos, así como facilitar y optimizar los procedimientos en todos los sectores y materias involucradas, incluyendo mecanismos de incentivos y reorientación de recursos, que garanticen su ejecución en los tres niveles de gobierno, y en las distintas actividades económicas y/o sociales.

Al respecto, es necesario resaltar que el adecuado desenvolvimiento de los mercados en los distintos sectores de la economía, en condiciones de libre competencia, resulta de suma importancia para promover la inversión privada, en la medida que promueve el acceso a los distintos mercados en los distintos sectores de la economía nacional, y asegura que la libre interacción de la oferta y la demanda no se vea distorsionada por conductas o actuaciones anticompetitivas, en desmedro del bienestar de los consumidores.

Asimismo, la defensa y la promoción de la libre competencia resulta también esencial para facilitar el comercio, doméstico e internacional, eliminando las barreras empresariales y las regulaciones excesivas que lo limitan, incentivando la interacción de los agentes económicos y estimulando la eficiencia económica en los mercados nacionales e internacionales.

De acuerdo con ello, y en concordancia con los objetivos de la Ley 30335, la presente propuesta tiene por objetivo esencial reforzar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁵, fortaleciendo y optimizando las competencias de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y su Secretaría Técnica, órganos encargados de la promoción y defensa de la libre competencia, con la finalidad de fortalecer y optimizar sus procedimientos, tanto en lo que se refiere a la investigación y sanción de conductas que restringen indebidamente el libre desenvolvimiento de la competencia en los distintos sectores, como en lo referido a la realización de estudios de mercado dirigidos a promover la eliminación de restricciones injustificadas al comercio en todas sus formas.

De esta manera, la propuesta se encuentra dirigida a permitir la reducción de los obstáculos que impactan negativamente sobre la competencia, la productividad y la competitividad del país; promoviendo la inversión privada en todos los sectores en general, e incidiendo positivamente en el desenvolvimiento del comercio doméstico e internacional.

En esa medida, la propuesta maximiza la eficacia de la política de competencia, en atención al mandato contenido en el artículo 61 de la Constitución Política del Estado⁶ y en defensa del régimen de economía social de mercado reconocido en el artículo 58 de la referida norma suprema⁷.

b) Facilitar el comercio, doméstico e internacional, establecer medidas para garantizar la seguridad de las operaciones de comercio internacional y eliminar las regulaciones excesivas que lo limitan; así como facilitar la provisión de servicios de transporte acuático regular de pasajeros, donde no haya oferta privada suficiente e idónea en la Amazonía.

⁵ Aprobada mediante Decreto Legislativo 1034, publicado el 25 de junio de 2008.

⁶ **Constitución Política del Perú**

Artículo 61.- Libre competencia

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.

⁷ **Constitución Política del Perú**

Artículo 58.- Economía Social de Mercado

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.

Con ello, los objetivos la propuesta se encuentran plenamente alineados con los de la Ley 30335, cuya Exposición de Motivos ha reconocido expresamente que la promoción de la competencia constituye uno de los mecanismos esenciales para facilitar el comercio y la inversión:

«[E]n el marco de las actividades que se vienen con el objetivo de acceder a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), se han identificado barreras al comercio que impactan negativamente en la competencia, la productividad y la competitividad del país. Por ello, se busca dictar medidas que reduzcan las barreras a la entrada y fortalezcan la competencia en diversos mercados de bienes y servicios.»⁸

Como se desarrollará a continuación, las mejoras propuestas se encuentran orientadas a maximizar la detección y represión de cárteles, conductas que con mayor gravedad afectan al proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. Asimismo, la propuesta busca reforzar las competencias de los órganos del Indecopi encargados de emitir recomendaciones dirigidas a las entidades de la Administración Pública para promover el acceso a los mercados en condiciones de competencia efectiva; y a brindar predictibilidad y eficacia a los procedimientos a cargo de la referida entidad.

En tal sentido, en las siguientes secciones se realiza un diagnóstico detallado sobre la aplicación y eficacia de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y se desarrollan los fundamentos de cada una de las modificaciones que son materia de la propuesta.

1.2. Diagnóstico del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Desde la emisión de la primera norma de libre competencia en nuestro país –el Decreto Legislativo 701⁹– la defensa de la competencia ha sido la función principal de la Comisión y la Secretaría Técnica, a la cual han sido dedicados la mayor parte de recursos y sobre la cual se han logrado los avances más significativos en esta materia. Ello ha sido consecuencia del claro énfasis que las normas aplicables han colocado sobre las competencias de dichos órganos para emprender acciones de tutela del proceso competitivo, en contraposición a las actividades de promoción de la competencia, en particular, a través del ejercicio de las facultades de «abogacía».

Con la emisión del Decreto Legislativo 1034¹⁰ se reforzaron las facultades de investigación de la Secretaría Técnica, por ejemplo, para realizar visitas de inspección y emprender un rol de instructor autónomo del procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, se reforzó la capacidad sancionadora de la Comisión, por

⁸ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 4562-2014-PE, Proyecto de Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia administrativa, económica y financiera, p. 3.

⁹ Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, publicado el 7 de noviembre de 1991.

¹⁰ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicada el 25 de junio de 2008.

ejemplo, al incrementar el tope de multas aplicables y establecer una prohibición absoluta para las conductas más graves. Finalmente, el mejor diseño y el establecimiento de plazos adecuados para el procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas han permitido lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de actuar medios de prueba que permitan determinar la verdad material de las conductas analizadas y la de asegurar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los agentes imputados.

En ejercicio de estas competencias, la Secretaría Técnica ha incrementado sus actividades de investigación e instrucción, lo cual se refleja en el número creciente de inspecciones realizadas y casos resueltos. Por su parte, la Comisión, en primera instancia, y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la Sala), en revisión, han cumplido su labor resolutoria, estableciendo importantes criterios que otorgan predictibilidad a los administrados para su desenvolvimiento en el mercado, así como garantías para el mejor ejercicio de su derecho de defensa.

En tal sentido, es posible afirmar que, desde su entrada en vigencia en julio de 2008, el Decreto Legislativo 1034, ha demostrado ser una norma moderna, que recoge la experiencia jurisprudencial y las mejores prácticas internacionales en aspectos esenciales como:

- Una adecuada definición de la finalidad de la Política de Competencia, dirigida a la promoción de la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores (artículo 1).
- La definición de los ámbitos de aplicación subjetivo, objetivo y territorial (artículos 2 al 4).
- El reconocimiento del principio de primacía de la realidad (artículo 5).
- Las reglas generales para la determinación del mercado relevante y la posición de dominio (artículos 6 y 7).
- El reconocimiento de las prohibiciones absoluta y relativa (artículos 8 y 9).
- La mejor definición de las infracciones a la Ley, incluyendo ejemplos típicos (artículos 10 al 12).
- La separación de los roles de la Secretaría Técnica y la Comisión, así como la mejor definición de sus competencias (artículos 13 al 15).
- El mayor detalle sobre el procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas, incluyendo plazos más adecuados y mayor predictibilidad en su tramitación (Título III).
- La definición de un régimen de confidencialidad (artículos 31 y 32).
- La mejor definición de multas (artículo 43) y medidas correctivas (artículo 46).

No obstante, al cabo de casi siete años de aplicación de esta norma, la Secretaría Técnica ha podido reconocer oportunidades de mejora para el Decreto Legislativo 1034, en particular, en lo que concierne a dos aspectos fundamentales: (i) la investigación y sanción de las conductas anticompetitivas más graves, es decir, las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta (cárteles); y (ii) la realización de estudios de mercado, en particular, aquellos dirigidos a emprender abogacías de la competencia. Las mejoras en estos aspectos podrían incrementar la eficacia (es decir, el cumplimiento de los objetivos trazados) y la eficiencia (es decir, el

ahorro en tiempo y recursos) en las actividades de defensa y promoción de la libre competencia.

Sobre el primer aspecto, la represión de cárteles constituye una prioridad no sólo para el Indecopi, sino para las agencias de competencia de todo el mundo. Ello, por cuánto se ha reconocido universalmente que los cárteles constituyen los esquemas más graves entre todas las prácticas anticompetitivas. Así, la OECD¹¹ ha enfatizado que «los cárteles son la más flagrante violación de las normas de competencia y perjudican a los consumidores de muchos países al elevar los precios y restringir la oferta, haciendo así que los bienes y los servicios sean completamente inaccesibles a algunos compradores e innecesariamente caros para otros» y que «una acción efectiva contra cárteles es particularmente importante desde una perspectiva internacional»¹².

De la misma manera, la ICN¹³, ha observado que «los acuerdos secretos que celebran los cárteles son un directo asalto a los principios de la competencia y son universalmente reconocidos como las más dañinas entre todas las conductas anticompetitivas. Todo debate acerca de si deben prohibirse los cárteles ha sido resuelto, en tanto que su prohibición es hoy un componente prácticamente universal de las normas de competencia»¹⁴.

De manera coherente con este rechazo enfático a los cárteles y con la necesidad de implementar medidas efectivas para reprimir y sancionar tales conductas, el Decreto Legislativo 1034 ha previsto la aplicación de una prohibición absoluta para las prácticas colusorias horizontales más graves. Sin embargo, el éxito en el combate a los cárteles puede depender, en gran medida, de que se esclarezcan o refuercen definiciones y competencias contempladas en la Ley para la investigación, calificación y sanción de tales infracciones, principalmente, en los siguientes aspectos:

- La inclusión de los «facilitadores» de cárteles como agentes sujetos al ámbito de aplicación de la Ley (artículo 2).

¹¹ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (*Organisation for Economic Co-operation and Development*), por sus siglas en inglés. La OECD reúne actualmente a 34 economías y trabaja en la discusión, difusión y promoción de asuntos en materia de libre competencia a través de su Competition Committee.

¹² «Recomendación del Consejo sobre Acción efectiva contra cárteles» (*Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*). Traducción libre de: «hard core cartels are the most egregious violations of competition law and that they injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others; () effective action against hard core cartels is particularly important from an international perspective». La Recomendación se encuentra disponible en: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193>

¹³ La Red Internacional de Competencia (*International Competition Network*), por sus siglas en inglés. La ICN, al 2013, reunía a 126 agencias provenientes de 111 países, lo que ha permitido a sus miembros el intercambio de experiencias, la convergencia en sus políticas y la difusión de mejores prácticas en *enforcement* de las normas de competencia.

¹⁴ Traducción libre de «*Secret cartel agreements are a direct assault on the principles of competition and are universally recognized as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Any debate as to whether cartel conduct should be prohibited has been resolved, as the prohibition against cartels is now an almost universal component of competition laws*». ICN Working Group on Cartels, *Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties*, Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes vol. 1, ICN 4th Annual Conference, Bonn, 2005, p. 5. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

- Mayor claridad en la definición de las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta (artículo 11.2).
- Mayor claridad en las competencias de la Secretaría Técnica en la realización de investigaciones (artículo 15).
- La reforma del procedimiento de compromisos de cese, con el objeto de que se convierta en una verdadera herramienta de terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador que permita la pronta remediación de los efectos negativos de una conducta infractora (artículo 25).
- La reforma en el sistema de exoneración o reducción de sanciones por colaboración en la investigación y sanción de cárteles (artículo 26).
- La creación de un mecanismo que incentive el reconocimiento voluntario de los cargos imputados, que permita dedicar mayores recursos a las actividades prioritarias de toda agencia de competencia.
- El establecimiento de un sistema de multas efectivamente disuasivas frente al incumplimiento de requerimientos de información u obstrucción de las actuaciones de investigación de la Secretaría Técnica, la Comisión y la Sala.
- El fortalecimiento de las capacidades de la Secretaría Técnica y la Comisión para coordinar investigaciones y tramitar procedimientos relativos a empresas o conductas desarrolladas fuera del territorio nacional (Tercera Disposición Complementaria Final).
- El fortalecimiento de las capacidades de la Secretaría Técnica para requerir información a otras entidades de la Administración Pública.

Por otro lado, en relación con los estudios de mercado¹⁵, en años recientes la Secretaría Técnica ha incrementado los esfuerzos dirigidos a la realización de este tipo de estudios, enfatizando la especial utilidad que reportan en la promoción de actividades de abogacía de la competencia por parte de la Comisión y de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi, conforme a Ley. Muestra de los mayores esfuerzos dedicados a la realización de estudios de mercado en contextos distintos a la investigación de posibles infracciones son los informes de abogacía que establecen recomendaciones para promover la competencia (i) en el mercado del servicio de examen práctico de manejo en la Región Lima; y (ii) en el mercado de servicios notariales a nivel nacional.

Asimismo, en marzo de 2015, la OECD publicó el documento «*Competencia y Estudios de Mercado en América Latina*», trabajo auspiciado por el *Prosperity Fund* del *UK Foreign and Commonwealth Office*¹⁶ en el cual se analizaron los marcos jurídicos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú; y se compararon las

¹⁵ El ICN *Advocacy Working Group* adoptó la siguiente definición de estudios de mercado, también recogida por OECD en el reporte «Competencia y Estudios de Mercado en América Latina» (2015), p. 13: «[L]os estudios de mercado son proyectos de investigación orientados a la obtención de una comprensión profunda de como los sectores, mercados o las prácticas de mercado están funcionando. Se llevan a cabo principalmente en relación a posibles preocupaciones sobre el funcionamiento de los mercados derivadas de uno o más de los siguientes factores: (i) comportamiento de los agentes económicos; (ii) la estructura del mercado; (iii) la falta de información; (iv) la conducta de los consumidores; (v) la intervención del sector público en los mercados; y (vi) otros factores que pueden dar lugar a perjuicios para los consumidores. El resultado de un estudio de mercado es un informe que contiene conclusiones basadas en la investigación, que puede concluir que el mercado está funcionando satisfactoriamente o exponer los problemas encontrados».

¹⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores británico. El *Prosperity Fund* es un programa que promueve el desarrollo sostenible, apoyando a economías emergentes en un contexto de apertura económica global.

experiencias de las agencias de competencia de dichos países en materia de estudios de mercado. El estudio publicado contiene un diagnóstico y un conjunto de recomendaciones dirigidas a reforzar las competencias de la Secretaría Técnica y la Comisión, en el marco de los procedimientos seguidos y las relaciones entabladas con los agentes involucrados o interesados, en la realización de estudios de mercado. De esta manera, tanto la experiencia de la Secretaría Técnica y la Comisión, como el diagnóstico realizado por el Secretariado del Comité de Competencia de la OECD, han permitido apreciar que, con el objetivo de mejorar el marco jurídico aplicable a la realización de estudios de mercado, con especial énfasis en aquellos estudios dirigidos a esfuerzos de abogacía de la competencia, los siguientes aspectos deben ser reforzados:

- Definición de las competencias de la Comisión (artículo 14) y la Secretaría Técnica (artículo 15) para realizar estudios de mercado y promover esfuerzos de abogacía de la competencia.
- Capacidad de la Secretaría Técnica de requerir información en el marco de estudios de mercado y sancionar el incumplimiento de tales requerimientos.
- La obligación de las autoridades administrativas destinatarias de las recomendaciones de analizarlas y responder a la Comisión en un plazo adecuado.

En tal sentido, corresponde formular propuestas que viabilicen una mejora en la definición y el alcance de las competencias de la Secretaría Técnica y la Comisión, en particular, en lo que corresponde a la investigación y sanción de cárteles, y la realización de estudios de mercado como parte de sus labores de abogacía de la competencia. Las propuestas presentadas deben encontrarse dirigidas no sólo a mejorar la eficacia de las funciones de tutela y promoción de la competencia, sino que deben, además, promover la eficiencia resolutoria, al permitir que las decisiones de estas autoridades sean oportunas, a efectos de establecer una política coherente con la finalidad de promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores, y el derecho de los administrados a obtener pronunciamientos oportunos y eficaces.

1.3. Represión de los facilitadores de cárteles (artículos 2)

La modificación del ámbito subjetivo definido en el artículo 2 de la Ley, tiene como objetivo central incluir como destinatarios de la norma a aquellas personas naturales o jurídicas que participan activamente en la planificación, ejecución o administración de un cártel, sin tener la condición de competidores en el mercado de bienes o servicios donde operan los agentes económicos miembros de un cártel (incluyendo a los funcionarios que ejercen su dirección, gestión o representación) o asociaciones o gremios que dichos agentes integran.

Se recoge de esta manera la represión de los denominados «facilitadores», es decir, personas naturales o jurídicas que, sin participar directamente en el mercado donde se produce la restricción a la competencia, realizan una función esencial para la estabilidad de un cártel, al colaborar en el planeamiento, ejecución o administración de dicha infracción.

Como ha demostrado la experiencia comparada¹⁷, la existencia de estos facilitadores es, en muchos casos, determinante en la conformación y supervivencia de los cárteles, al adoptar funciones centrales como el intercambio o diseminación de información, la realización de gestiones en beneficio del cártel o su organización logística. Por esta razón, resulta indispensable que la Ley peruana de libre competencia permita calificar su responsabilidad e imponer las sanciones o medidas correctivas correspondientes. Previsiones similares pueden ser encontradas en la jurisprudencia de países como Chile, Colombia, Estados Unidos, México y la Unión Europea.

Asimismo, la propuesta precisa que los funcionarios, directivos y servidores públicos también pueden ser calificados como infractores en tanto sean planificadores, intermediarios o facilitadores de un cártel. No obstante, para que su conducta sea sancionable, naturalmente, se requiere que su participación en la infracción no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

Al respecto, de acuerdo con la Constitución Política del Perú, la ley establece los derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos¹⁸. En este sentido, se han emitido diversas leyes dirigidas a definir el alcance de la responsabilidad administrativa, funcional, civil y penal de los funcionarios y servidores públicos al afectar bienes jurídicos relevantes para el Estado, en ejercicio indebido de los cargos que desempeñan o de los poderes que les han sido asignados.

Este tipo de normas han sido también emitidas en relación con las competencias del Indecopi, al establecer provisiones especiales que inciden sobre la conducta de los funcionarios o servidores públicos en materia de competencia, consumidor y propiedad intelectual. Así, por ejemplo, en materia de barreras burocráticas, mediante el Decreto Ley 25868, se ha conferido a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas la facultad de imponer sanciones al funcionario, servidor público o a cualquier persona que ejerza funciones administrativas y que aplique u ordene la aplicación de la barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad¹⁹.

¹⁷ Así por ejemplo, en febrero de 2015 (Caso COMP/AT.39861), la Comisión Europea sancionó a la empresa británica ICAP, agente financiero, por su participación en la administración de seis de los siete cárteles en torno a la tasa de interés del Yen (YIRD) acreditados por dicha comisión en diciembre de 2013. Considerando el grado de responsabilidad en la infracción a las normas de competencia y la gravedad de la conducta, la Comisión Europea impuso a ICAP una multa de € 14.9 millones (cerca de 17 millones de dólares americanos). Otro caso emblemático es el de AC-Treuhand AG v. Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-99/04, resuelto por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en julio de 2008.

¹⁸ **Constitución Política del Perú**
Artículo 40.- Carrera Administrativa
La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

¹⁹ **Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual**
Artículo 26 BIS.-
La Comisión impondrá sanciones al funcionario, servidor público o a cualquier persona que ejerza funciones administrativas por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, que aplique u ordene la aplicación de la barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad, en los siguientes supuestos:
a) Cuando se incumpla el mandato de inaplicación o eliminación de la barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad.
b) Cuando apliquen restricciones tributarias al libre tránsito, contraviniendo lo establecido en el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por Decreto Supremo 156-2004-EF.
c) Cuando en un procedimiento iniciado de parte se denuncie la aplicación de barreras burocráticas previamente declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad en un procedimiento de oficio, consistentes en:

En este sentido, considerando la necesidad de reforzar la respuesta del Estado frente a los cárteles, resulta indispensable desincentivar la participación de los servidores públicos en tales conductas infractoras. Esta respuesta se hace especialmente necesaria considerando el papel que determinados servidores públicos pueden tener en el éxito de un cártel. Por ejemplo, algunos funcionarios encargados de la administración de recursos y la toma de decisiones en el marco de procesos de contratación pública podrían infringir no solo la normativa en la materia, sino también las normas de competencia, coadyuvando a la existencia de cárteles a través del establecimiento coordinado de posturas, ofertas o precios de adjudicación, así como la asignación o reparto de procesos, por territorio o unidad contratante.

Este tipo de sanciones son aplicables en la generalidad de jurisdicciones, donde la participación de funcionarios públicos en el fraude al Estado mediante restricciones a la competencia es duramente reprimida²⁰. Por esta razón, en jurisdicciones como México, la agencia de competencia (Cofece) ha tomado un rol activo en el reproche a funcionarios públicos, cuando participan como coadyuvantes en la conformación o mantenimiento de cárteles²¹. Este mismo objetivo han perseguido Colombia^{22 23} y

-
1. Incumplir disposiciones legales en materia de simplificación administrativa.
 2. Incumplir disposiciones legales que regulen el otorgamiento de licencias, autorizaciones y permisos para la ejecución de obras y realización de actividades industriales, comerciales o de servicios, públicos o privados.
 3. Incumplir disposiciones legales que regulen el despliegue de infraestructura en servicios públicos.
 4. Otras disposiciones administrativas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad previamente por la Comisión.

Para el inicio del procedimiento sancionador de los supuestos previstos en el literal c) del presente artículo, es requisito que la resolución de la Comisión que declara la barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad sea publicada previamente en el diario oficial El Peruano y haya quedado firme o fuera confirmada por el Tribunal del INDECOPI.

²⁰ **Código Penal Español**
Artículo 436.-

La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.

²¹ Así, véase por ejemplo el caso de Fernando Vargas Ángeles contra el Ayuntamiento de Tuxtla Gutiérrez (Estado de Chiapas) y otros, sobre división del mercado de reparto de tortillas (Exp. DE-014-2010). Asimismo, de acuerdo con la recientemente aprobada Ley Federal de Competencia Económica, pueden ser multados todos aquellos que «*hayan coadyuvado, propiciado o inducido en la comisión de prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas o demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados en términos de esta Ley*».

²² **Decreto 2153 de 1992, modificado por el Decreto 1340 de 2009**
Artículo 46.- Prohibición

() Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico. [Énfasis agregado]

²³ Para un desarrollo de esta posición, véase: SERRANO, Felipe, *El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico*, 19 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 147-182 (2011).

España²⁴ al introducir en su legislación la posibilidad de sancionar este tipo de excesos cometidos por funcionarios públicos.

Finalmente, como en el caso de cualquier otro agente que incurre en una infracción sujeta a la prohibición absoluta, a los facilitadores les corresponderán las sanciones y medidas correctivas actualmente previstas en el primer inciso del artículo 43 de la Ley, sea que se trate de personas naturales o de personas jurídicas, como de sociedades irregulares u otros agentes comprendidos en el artículo 2.1 de la Ley.

1.4. Definición de cárteles (artículo 11, inciso 2)

En relación con el artículo 11.2, no se realizan modificaciones sustanciales. La modificación propuesta tiene por objetivo, únicamente, dotar de mayor claridad a la definición de las conductas sujetas a la prohibición absoluta²⁵ (conocidos en la doctrina comparada como *hard core cartels* o, simplemente, cárteles), con la finalidad de comprender a la diversidad de prácticas colusorias horizontales: acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas, en alguna de las modalidades ya descritas en la norma vigente: (i) la concertación de precios, (ii) la limitación de la producción, (iii) el reparto de mercado y (iv) las licitaciones colusorias.

Asimismo, se siguen manteniendo como requisitos para que una práctica colusoria horizontal se encuentre sujeta a la prohibición absoluta, el que se trate de una restricción inter marca y que no sea complementaria o accesoria a otros acuerdos lícitos.

1.5. Facultades en la realización de estudios de mercado (artículos 14 y 15)

Como se ha mencionado anteriormente, en marzo de 2015, el Secretariado del Comité de Competencia de OECD publicó el documento «*Competencia y Estudios de Mercado en América Latina*», donde puede encontrarse un análisis individual y comparado de los ordenamientos jurídicos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú; en la realización de estudios de mercado. Al respecto, los estudios de mercado han sido definidos en los siguientes términos²⁶:

²⁴ Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia
Artículo 4.- Conductas exentas por ley
() 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal. [Énfasis agregado]

²⁵ Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 8.- Prohibición absoluta.-
En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

²⁶ OECD, *Competencia y Estudios de Mercado en América Latina*, (2015), p. 13. Traducción de la definición esbozada por el ICN Advocacy Working Group, Market Studies Project Report, 8th Annual Conference of the ICN, Zurich, June 200, p. 28: «*Market studies are research projects conducted to gain an in-depth understanding of how sectors, markets, or market practices are working. They are conducted primarily in relation to concerns about the function of markets arising from one or more of the following: (i) firm behaviour; (ii) market structure; (iii) information failure; (iv) consumer conduct; (v) public sector intervention in markets (whether by way of policy or regulation, or direct participation in the supply or demand side of markets) and (vi) other factors which may give rise to consumer detriment. The output of a market study is a report containing findings based on the research. This may find that the market is working satisfactorily or set out the problems found. Where problems are found the market study report can include: (i) recommendations for action by others, such as legislatures, government departments or agencies, regulators, and business or consumer bodies;*

«[L]os estudios de mercado son proyectos de investigación orientados a la obtención de una comprensión profunda de como los sectores, mercados o las prácticas de mercado están funcionando. Se llevan a cabo principalmente en relación a posibles preocupaciones sobre el funcionamiento de los mercados derivadas de uno o más de los siguientes factores: (i) comportamiento de los agentes económicos; (ii) la estructura del mercado; (iii) la falta de información; (iv) la conducta de los consumidores; (v) la intervención del sector público en los mercados; y (vi) otros factores que pueden dar lugar a perjuicios para los consumidores. El resultado de un estudio de mercado es un informe que contiene conclusiones basadas en la investigación, que puede concluir que el mercado está funcionando satisfactoriamente o exponer los problemas encontrados».

Dicho trabajo contiene un conjunto de recomendaciones dirigidas a reforzar las competencias de las autoridades, los procedimientos seguidos y las relaciones entabladas con los agentes involucrados o interesados, en el marco de la realización de estudios de mercado, para mejorar el empleo de esta herramienta en la promoción del funcionamiento de los mercados. En lo que respecta a Perú, dicho estudio resaltó como aspectos positivos, entre otros, los siguientes:

- El Indecopi cuenta con especialistas encargados de la realización de estudios de mercado.
- En la realización de estudios de mercado, se informa a los administrados las razones por las cuales tales estudios se llevan a cabo y se cuentan con medidas para garantizar la información proporcionada por los administrados, cuando sea solicitado.
- Los resultados finales de los estudios de mercado sea hacen públicos.

Sin perjuicio de lo señalado, el reporte encontró debilidades o áreas para mejora, principalmente referidos a los siguientes aspectos:

- La dedicación de mayores recursos humanos y económicos a la realización de estudios de mercado, y a la capacitación de personal dedicado, principalmente, a esta actividad.
- La formulación de disposiciones específicas o lineamientos para la realización de estudios de mercado, con la finalidad de mejorar las relaciones con los administrados.
- La necesidad de que las autoridades a quienes se dirigen las recomendaciones en el marco de los estudios de mercado den respuesta pública, motivada y oportuna a la autoridad de competencia, bajo responsabilidad.

Por otro lado, la experiencia de la Secretaría Técnica y la Comisión en la realización de estudios de mercado ha demostrado que, en efecto, existen aspectos que deben ser reforzados para dotar de mayor eficacia a dicha herramienta, en particular, en lo

and/or (ii) commitments by the competition (or competition and consumer) authority itself to take advocacy and/or enforcement action».

que se refiere a esfuerzos de abogacía de la competencia, dirigidos esencialmente a recomendar la eliminación de restricciones o la emisión de instrumentos públicos para la promoción de la competencia en los distintos mercados²⁷. En particular, resultan necesarias las siguientes mejoras:

- Mayor especificidad en las competencias de la Secretaría Técnica y la Comisión para la realización de estudios de mercado, con especial énfasis en la realización de abogacías de la competencia.
- Mayor claridad en la capacidad de requerir información a los agentes que se desenvuelven en el mercado analizado, bajo apercibimiento de imponerse sanciones.
- La obligatoriedad de que las autoridades administrativas a quienes se dirigen las recomendaciones en el marco de las abogacías de la competencia, respondan oportuna y detalladamente a las propuestas planteadas por la Comisión.

En tal sentido, en línea con las recomendaciones de la OECD y la propia experiencia de la Secretaría Técnica y la Comisión, se propone la modificación de los artículos 14 y 15 de la Ley, con el objetivo de esclarecer el alcance de las competencias de la Comisión y la Secretaría para la realización de estudios de mercado, en particular, en el marco de sus actividades de abogacía de la competencia.

Al respecto, con el objetivo de que el procedimiento sea más expeditivo y autónomo, se propone que la Comisión plantee sus recomendaciones directamente a la autoridad competente para implementarlas, así como a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas, como supervisores de la política económica general del Estado.

Asimismo, en lo que respecta al artículo 14, se propone establecer que cuando el Indecopi plantee a las autoridades administrativas recomendaciones para la promoción de la competencia, dichas autoridades administrativas tendrán la obligación de comunicar a la Comisión, de manera fundamentada, su posición frente a las recomendaciones planteadas en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles, bajo responsabilidad.

1.6. Facultades de investigación de la Secretaría Técnica (artículo 15)

El artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034 regula las facultades de investigación conferidas a la Secretaría Técnica. Entre ellas, destaca la facultad para realizar visitas de inspección, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos. En particular, las visitas de inspección sin previa notificación (conocidas a nivel internacional como *dawn raids*) permiten a la autoridad investigadora tener acceso inmediato a libros, registros, documentación, bienes, desarrollo de procesos productivos, entre otros, que se encuentren en las instalaciones de la empresa.

²⁷ En años recientes la Secretaría Técnica y la Comisión han planteado recomendaciones en el marco de sus funciones de abogacía de la competencia, entre otros, a la Municipalidad de Trujillo (2010), al OSCE (2011), al MTC (2014) y al MINJUS (2014).

Para que la Secretaría Técnica y la Comisión puedan cumplir con su labor de detección y sanción de conductas anticompetitivas, en línea con el mandato contenido en el artículo 61 de la Constitución, resulta imprescindible reconocer el papel de las visitas de inspección como una herramienta determinante en el combate de tales infracciones²⁸, con especial énfasis en los cárteles, considerados, como se ha observado, como las conductas más dañinas para la competencia y el bienestar de los consumidores. En efecto, debido al carácter generalmente encubierto de los cárteles y a la posibilidad de que las pruebas de su existencia puedan ser alteradas, escondidas o fácilmente destruidas, las visitas de inspección inopinadas se convierten en la primera herramienta de investigación que utilizan las autoridades de defensa de la competencia.

Por ello, con la finalidad de otorgar mayor claridad a las facultades de la Secretaría Técnica y brindar mayor predictibilidad a los administrados, la modificación propuesta aclara el alcance del literal (a) del artículo 15.3 e incorpora el literal (d), que prevé la posibilidad de que la Secretaría Técnica solicite autorización judicial para levantar el secreto de las comunicaciones. Asimismo, la modificación propuesta aclara el procedimiento de autorización judicial contenido en los incisos (i) al (vii) del literal (c) del artículo 15.3

En particular, es necesario advertir que la propuesta reemplaza al Juez Penal que debería otorgar la autorización judicial por el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo con competencia para conocer de las impugnaciones contra las decisiones de los órganos resolutivos del Indecopi²⁹. Si bien todos los jueces se encuentran en capacidad de decidir sobre el alcance de posibles limitaciones de derechos sustentadas en la necesidad de las autoridades de la Administración Pública de cumplir con los mandatos legales y constitucionales a su cargo, en numerosas ocasiones, los indicios sobre posibles infracciones que arrojan las investigaciones preliminares realizadas por la Secretaría Técnica se sustentan en información analizada a través de herramientas econométricas que se explican a través de teoría económica, matemática y estadística.

En tal sentido, resulta más coherente que el encargado de emitir una autorización para levantar el secreto de las comunicaciones, en los casos que corresponda, sea el Juez familiarizado con los temas de competencia del Indecopi en lugar del Juez Penal. En tal sentido, el Juez contencioso administrativo con competencia para revisar los actos administrativos emanados del Indecopi están en mejor capacidad de sopesar la necesidad de dotar de efectividad a las investigaciones emprendidas por la Secretaría Técnica frente a la necesidad de garantizar que el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas no sea vulnerado.

²⁸ Ver considerando 63 de la Resolución 1263-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008.

²⁹ Cabe recordar que, mediante Resolución Administrativa N° 206-2012-CE-PJ, del 24 de octubre de 2012, se crearon en la Corte Superior de Justicia de Lima nueve Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo con subespecialidad en temas donde sean parte la SUNAT y el Indecopi. En virtud de lo dispuesto en la Resolución Administrativa N° 1032-2013-CE-PJ, del 12 de junio de 2013, tres Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo con subespecialidad en temas donde sea parte el Indecopi iniciaron sus funciones desde el 16 de julio de 2013. Actualmente existen nueve Juzgados y dos Salas Superiores Especializadas en lo Contencioso Administrativo con subespecialidad tributaria, aduanera y de mercado.

Finalmente, se dispone que el Juez no podrá comunicar a las personas o empresas que fueron objeto de la solicitud de la Secretaría Técnica su decisión de autorizar o denegar dicha solicitud, con el objetivo de no alertar a los potenciales infractores sobre las acciones de investigación de la autoridad.

1.7. Compromiso de cese (artículo 25)

Según el marco regulatorio actual, la aprobación de un compromiso de cese supone la suspensión del procedimiento administrativo sancionador a cambio del cumplimiento de medidas propuestas por el investigado (o investigados) en un procedimiento. La importancia de esta figura radica en que podría garantizar el inmediato restablecimiento del proceso competitivo y la oportuna corrección de las distorsiones que se presentan en el mercado a un bajo costo, permitiendo a la agencia de competencia ahorrar los recursos que serían irrogados en costosos procesos administrativos y judiciales. A pesar de los potenciales beneficios de este mecanismo, cabe mencionar que, desde la vigencia del Decreto Legislativo 1034, esta herramienta ha sido utilizada únicamente en tres oportunidades.

La falta de eficacia de este mecanismo estaría, en primer lugar, vinculada a la restricción a la aplicación de un compromiso de cese en aquellos casos en los que la conducta anticompetitiva imputada haya podido causar una grave afectación al bienestar de los consumidores. Sin embargo, son las conductas más graves las que exigen una respuesta más inmediata por parte de la autoridad, con lo cual, el ofrecimiento voluntario de medidas efectivas para contrarrestar los efectos negativos de una infracción no sólo podría permitir el oportuno y eficaz cumplimiento de las funciones de la Secretaría Técnica y la Comisión, sino que permitiría asegurar que los destinatarios últimos de las normas de libre competencia, los consumidores, se vean inmediatamente beneficiados con este sistema.

Por ello, con la intención de favorecer el uso de este mecanismo, la propuesta plantea determinadas modificaciones al artículo 25 del Decreto Legislativo 1034. Esencialmente, la propuesta busca reemplazar las reglas actualmente contempladas en la Ley, que establecen un trámite únicamente dirigido a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador por conductas de menor gravedad, por un sistema de efectiva «*terminación anticipada*» del procedimiento en aquellos casos donde los agentes imputados, de manera voluntaria, ofrezcan medidas para corregir las distorsiones generadas sobre la competencia y el bienestar de los consumidores.

En ese sentido, la reformulación del mecanismo del compromiso de cese tiene por objetivo que éste alcance la importancia en eficacia y eficiencia que, por ejemplo, en materia penal, pueden alcanzar los procesos de terminación anticipada. Recogido en el Nuevo Código Procesal Penal³⁰, mediante el proceso simplificado de terminación anticipada, el fiscal y el imputado pueden proponer al Juez la culminación del proceso, mediante la aceptación de un acuerdo sobre la responsabilidad penal del imputado, las penas y las medidas para reparar los daños provocados³¹. En ese sentido, el

³⁰ Decreto Legislativo 957, publicado el 29 de julio de 2004, artículos 468 y ss.

³¹ Básicamente, si el Fiscal y el imputado llegan a un acuerdo acerca de: (i) el hecho punible, (ii) la pena (que no necesariamente será privativa de la libertad), (iii) la reparación civil, y (iv) las consecuencias accesorias a imponer; podrán proponer al Juez la terminación anticipada del proceso. De estimarlo procedente y razonable, el juez dictará sentencia anticipada, en la cual incluirá, además, un beneficio adicional de reducción de una

procedimiento de terminación anticipada demuestra su utilidad, al garantizar la pronta y efectiva administración de justicia en sede penal, la reparación de daños provocados sobre las posibles víctimas y la generación de ahorros que pueden ser derivados hacia la persecución de otras infracciones punibles.

Estas premisas resultan ciertamente aplicables al procedimiento de sanción de conductas anticompetitivas, en tanto manifestación del Derecho sancionador. En este sentido, la propuesta busca que los agentes imputados puedan recurrir, de manera voluntaria, a un mecanismo bajo el cual consigan una decisión efectiva en un corto plazo, sustituyéndose las onerosas multas que podrían haberse impuesto en un procedimiento administrativo sancionador regular por medidas correctivas que aseguren el restablecimiento del proceso competitivo y la reversión de los efectos nocivos que la conducta infractora haya podido provocar.

Para lograr esta finalidad, en primer lugar, se ha eliminado la restricción antes existente para conductas que hayan podido causar una grave afectación al bienestar de los consumidores. Con esta modificación, se busca incentivar que los agentes imputados por tales conductas soliciten la terminación anticipada del procedimiento a cambio de ofrecer medidas eficaces para contrarrestar los efectos de su actuación antijurídica. Siendo los procedimientos sobre conductas anticompetitivas especialmente graves aquellos sobre los cuales los imputados podrían enfrentar las multas más elevadas, la propuesta trata de limitar los incentivos a contestar y objetar indebidamente las decisiones de la agencia de competencia y redireccionar tales esfuerzos hacia una solución anticipada de la controversia, precisamente, para garantizar en mejor medida el bienestar de los consumidores.

Asimismo, la propuesta establece que las medidas correctivas serán parte esencial del ofrecimiento de los agentes que soliciten la aprobación de un compromiso de cese. Siendo coherentes con la finalidad de proteger la competencia para promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores, estas medidas permitirán dotar de mayor eficacia a las decisiones de la Comisión:

- Medidas correctivas de prevención: Conforme establece el artículo 46 de la Ley, estas medidas están dirigidas a asegurar el restablecimiento del proceso competitivo y a garantizar que el solicitante no incurrirá en reincidencia.
- Medidas correctivas de restitución: Se trata de medidas dirigidas a reparar o revertir los efectos de la conducta ilegal.
- Medidas complementarias: De acuerdo con lo establecido en la Ley, los solicitantes de un compromiso de cese podrán ofrecer cualquier tipo de medida complementaria que evidencie su propósito de enmienda.

Como se puede observar, en la propuesta, los ahorros en recursos de la autoridad administrativa no constituyen el único beneficio derivado de la introducción de un mecanismo como el compromiso de cese. En este caso, los consumidores podrían

sexta parte de la pena. Cabe recalcar que si no se llega a un acuerdo, las declaraciones introducidas por el imputado no podrán ser utilizadas en su contra. Esta solicitud se tramita en cuaderno aparte y no impide la continuación del proceso.

verse inmediatamente beneficiados como consecuencia de la aplicación de las distintas medidas destinadas a revertir los efectos de la conducta anticompetitiva, lo cual contribuye a la eficacia integral del sistema de defensa de la libre competencia.

El compromiso de cese requerirá el acuerdo con respecto a las medidas correctivas aplicables. Con la aprobación de la propuesta, la Comisión emitirá una resolución dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador únicamente respecto del imputado a quien se le hubiese aprobado el compromiso de cese y estableciendo las medidas correctivas y de reparación que correspondan, las que sustituirán la multa a la que hubiera dado lugar la conducta infractora.

Considerando que no existe una restricción sobre la base de la gravedad de la conducta materia del compromiso de cese, resulta coherente establecer que, en caso de incumplimiento, los agentes pueden encontrarse sujetos a las sanciones correspondientes a las infracciones graves, es decir, a multas hasta de 1 000 Unidades Impositivas Tributarias y hasta el 10% de los ingresos brutos del infractor o su grupo económico, en el último ejercicio, en los términos del artículo 43.1 de la Ley vigente. También podrán aplicarse multas coercitivas, conforme al artículo 47 de la Ley, para forzar la ejecución de las medidas correctivas y complementarias.

Finalmente, se han precisado los plazos aplicables a las respectivas decisiones de la Secretaría Técnica y la Comisión, así como algunos aspectos procedimentales correspondientes al alcance temporal de las medidas a las que los imputados se comprometerán, y durante el cual se podrá verificar el cese de la conducta anticompetitiva denunciada o la reversión de sus efectos.

Cabe observar que, en este ámbito, la propuesta de modificación se encuentra en línea con la tramitación de procedimientos de terminación anticipada a nivel comparado. Así, es el caso de la figura de la «*terminación convencional*», recogida en el artículo 52 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia española y que constituye un mecanismo de negociación similar al compromiso de cese regulado por nuestro ordenamiento³². Asimismo, la Comisión Europea reconoce la posibilidad de transacciones como mecanismo de terminación anticipada de los procedimientos a su cargo³³.

Esta propuesta sigue, también, la lógica de los «*plea agreements*», mecanismos utilizados en jurisdicciones como Australia, Canadá, Estados Unidos, Francia y Nueva Zelanda, con el objetivo de culminar procesos sobre conductas anticompetitivas de manera más expeditiva. La razón del incentivo se encuentra en que el allanamiento a la imputación de cargos y el reconocimiento de los hechos que la sustentan pueden

³² BENEYTO, José María. *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 395: «Este instrumento debe enmarcarse precisamente dentro del ámbito de la eficacia administrativa () que persigue la mejor y más rápida satisfacción del interés público sin quiebra del principio de legalidad. Por lo tanto, cuando así lo disponga la norma, la Administración podrá ejercitar su margen de discrecionalidad sustituyendo el acto administrativo unilateral por un acuerdo o convenio»

³³ Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel. En dicho contexto, la solicitud de transacción incluirá, entre otros, el reconocimiento de responsabilidad de la infracción y la indicación del importe máximo de la multa que las partes aceptarían en el marco de un procedimiento de transacción. El beneficio que obtienen los imputados que se acojan a la solicitud de transacción consiste en la reducción de la multa al importe resultante.

implicar un ahorro significativo en los recursos limitados con que cuentan las autoridades para la realización de sus actividades de promoción o protección de la libre competencia³⁴.

1.8. Procedimiento de exoneración de sanción (artículo 26)

Una de las modificaciones más importantes corresponde al régimen de exoneración de sanción, denominado en otras jurisdicciones Programa de clemencia (*Leniency program*), de delación compensada, de inmunidad y de colaboración, entre otros. La propuesta tiene dos finalidades complementarias. Por un lado, busca establecer reglas más claras sobre el trámite de solicitudes de exoneración o reducción de sanción. En segundo lugar, busca maximizar los incentivos para que los agentes económicos que han incurrido en cárteles –es decir, prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibiciones absolutas–, se acojan al sistema de clemencia a cambio de colaborar con la Comisión y la Secretaría Técnica en la detección, investigación y sanción de tales conductas. Este sistema podría incluso ser aplicable, bajo determinadas circunstancias, a otras prácticas colusorias³⁵.

Originado en la práctica de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1978, y reforzado en 1993, el Programa de clemencia es una de las herramientas que ha mostrado la mayor efectividad y eficacia en la desestabilización, detección y represión de cárteles en otras jurisdicciones. 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. Únicamente el primer agente económico en confesar y aportar pruebas sobre la existencia del cártel se hará acreedor de la máxima recompensa, la exención del total de la sanción que le hubiera sido impuesta de no haber prestado su colaboración a la autoridad de competencia. De este modo, lo que se busca es generar lo que se conoce en otras jurisdicciones como «*race to the courthouse*» porque solo el primero, «el ganador de la carrera», se llevará la mejor recompensa³⁶.

³⁴ Al respecto, véase: OECD, *Plea Bargaining*, Policy Roundtables, 2006, (DAF/COMP(2007)38). Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/40080239.pdf>

³⁵ Así, por ejemplo, en el Reino Unido es posible plantear una solicitud de clemencia a la Competition and Markets Authority, CMA (antes Office of Fair Trading, OFT), por la comisión de una restricción vertical, en casos de fijación de precios de reventa. Al respecto, véase el documento *Applications for leniency and no-action in cartel cases, OFT's detailed guidance on the principles and process* (2013), disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf

Asimismo, en Alemania, recientemente se sancionó a un conjunto de empresas y distribuidores en un caso de restricciones verticales en el sector de alimentos, por el mantenimiento concertado de precios de reventa. En este caso, también se aplicaron beneficios bajo el Programa de inmunidad de dicha jurisdicción. Al respecto, véase: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/18_06_2015_Vertikalfall.html

³⁶ «*The more anxious a company is about the fact that its cartel participation may be discovered by the government, the more likely it is to report its wrongdoing in exchange for amnesty. If cartel members perceive a genuine risk of detection, then an amnesty program can build on that fear and create distrust and panic among the cartel members. The cartel members can no longer afford to trust one another. The rewards for self-reporting are too great, the consequences of getting caught too severe. The dynamic literally creates a race to be the first to the enforcer's office.*». HAMMOND, Scott D. (2004), *Cornerstones of an Effective Leniency*

De esta manera, en esencia, los programas de clemencia tienen como propósito ofrecer y crear incentivos a los miembros de cárteles para que confiesen la conducta ilícita y apoyen a las autoridades de competencia brindando información que acrediten la existencia del cártel, de sus reuniones, del intercambio de información y de sus características, es decir, ofreciendo pruebas que posibiliten acreditar la existencia del cártel. El objetivo es quebrar el secretismo con el cual operan los miembros de un cártel. De esta manera, aquellos agentes económicos que se acerquen a la autoridad de competencia brindando información que permita detectar y acreditar la infracción cometida, serán recompensados mediante la exención o reducción de las posibles sanciones administrativas o penales que les hubiera correspondido, según cada jurisdicción.

No obstante su reconocimiento desde el Decreto Legislativo 807, de 1996, y su posterior inclusión en el Decreto Legislativo 1034, del 2008, esta figura no fue utilizada sino hasta el año 2012, en el que se presentó la primera solicitud de exoneración de sanción. La experiencia de la Secretaría Técnica aplicando el vigente artículo 26 del Decreto Legislativo 1034 ha demostrado que la falta de eficacia de la herramienta en él contenida se debe, por un lado, a la falta de claridad en las reglas aplicables, que no genera incentivos adecuados a la presentación de solicitudes de exoneración de sanción y, por otro, a la limitada difusión del programa.

En tal sentido, con la intención de potenciar el uso de esta herramienta y clarificar algunos puntos en su aplicación, la propuesta legislativa plantea reformular el artículo 26, haciendo énfasis en cuatro aspectos principales:

- (i) La implementación de un sistema de «*marcadores*» o «*indicadores*», que garanticen, durante un plazo determinado, el orden de prelación del solicitante, con la finalidad de que reúna y presente toda la información vinculada al caso.
- (ii) Mayor precisión en las competencias concretas de la Secretaría Técnica y la Comisión frente a solicitudes de exoneración o reducción de sanción, antes y después de iniciado un procedimiento administrativo sancionador, así como en el procedimiento aplicable, con la finalidad de brindar predictibilidad al procedimiento e incentivar el uso de este mecanismo.
- (iii) La aclaración de ciertas reglas concernientes a la participación de segundos y subsiguientes solicitantes en el programa de exoneración de sanción.
- (iv) La precisión de que el agente que ejerció coerción sobre otros para formar o mantener un cártel únicamente podrá acceder a una reducción de la sanción aplicable, y no a la exoneración total, con la finalidad de desincentivar comportamientos estratégicos y desestabilizar la formación de cárteles.

Cabe señalar que muchas de las propuestas aquí presentadas se encuentran alineadas con las recomendaciones efectuadas por el Banco Mundial, en el marco del convenio de asesoría suscrito en 2014 con el Indecopi, dirigido a implementar un programa de clemencia integral y efectivo en el Perú.

Program, discurso realizado en el *ICN Workshop on Leniency Programs Sydney*, Australia. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>

A continuación se desarrollan los fundamentos que sustentan la nueva fórmula normativa propuesta en cada uno de los aspectos antes mencionados:

(i) Implementación de un sistema de «marcadores»

Como se ha sido descrito líneas arriba, la decisión que toma un agente económico de postular al programa de clemencia implica una «carrera» contra aquellos otros agentes que hayan formado parte de la conducta anticompetitiva que se busca delatar, ya que sólo el primero de ellos podrá obtener una exoneración total de la sanción que pueda imponerse. De esta forma, no es inusual que, en aquellas jurisdicciones donde los programas de clemencia son utilizados de forma usual y efectiva, se presenten diversas solicitudes en un período de tiempo muy cercano, lo cual podría provocar problemas en determinar de manera adecuada el nivel de información necesaria para que una solicitud se considere «completa» y el orden de prelación en que estas solicitudes serán evaluadas.

Para evitar estos inconvenientes, se ha introducido una herramienta que elimina la discrecionalidad al momento de evaluar la presentación de solicitudes de clemencia y que, además, brinda predictibilidad a los agentes económicos que busquen acogerse a esta figura: se trata del sistema de «marcadores» (*marker system*) o, como se denominan en el sistema comunitario, «indicadores».

De acuerdo con la definición utilizada por la *International Competition Network* (ICN)³⁷, un sistema de marcadores «permite, por un período determinado, reservar un puesto para el solicitante de clemencia mientras éste realiza investigaciones internas con la finalidad de obtener información que le permita perfeccionar su solicitud de clemencia»³⁸. De esta forma, al momento de presentar su solicitud de clemencia, el solicitante recibe un marcador que registra de manera precisa el momento (fecha y hora) en la que tal solicitud es presentada. La finalidad de este marcador radica en que, mientras el solicitante lo posea y cumpla con entregar información adicional a la autoridad dentro del período estipulado, ningún otro solicitante podrá «robar su puesto en la fila»³⁹. La experiencia comparada ha demostrado que esta práctica permite reducir la incertidumbre que un solicitante de clemencia enfrenta al momento de revelar la infracción de la que ha sido parte, por lo que ha sido adoptada por las autoridades de competencia de Alemania, Chile, España, Estados Unidos, México, Reino Unido, la Unión Europea, entre otros⁴⁰.

³⁷ La ICN es una organización internacional conformada por las autoridades de competencia de los Estados miembros de ésta. Su misión principal es la promoción del derecho de la competencia en el mundo y la colaboración entre las autoridades encargadas de la política de competencia en cada Estado miembro.

³⁸ Traducción libre de: «A “marker” system [is] the practice of reserving a place for a leniency applicant for a defined period of time whilst it conducts further internal investigation and attempts to perfect its application for leniency». En: ICN, *Anti-cartel Enforcement Manual*, Capítulo 2, *Drafting and implementing an effective leniency policy*. Documento elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Cárteles de la ICN (2014).

³⁹ OECD, *Use of Markers in Leniency Programs*, Nota de la Secretaría General, 16 de diciembre de 2014, p. 5.

⁴⁰ Ver: Sección E de la Nota no. 9/2006 sobre el Programa de Clemencia alemán, publicada por la *Bundeskartellamt* (autoridad de competencia alemana) el 7 de marzo de 2006; Sección IV de la *Guía Interna Sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión* de octubre de 2009, publicada por

En sintonía con lo expuesto, la propuesta legislativa plantea modificar el artículo 26.2 y establecer un sistema de marcadores que permita garantizar el puesto obtenido por un solicitante de clemencia en relación con otras solicitudes que puedan presentarse con posterioridad. Con la finalidad de confirmar su orden de prelación y perfeccionar su solicitud de clemencia, el solicitante deberá presentar la información que la Secretaría Técnica le requiera dentro del plazo establecido, el cual podrá prorrogarse de ser necesario. Si el solicitante no cumple con los requerimientos de la Secretaría Técnica dentro de dicho plazo, perderá la prelación otorgada y ésta será asumida por el siguiente solicitante en la fila.

(ii) Precisión en las competencias de la Secretaría Técnica y la Comisión en casos de clemencia

El fraseo actual del artículo 26.1 del Decreto Legislativo 1034 señala que tanto la Secretaría Técnica como la Comisión participan en el proceso de tramitación de una solicitud de exoneración de sanción. Así, dicho artículo dispone que «*de estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado [la solicitud de exoneración de sanción a cambio de su colaboración]*».

Aunque el párrafo citado ha sido interpretado por la Secretaría Técnica en términos favorables a los solicitantes, nada obsta que la Comisión pueda decidir, contrariamente a la recomendación de la Secretaría Técnica, denegar el ofrecimiento efectuado incluso cuando el solicitante cumpla con su deber de colaboración. Ello es así porque el fraseo del artículo no impone una obligación (*deberá aceptar*) sino una potestad (*podrá aceptar*). Por consiguiente, aunque la Secretaría Técnica considere que el ofrecimiento efectuado por el solicitante califica para obtener una exoneración de la multa que podría imponerse, la Comisión podría apartarse de dicha recomendación.

Esta situación podría diluir los incentivos a la colaboración, puesto que, además de los riesgos inherentes a la revelación de la conducta infractora de la que ha sido parte y el máximo esfuerzo que debe desplegar para cumplir con su deber de colaborar con la Secretaría Técnica, el solicitante debe sumar la incertidumbre provocada al no saber si la Comisión aceptará o no su ofrecimiento, una vez finalizado el procedimiento administrativo sancionador correspondiente e impuestas las sanciones respectivas.

la Fiscalía Nacional Económica de Chile; artículos 46.4, 46.5 y 47.3 del Real Decreto 261/2008, del 22 de febrero de 2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia de España; pregunta número 2 de los lineamientos del Departamento de Justicia de los Estados Unidos sobre programa de clemencia (*Frequently asked questions regarding the Antitrust Division's Leniency Program and model leniency letters*) de noviembre de 2008; numerales 3, 4 y 5 de la Sección IV de la *Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones*, publicada en marzo de 2013 por la Comisión Federal de Competencia de México; numerales 4.1 a 4.20 de los lineamientos sobre programa de clemencia de la *Office of Fair Trade* (actual *Competition and Markets Authority*), autoridad de competencia del Reino Unido, publicados en julio del 2013; y, numeral 15 de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11), del 8 de diciembre de 2006.

El escenario descrito se complica aún más cuando, en el artículo 26.2, se establece que la suscripción del compromiso de exoneración de sanción y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de sanción respecto de la conducta llevada a cabo. La redacción de este artículo permitiría afirmar que la observancia de estos requisitos sería suficiente para que un solicitante de clemencia sea exonerado de la multa a imponerse. No obstante, ello colisiona con el texto del inciso anterior, pues aunque la Secretaría Técnica, que es el órgano de investigación con el cual colabora el solicitante, verifique el debido cumplimiento de su deber de colaboración, la Comisión podría denegar su pedido en ejercicio de la discrecionalidad contenida en tal disposición.

Por lo demás, debe reconocerse que la redacción de los artículos 26.1 y 26.2 es confusa y que las etapas del procedimiento de exoneración de sanción no han sido adecuadamente delimitadas. Para superar estas debilidades y reducir la incertidumbre en los posibles solicitantes, la propuesta legislativa plantea modificar los artículos 26.1 y 26.2, de tal forma que se establezca claramente el procedimiento que deberá seguirse desde que la Secretaría Técnica recibe una solicitud de exoneración de sanción, sin perjuicio de que los detalles del procedimiento puedan ser definidos mediante lineamientos expedidos por la Comisión, tal como se propone en el nuevo artículo 26.6.

Así, adicionalmente al sistema de marcadores antes reseñado, se ha descrito el procedimiento, incluyendo los pasos y requisitos necesarios para la suscripción del compromiso de exoneración de sanción entre el solicitante y la Secretaría Técnica. Del mismo modo, se han detallado los derechos y obligaciones, tanto del solicitante como de la Secretaría Técnica, luego de la suscripción del compromiso de exoneración de sanción, siendo el deber de colaboración por parte del solicitante el más importante de ellos.

Finalmente, se propone limitar la discrecionalidad de la Comisión y establecer que, a menos que la Secretaría Técnica corrobore el incumplimiento del deber de colaboración por parte del solicitante, la Comisión deberá otorgar la exoneración o reducción de la multa, según corresponda. La única excepción tendrá lugar cuando las pruebas revelen, de manera indubitable, que el colaborador ejerció coerción sobre los demás agentes para que integren o ejecuten el cártel, a quien únicamente puede corresponderle el beneficio de reducción de la sanción. Esta solución es similar a la utilizada en otras jurisdicciones en las que dos autoridades pueden intervenir en el procedimiento de solicitud de clemencia⁴¹.

Así, en el caso chileno, en el que tanto la Fiscalía Nacional Económica como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia intervienen en el otorgamiento del beneficio de inmunidad, el cuarto párrafo del tercer literal del artículo 39 bis de la Ley de Competencia chilena dispone que, en caso se acredite la conducta investigada, el Tribunal no podrá apartarse de la recomendación hecha por el

⁴¹

A diferencia de otras jurisdicciones, como Estados Unidos, el Reino Unido o la Unión Europea, en las que la autoridad de competencia encargada de la investigación de conductas anticompetitivas y con poderes para negociar las solicitudes de exoneración de sanción puede decidir, por sí misma y sin necesidad de que dicha decisión sea confirmada por otra, otorgar la inmunidad a aquel agente económico que, a su criterio, sea merecedor de tal beneficio.

Fiscal y no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción, a menos que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador, mediante coacción, de la conducta⁴².

Con esta modificación, se busca garantizar a todo solicitante de clemencia que sus pedidos de exoneración o reducción de sanción no podrán ser rechazados por la Comisión, cuando se hayan cumplido los requisitos establecidos de manera precisa en el artículo 26, es decir, la suscripción del compromiso y el cumplimiento de su deber de colaboración.

Finalmente, la propuesta introduce una importante diferencia en el tratamiento de las solicitudes que puedan recibirse antes y después del inicio de un procedimiento administrativo sancionador. En línea con la experiencia comparada, corresponde establecer beneficios diferenciados para los agentes que permiten detectar un cártel (o formular una imputación formal de cargos) de aquellos que únicamente colaboran cuando tal conducta ya es materia de persecución formal por la autoridad. Esta regla busca maximizar los incentivos a la presentación de solicitudes en etapas tempranas de detección y a evitar conductas estratégicas de los destinatarios, incompatibles con el objetivo del sistema de beneficios por colaboración.

(iii) Régimen aplicable a segundos y subsiguientes solicitantes

El programa de clemencia, tal como ha sido diseñado en el Perú y en otros países, otorga una exoneración total (inmunidad) al primer agente económico que de manera individual reconozca su participación en un cártel, y brinde a la autoridad información acerca de dicha conducta anticompetitiva. Como se ha indicado, se busca incentivar una «carrera» entre los agentes involucrados e inestabilidad en la formación y mantenimiento de esquemas colusorios, al ser solamente uno –el primero– el acreedor de la máxima recompensa.

Sin embargo, estos programas suelen también contemplar posibles beneficios para los segundos y subsiguientes solicitantes de clemencia, en la medida que proporcionen información adicional que permita a la autoridad reforzar su capacidad de detectar y sancionar efectivamente el cártel develado. En estos casos, dichos solicitantes pueden ser acreedores de una reducción de la multa que les hubiese correspondido, aunque dicha reducción sea sustancialmente

⁴²

Decreto Ley 211, Ley de Competencia chilena

Artículo 39 bis.- El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

()

En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella. (Énfasis agregado)

inferior a la que recibirá el primero y, además, dependerá de su orden de prelación (los segundos solicitantes recibirán una reducción mayor que los subsiguientes) y de la calidad de las pruebas que aporten.

La práctica de otras autoridades de competencia y las mejores prácticas internacionales sobre la materia resaltan las bondades de otorgar determinados beneficios a los segundos y subsiguientes solicitantes de clemencia. En efecto, aunque la autoridad pueda haber recibido información valiosa de parte del primer solicitante, ésta puede no ser suficiente para probar de manera concluyente la existencia de la conducta infractora en los mercados, períodos o ámbitos geográficos analizados.

En estos casos, la cooperación con otros miembros del cartel resulta esencial para asegurar el éxito de la investigación, pues sus testimonios y la mayor evidencia que puedan presentar permitirán complementar y reforzar el valor de las pruebas presentadas por el primer solicitante. Así, puede ser determinante la obtención de información adicional relativa a la duración de la práctica, el ámbito geográfico en la que ésta se realizó o la identidad de otros agentes económicos que podrían estar involucrados podría ser brindada por los segundos solicitantes, especialmente en aquellos casos donde el primero es un agente económico de menor participación o sin evidencia sustancial acerca de los contactos entre sus competidores. En general, la cooperación de los segundos solicitantes genera eficiencias en términos de menores costos administrativos, ya que la autoridad puede obtener mayor evidencia relevante sin la necesidad de desplegar mayores recursos en sus facultades de investigación y redirigirlos a otras investigaciones⁴³.

No obstante, los beneficios de esta política están fuertemente ligados a la capacidad de los potenciales destinatarios de conocer las condiciones en que podrían hacerse acreedores a tales concesiones. En ese sentido, se propone la modificación de algunos aspectos en aras de asegurar mayor transparencia y predictibilidad en las decisiones de la Secretaría Técnica y la Comisión.

El primero de ellos refiere a la determinación del tipo de información que deberá ser entregada por los segundos y subsiguientes solicitantes para ser acreedores del beneficio de reducción de multa. El actual fraseo del artículo 26.3 establece que, en caso de concurrencia de varios agentes económicos, aquellos que aporten información relevante –con excepción del primero– podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, siempre y cuando dicha información sea «*distinta a la que posee la autoridad de competencia*».

Aunque, en principio, la palabra «distinta» parecería no generar dificultades interpretativas en la aplicación de este artículo, la práctica de la Secretaría Técnica ha demostrado lo contrario. Y es que el adjetivo «*distinta*» implica que la información entregada deba ser diferente, es decir, no similar a la que la autoridad ya posee, pero ello no implica, necesariamente, que la información distinta sea la única que pueda coadyuvar de manera relevante a las investigaciones de la Secretaría Técnica.

⁴³ OECD, *Leniency for Subsequent Applicants*, contribución de la Secretaría General, 2012, páginas 11 a 12.

Al respecto, cabe recordar que el objetivo principal de otorgar ciertos beneficios a agentes distintos al primero que revelen la conducta infractora, es el de poder asegurar el éxito de una investigación al plantear un caso sólido, con pruebas suficientes que permitan a la autoridad demostrar el accionar ilícito de los agentes involucrados, más allá de toda duda razonable. Por lo tanto, la Secretaría Técnica considera que lo determinante de la información que aporten los segundos o subsiguientes solicitantes no es que ésta sea distinta, sino que aporte un valor agregado significativo a la investigación. En otras palabras, tal información debe incrementar la comprensión que se tiene acerca de los principales aspectos de la conducta infractora investigada (su duración, los mercados involucrados, los medios utilizados por los agentes miembros del cártel en sus coordinaciones, entre otros), independientemente de si esta información tiene características similares a la presentada previamente por otro agente.

Ahora bien, cabe resaltar que la noción de valor agregado –también denominado «valor añadido»– es utilizado a nivel de la Unión Europea al momento de evaluar las solicitudes de clemencia de segundos y subsiguientes solicitantes. Así, de acuerdo con los lineamientos de la Comisión Europea sobre política de clemencia:

«El concepto de “valor añadido” alude a la medida en que los elementos de prueba aportados aumentan la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos. En esta evaluación, la Comisión, en general, concederá generalmente más valor a las pruebas escritas que daten del periodo en que se produjeron los hechos que a las pruebas establecidas posteriormente. Del mismo modo, los elementos de prueba incriminatorios directamente relacionados con los hechos en cuestión se considerarán, en general, de mayor valor que los que sólo guarden relación indirecta con los mismos. Asimismo, el grado de corroboración de otras fuentes necesario para poder utilizar las pruebas presentadas contra otras empresas involucradas en el caso repercutirá en el valor conferido a dichas pruebas, de tal modo que se atribuirá un mayor valor a las pruebas concluyentes que a pruebas tales como las declaraciones que exigen corroboración en caso de ser contradichas.»⁴⁴

[Énfasis agregado]

Por lo antes expuesto, se propone modificar el artículo 26.3 y establecer que los segundos y subsiguientes solicitantes de exoneración podrán recibir una reducción de la sanción aplicable en la medida que su colaboración aporte un

⁴⁴

Ver el numeral 25 de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11), del 8 de diciembre de 2006. Este criterio también ha sido recogido en el literal a) del numeral 1 del artículo 66 de la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia de España. Ver también: OECD, *Leniency for Subsequent Applicants*, contribución de la Unión Europea, 2012, páginas 33 a 34.

valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión.

El segundo de los aspectos que debe ser reforzado, corresponde a los rangos de reducción de multa aplicables a los segundos y subsiguientes solicitantes de clemencia. Bajo el marco vigente, los agentes económicos podrían verse desincentivados de presentar una solicitud de exoneración de sanción si, a los riesgos inherentes a la revelación de la conducta infractora de la que ha sido parte y el máximo esfuerzo que debe desplegar para cumplir con su deber de colaborar con la Secretaría Técnica, se le añade la incertidumbre provocada por no saber cuál podría ser el valor de la reducción que obtendría en el caso que fuese el segundo o subsiguiente en presentar una solicitud de clemencia⁴⁵.

El rango de reducción aplicable a los segundos y subsiguientes solicitantes de clemencia no es abordado de manera similar en todas las jurisdicciones que contemplan este beneficio como parte de su política de clemencia. Por ejemplo, las autoridades de competencia alemana (*Bundeskartellamt*), británica (*Competition and Markets Authority*) y chilena (la Fiscalía Nacional Económica) aplican una reducción general de hasta 50% sobre la multa aplicable⁴⁶. Por su parte, el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (CADE) puede recomendar una reducción de hasta un tercio de la multa aplicable pero sólo al infractor que brinde información acerca de una conducta anticompetitiva distinta a aquella para la cual solicitó clemencia en primer lugar (*leniency plus*)⁴⁷.

Para el caso peruano, con el objetivo de brindar mayor predictibilidad y considerando los rangos aplicables en un número significativo de países con programas exitosos, la modificación propuesta ha tomado como ejemplo la normativa sobre clemencia aplicada por las autoridades de jurisdicciones como Canadá, México y la Unión Europea (incluyendo el ordenamiento propio de diversos países comunitarios)⁴⁸.

En tal sentido, la modificación propuesta plantea establecer tres rangos de reducción de multa aplicables a los segundos, terceros y subsiguientes solicitantes de clemencia, de la siguiente manera:

⁴⁵ Así, por ejemplo, un agente económico podría realizar su mejor esfuerzo en recabar evidencia que, a su entender, le permitiría ser acreedor de una reducción sustancial de la multa a imponerse y verse luego sorprendido al constatar que sus esfuerzos son recompensados con reducciones mínimas. Un mensaje de esta naturaleza podría desincentivar a potenciales colaboradores en perjuicio del Programa.

⁴⁶ Ver: Sección C de la Nota no. 9/2006 sobre el Programa de Clemencia alemán, publicada por la *Bundeskartellamt* el 7 de marzo de 2006; numeral 3.18 de los lineamientos sobre aplicación de multas de la *Office of Fair Trade* (actual *Competition and Markets Authority*), publicados en setiembre del 2012; y, numeral 33 de la *Guía Interna Sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión* de octubre de 2009, publicada por la Fiscalía Nacional Económica de Chile.

⁴⁷ Ver numeral 8 del artículo 86 de la Ley 12.529, del 30 de noviembre de 2011.

⁴⁸ Ver: numeral 26 de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11), del 8 de diciembre de 2006; numeral 2 del artículo 66 de la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia de España; numeral 3.3 de la Sección 3 del Boletín sobre el Programa de Clemencia canadiense, publicado por el Bureau of Competition en 2010; y, numeral 7 de la Sección III de la *Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones*, publicada en marzo de 2013 por la Comisión Federal de Competencia de México.

- Un primer rango, entre 30% y 50% de la multa aplicable, beneficiará únicamente al segundo solicitante;
- Un segundo rango, entre 20% y 30% de la multa aplicable, beneficiará únicamente al tercer solicitante; y,
- Un tercer rango, hasta el 20% de la multa aplicable, beneficiará a los subsiguientes solicitantes.

(iv) Régimen aplicable al coaccionador del cártel

Por último, la modificación propuesta establece que aquel agente que haya ejercido coerción sobre otros agentes para la ejecución de una infracción sujeta a la prohibición absoluta (es decir, un cártel) no podrá beneficiarse de la exoneración de sanción.

Al respecto, la proscripción de este beneficio para el coaccionador tiene por objetivo desincentivar a los agentes económicos a que, en ejercicio de su poder fáctico o económico, compelan a otros agentes a formar o incorporarse a un cártel bajo amenaza de usar mecanismos de coerción. Al desincentivar que dicho agente determine la conformación de un cártel, se desestabiliza su posible existencia, reforzando así el objetivo disuasivo de la Ley.

Por lo demás, se busca evitar la conducta oportunista de aquél agente infractor que luego de haber provocado la existencia de una actividad ilícita, pretenda beneficiarse indebidamente con una exoneración de la sanción que le hubiese correspondido, en particular, considerando su rol decisivo en la materialización y organización del cártel.

Al respecto, algunas jurisdicciones –como los Estados Unidos⁴⁹– han adoptado una prohibición de beneficiar con inmunidad frente a las posibles sanciones al líder único de un cártel (*ringleader*) o al agente que ejerza coerción sobre otros para la conformación de un cártel. Sin embargo, debido a la dificultad intrínseca de determinar si, en un caso concreto, una empresa ha adoptado el rol del líder único de un cártel, otras jurisdicciones, como Chile⁵⁰, España⁵¹, el Reino Unido⁵²

⁴⁹ Department of Justice, Corporate Leniency Policy (1993): «*Leniency will be granted to a corporation reporting illegal activity before an investigation has begun, if the following six conditions are met: 6. The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity*». Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy>

⁵⁰ **Decreto Ley 211, Ley de competencia chilena**
Artículo 39 bis.- () Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella. [Énfasis agregado]

⁵¹ **Ley 15/2007, Ley española de Defensa de la Competencia**
Artículo 65.- Exención del pago de la multa
 2. Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos:
 d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción. [Énfasis agregado]

⁵² **Applications for leniency and no-action in cartel cases. OFT's detailed guidance on the principles and process (July 2013)**
Conditions for the grant of leniency

y la Unión Europea⁵³, han restringido esta excepción, únicamente aplicándola a los casos donde el solicitante de clemencia ha obligado o ejercido coerción sobre los otros agentes conformantes de la conducta infractora. Este último ha sido el camino optado también por el Proyecto.

Finalmente, con la finalidad de incentivar la presentación de un mayor número de solicitudes y a la vez dar una fuerte señal frente a potenciales infractores, se ha recogido la posibilidad de que aquél agente que haya coaccionado a otros agentes para participar de la ejecución de una conducta sujeta a la prohibición absoluta pueda acceder a la reducción de la sanción, si cumple con los requisitos establecidos para obtener dicho beneficio. Como se ha observado, esta regla puede también encontrarse en el sistema implementado en la Unión Europea.

1.9. Reconocimiento de la imputación de cargos (artículo 26-A)

La introducción del artículo 26-A tiene por objetivo establecer un mecanismo adicional, dirigido a aquellos agentes que, sin estar en condiciones de cumplir los requisitos para hacerse acreedores a los beneficios de exoneración o reducción de sanción o para suscribir un compromiso de cese, decidan voluntariamente reconocer, total o parcialmente, la imputación realizada por la Secretaría Técnica en su resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento administrativo sancionador, a cambio de una reducción en la multa que les sea aplicable.

Esta herramienta, no obstante, no debe limitar la efectividad del mecanismo de colaboración establecido en el artículo 26 de la Ley. Por ello, el beneficio propuesto no supera los umbrales aplicables a los agentes que, en el marco de procedimientos de exoneración o reducción de sanciones, colaboran activamente con la Secretaría Técnica y la Comisión en la detección y sanción de cárteles.

Sin perjuicio de ello, el porcentaje de reducción propuesto sigue siendo significativo, pudiendo llegar hasta el 15% del total de la multa aplicable, para lo cual podría valorarse, por ejemplo, la oportunidad en que se presenta el reconocimiento y el impacto de dicho acto sobre el procedimiento sancionador.

El reconocimiento de la imputación es, naturalmente, voluntario y se pierde únicamente si el imputado impugna la decisión de la Comisión en lo que corresponde a su responsabilidad en las conductas previamente reconocidas, sin perjuicio del derecho de dicho agente a contradecir el cálculo de la multa que determine la Comisión.

Condition (e) – Coercer test

In relation to a grant of immunity, the applicant must not have taken steps to coerce another undertaking to take part in the cartel activity. [Énfasis agregado]

⁵³

Comunicación de la Comisión (2006/C 298/11), relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel

Requisitos para poder beneficiarse de una dispensa del pago de la multa

(13) Una empresa que haya tomado medidas con objeto de coaccionar a otras empresas para que se unan al cártel o permanezcan en él quedará inhabilitada para la obtención de la dispensa del pago de las multas. Si podrá acogerse a una reducción del importe de la multa si reúne los requisitos y condiciones necesarios para ello. [Énfasis agregado]

1.10. Reserva del expediente y régimen de confidencialidad (artículos 31 y 32)

En relación con las propuestas sobre el régimen de confidencialidad aplicable a las investigaciones y procedimientos administrativos sancionadores tramitados por la Secretaría Técnica y la Comisión, en primer lugar debe tenerse en cuenta que, conforme al sistema establecido por el Decreto Legislativo 1034, son dos los «niveles» de reserva existentes:

- Reserva en el acceso al contenido «público» del expediente (art. 31): Según el marco vigente, además de los funcionarios responsables de su tramitación, únicamente los agentes investigados, los denunciados parte o terceros con interés legítimo incorporados al procedimiento pueden tener acceso al expediente y recabar copias de los actuados mientras el procedimiento está en trámite. Naturalmente, este derecho excluye el acceso a aquella información declarada confidencial por la Comisión.
- Reserva en el acceso al contenido «confidencial» del expediente (art. 32): En línea con lo señalado anteriormente, tratándose de información declarada confidencial, únicamente el titular de dicha información y los funcionarios encargados de la tramitación del expediente pueden acceder a ella. Esto significa que otras partes en el procedimiento, incluyendo a otros agentes investigados, el denunciado y terceros apersonados no podrán tener acceso a dicha información ni recabar copia de ella. Como se describe más adelante, la única excepción a esta regla es la revelación de información indispensable para garantizar el derecho de defensa de otros agentes investigados.

En relación con el primer «nivel» de reserva, contenido en el artículo 31 del actual Decreto Legislativo 1034, la modificación que se propone es que se precise que tanto el Informe Técnico de la Secretaría Técnica como la Resolución final de la Comisión tendrán carácter público, una vez que la decisión final de la Comisión sobre el procedimiento administrativo sancionador se notifique a las partes.

Esta propuesta tiene por objeto garantizar la difusión de los criterios jurisprudenciales que vienen siendo aplicados en los procedimientos sometidos a consideración de la Comisión, permitiendo que todos los agentes económicos, y la ciudadanía en general, puedan informarse acerca del tipo de actos que están sujetos a sanción como conductas anticompetitivas, y los fundamentos que sustentan tales decisiones.

Por lo demás, tratándose de una autoridad que goza legalmente de autonomía técnica y funcional⁵⁴, el acceso a las versiones no confidenciales de los pronunciamientos

⁵⁴

Decreto Legislativo 1033, Ley de organización y funciones del Indecopi
Artículo 21.- Régimen de las Comisiones.-

Las Comisiones mencionadas en el artículo anterior tienen las siguientes características:

a) Cuentan con autonomía técnica y funcional y son las encargadas de aplicar las normas legales que regulan el ámbito de su competencia;

Decreto Legislativo 1034
Artículo 14.- La Comisión.-

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

[Énfasis agregado]

finales de la Comisión permite a los administrados conocer los criterios utilizados por ella en ejercicio de esta autonomía, otorgándoles una mayor predictibilidad en relación con sus derechos e intereses, así como con sus actos y relaciones de mercado. Es por ello que, en el ejercicio de sus funciones, la Comisión ha mantenido la estricta política de garantizar la publicidad de sus resoluciones finales, sin perjuicio de la reserva que corresponda a la información de carácter confidencial.

Bajo la misma lógica, resulta razonable permitir el acceso de la ciudadanía a las decisiones finales de la Secretaría Técnica en el marco de los procedimientos sancionadores, plasmada en su Informe Técnico. Al respecto, la Secretaría Técnica también goza de autonomía técnica⁵⁵ y sus opiniones, si bien no son vinculantes para la Comisión, desarrollan criterios de interpretación normativa que pueden resultar relevantes para los agentes económicos, y la ciudadanía en general, en particular, por tener la competencia exclusiva para iniciar e instruir el procedimiento administrativo sancionador⁵⁶.

Finalmente, la Propuesta dispone expresamente que con la publicación de las versiones no confidenciales de la Resolución final de la Comisión y del Informe Técnico de la Secretaría Técnica, deberá informarse sobre el agotamiento de la vía administrativa, en línea con las premisas recogidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General⁵⁷.

En relación con el segundo «nivel» de reserva, referido a la información confidencial, cabe señalar que, en el marco de sus investigaciones y procedimientos, la Secretaría Técnica suele requerir a los administrados información de carácter comercial, cuya divulgación podría causar un perjuicio a su titular. Esto sucede, por ejemplo, con diversos contratos, listas de clientes o proveedores, relación de socios o accionistas, volúmenes de venta, estados financieros y facturas, entre otros⁵⁸.

⁵⁵ **Decreto Legislativo 1033. Ley de organización y funciones del Indecopi**

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

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

⁵⁶ **Decreto Legislativo 1033. Ley de organización y funciones del Indecopi**

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;

c) Tratándose de una denuncia de parte, decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda; [Énfasis agregado]

⁵⁷ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 23.- Régimen de publicación de actos administrativos

23.2 La publicación de un acto debe contener los mismos elementos previstos para la notificación señalados en este capítulo; pero en el caso de publicar varios actos con elementos comunes, se podrá proceder en forma conjunta con los aspectos coincidentes, especificándose solamente lo individual de cada acto.

Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:

()

24.1.4 La fecha de vigencia del acto notificado, y con la mención de si agotare la vía administrativa.

⁵⁸ Cabe mencionar que, mediante Resolución 027-2013/CLC-INDECOPI del 15 de agosto de 2013, la Comisión aprobó los Lineamientos sobre Confidencialidad, los cuales contienen una lista enunciativa de la información que ha sido declarada confidencial en los últimos años.

Por ello, el artículo 32.1 del Decreto Legislativo 1034 dispone que, a solicitud de parte o de tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Desde el momento en que esta información es declarada confidencial, su acceso se encuentra restringido a determinadas personas⁵⁹ y la Secretaría Técnica debe tomar todas las medidas necesarias para garantizar su reserva⁶⁰.

Aunque la protección de información confidencial resulta esencial para garantizar los intereses de sus titulares, la experiencia de la Secretaría Técnica y la Comisión ha demostrado que este derecho puede colisionar con otro de igual o mayor importancia: el derecho de defensa. En efecto, una protección absoluta podría, en ocasiones, impedir que los administrados tengan acceso a información necesaria para ejercer debidamente su derecho de defensa. Al respecto, debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha manifestado 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 concluye, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa»⁶¹.

[Énfasis agregado]

Asimismo, el referido intérprete constitucional ha establecido que, en aras de respetar adecuadamente el ejercicio de este derecho, a toda persona que se encuentre sujeta a una investigación en la que pueda aplicársele el poder sancionador del aparato estatal «se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio»⁶².

Disponible en:

http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/2/jer/legislacion_lineamientos/LineamientosConfidencialidadCLC.pdf

⁵⁹ **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 32.- Información confidencial.-

32.2. Sólo podrán acceder a la información declarada bajo reserva los miembros de la Comisión y los vocales del Tribunal, sus Secretarios Técnicos y las personas debidamente autorizadas por éstos que laboren o mantengan una relación contractual con el INDECOPI.

⁶⁰ **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 32.- Información confidencial.-

32.3. En los casos en que la Comisión o el Tribunal conceda el pedido de reserva formulado, [se] tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva de la información confidencialidad, bajo responsabilidad.

⁶¹ Ver numeral 24 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC.

⁶² Ver numeral 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de marzo de 2007, recaída en el Expediente 5514-2005-PA/TC. Énfasis agregado.

Así, un escenario donde la protección de la confidencialidad vulneraría el derecho de defensa ocurrirá cuando no se permita a los imputados el acceso a información, en principio confidencial, que sea necesaria para poder contradecir los argumentos sostenidos en la imputación de cargos o las conclusiones contenidas en el Informe Técnico, lo cual constituiría una afectación indebida al debido proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución⁶³.

Por estas razones, de acuerdo con la jurisprudencia dictada por el Tribunal del Indecopi, el derecho de defensa puede tener preferencia frente al derecho a la confidencialidad de determinada información que asiste a los administrados. Así, por ejemplo, en la Resolución 1551-2011/SC1-INDECOP, del 21 de setiembre de 2011, la Sala determinó la relación entre el derecho de defensa y el derecho a la confidencialidad en los siguientes términos:

«[E]sta Sala considera pertinente precisar cuál es el tratamiento que se debería otorgar a aquella información que ha sido declarada a través de esta resolución como de carácter confidencial, pero que en algún momento la Secretaría Técnica de la Comisión considere que contiene alguna evidencia de la existencia de la infracción (indicio).

Al respecto, si en el transcurso del procedimiento la Secretaría Técnica de la Comisión determina que alguno de los documentos confidenciales identificados por esta Sala contiene algún dato relevante para construir la imputación, en ese caso deberá poner a disposición de los demás codenunciados dichas evidencias, a efectos de que estos presenten sus descargos.

En efecto, en un procedimiento administrativo, y más aún en un procedimiento de naturaleza sancionadora como lo es el de represión de conductas anticompetitivas, es imprescindible que el sujeto que es susceptible de ver afectado algún interés directo cuente previamente con la posibilidad de ejercer de manera plena su derecho constitucional de defensa.

De tal manera, esta Sala considera que en aras de salvaguardar el derecho constitucional de defensa, se debe poner en conocimiento durante el procedimiento a los demás imputados el contenido de toda información que pueda afectar su posición, por más que esta contenga datos comerciales no revelados.»

[Énfasis agregado]

⁶³

Constitución Política del Perú

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Como se puede observar, la Sala ha reconocido expresamente que la Secretaría Técnica es el órgano que, en su calidad de instructor exclusivo del procedimiento, determina la calidad de prueba de cargo de la información que sustenta las imputaciones que emite en ejercicio de sus competencias.

Asimismo, ante el conflicto entre el derecho a la reserva de determinada información y el derecho de defensa, la Sala ha optado claramente por privilegiar a este último. Esta decisión es coherente también con su «*Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales del Indecopi*», en la que se establece que «*en el caso de pruebas de cargo, ante el conflicto ante el tratamiento confidencial de la información y el derecho de defensa, el órgano resolutorio evaluará si es imprescindible levantar la confidencialidad para probar la responsabilidad del investigado y permitirle ejercer su derecho de defensa*»⁶⁴.

Por estos motivos, la modificación propuesta plantea la adición de un párrafo al artículo 32 del Decreto Legislativo 1034 que precise que la información que constituya prueba de cargo en un procedimiento administrativo sancionador no podrá ser declarada ni mantenida como confidencial, con la finalidad de salvaguardar el derecho de defensa de los imputados. No obstante, ello implica que la Secretaría Técnica deberá determinar de manera precisa y restringida aquella información que constituye prueba de cargo y que, por lo tanto, debe ser puesta necesariamente en conocimiento de las partes, para evitar posibles perjuicios derivados de la revelación de información sensible de su titular.

1.11. Cooperación internacional (Tercera Disposición Complementaria Final)

El proceso de globalización que el mundo actual experimenta desde hace ya varias décadas ha permitido que la gran mayoría de países estrechen relaciones económicas significativas, participando activamente del comercio internacional y promoviendo la eliminación de barreras indebidas a las actividades de importación y exportación, permitiendo así que los agentes económicos ejerzan sus actividades libremente, en beneficio general de la sociedad.

No obstante, ello también ha significado que las conductas anticompetitivas realizadas por agentes económicos en ámbitos geográficos transnacionales no sólo repercutan en sus jurisdicciones de origen, sino que también se extiendan a otras, incluso teniendo en algunos casos alcance global. Frente a esta realidad, la cooperación entre autoridades de competencia resulta primordial para detectar y sancionar cárteles transfronterizos que, por su envergadura, pueden causar graves daños a los mercados de las jurisdicciones afectadas y, por ende, a sus consumidores.

El Decreto Legislativo 1034 no ha sido ajeno a este fenómeno. En efecto, su Tercera Disposición Complementaria Final permite a la Comisión investigar conductas anticompetitivas desarrolladas en el territorio nacional pero con efectos en uno o más países extranjeros. De igual modo, en el desarrollo de investigaciones, se le permite intercambiar información, incluso de carácter confidencial, con autoridades de competencia extranjeras.

⁶⁴ Numeral 4.3 de la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, del 15 de febrero de 2008.

Sin embargo, estas facultades devienen en inaplicables cuando la citada Disposición supedita su ejercicio a la verificación de dos requisitos concurrentes: (i) la existencia de un acuerdo internacional; y, (ii) la aplicación del principio de reciprocidad. A criterio de la Secretaría Técnica, la necesidad de verificar la presencia de estos requisitos de manera simultánea impide, en la práctica, que el Indecopi pueda cooperar de manera sostenida y eficaz con otras autoridades de competencia en el mundo.

En efecto, por un lado, si por «acuerdos internacionales» se considerase únicamente aquellos tratados firmados por el Estado Peruano y que permitan algún tipo de coordinación con autoridades de competencia extranjeras, únicamente serían aplicables unos pocos acuerdos suscritos por el país actualmente vigentes, lo cual reduce significativamente la posibilidades de cooperación internacional de las que el Indecopi puede verse beneficiado.

Por otro lado, la sujeción al principio de reciprocidad podría resultar innecesariamente restrictiva para la autoridad, toda vez que las relaciones de cooperación no suelen ser simétricas, de tal manera que la oportunidad y el alcance de la cooperación que una autoridad podría necesitar de otra suelen variar conforme vayan estableciendo prioridades y emprendiendo actividades de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, conforme a su propio marco normativo. Esta situación podría desincentivar el intercambio de información con autoridades extranjeras y poner en peligro el desarrollo de los procedimientos administrativos instruidos por la Secretaría Técnica y decididos por la Comisión.

Con el objeto de simplificar el marco legal aplicable a la colaboración con otras agencias de competencia, la modificación propuesta plantea establecer dos supuestos no concurrentes como requisitos para que el Indecopi pueda realizar acciones de cooperación con sus pares en otras jurisdicciones. De esta forma, las actividades de cooperación podrán encontrarse sustentadas, de manera general, en acuerdos internacionales, o, de manera específica, en convenios interinstitucionales que el Indecopi, en particular a través de la Secretaría Técnica, pueda concluir con otras autoridades de competencia en el mundo. Naturalmente, esta facultad no puede limitar el deber de reserva que corresponde a la Secretaría Técnica, en la tramitación de solicitudes de exoneración de sanción, conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley.

Con la finalidad de corregir una incongruencia existente en el régimen vigente, también se ha precisado que es la Secretaría Técnica, y no la Comisión, la encargada de investigar aquellas conductas anticompetitivas originadas en el Perú pero con efectos en otros países y de intercambiar información confidencial con otras autoridades de competencia, en concordancia con las facultades de instrucción del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas que le han sido conferidas en el artículo 15.1 del Decreto Legislativo 1034.⁶⁵

⁶⁵

Decreto Legislativo 1034

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

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

1.12. Reducción del beneficio por pronto pago de las multas (artículo 43.6)

Considerando la importancia de reforzar los mecanismos de exoneración de sanción, compromiso de cese y de beneficios por reconocimiento de la imputación, resulta necesario evitar que el actual mecanismo de reducción de la multa por el pago antes del vencimiento del plazo de impugnación genere incentivos en los agentes infractores contrarios a la finalidad de la Ley.

En particular, se propone disminuir el beneficio por pronto pago del 25% al 15%, con el objetivo de que los agentes infractores tengan más incentivos a presentar una solicitud de exoneración de sanción por colaboración, o una solicitud de compromiso de cese para la terminación anticipada del procedimiento a cambio del ofrecimiento de medidas correctivas eficaces; en lugar de intentar posponer la decisión de la Comisión y, en caso de hacerse acreedores de multas, beneficiarse con una reducción sustancial por el pronto pago.

Cabe resaltar que el beneficio de la reducción por el pronto pago es independiente de los beneficios recibidos bajo los alcances de una solicitud de exoneración o reducción de sanción. En particular, el beneficio de reducción de sanción se obtiene como consecuencia de la colaboración prestada a la Secretaría Técnica en el marco de un procedimiento administrativo sancionar y el haber brindado un valor agregado significativo en la persecución y sanción de los involucrados en un cártel.

En tal sentido, es posible que el beneficiario de una reducción, sin cuestionar su participación en la conducta ilegal, aún considere que la multa determinada por la Comisión no se encuentra ajustada a derecho, con lo cual un retiro del beneficio por impugnar este extremo de la decisión resultaría injustificado. Por el contrario, al aceptar, no sólo su participación en la conducta ilegal y prestar su colaboración, sino también la multa impuesta por la Comisión, puede permitirle acceder al descuento por pronto pago como cualquier otro agente en el marco de un procedimiento sancionador.

Con ello, en la práctica, aquellos agentes que reciben un beneficio de reducción de sanción por colaboración, pueden obtener un descuento adicional por no contradecir la determinación de la multa efectuada por la Comisión. Como se puede observar en el siguiente cuadro, en estos casos, los beneficios netos que recibe son incluso mayores:

Cuadro: Beneficios por colaboración, reconocimiento y pronto pago

	Orden de prelación	Descuento por Exoneración/Reconocimiento	Pronto Pago	Factor total de reducción
Exoneración	1	100%	--	100%
o Reducción	2	50%	15%	58%
	3	30%	15%	41%
	4	20%	15%	32%
Reconocimiento		15%	15%	28%
Otros		0%	15%	15%

Elaboración: INDECOPI

En tal sentido, si bien se propone reducir el descuento aplicable por el pago de multas antes del vencimiento del plazo para impugnar la decisión de la Comisión, este beneficio reducido resulta no solo independiente de los beneficios obtenidos por los colaboradores en el marco de solicitudes de exoneración o reducción de sanciones, y del beneficio por el reconocimiento de los cargos imputados, sino plenamente compatible con la política de incentivos que se desea estimular, en beneficio de la detección y represión de cárteles, para el bienestar de los consumidores.

1.13. Multas por incumplimiento de los requerimientos de información u obstrucción a las actuaciones de la Secretaría Técnica y la Comisión (artículo 43.7)

En relación con este punto, en principio es necesario recordar que el artículo 61 de la Constitución Política del Perú incluye un precepto expreso relativo a la promoción y defensa de la libre competencia en los siguientes términos:

***Artículo 61.-** El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

Este dispositivo Constitucional establece que el Estado tiene la obligación de tutelar la libre competencia. Este mandato constitucional ha sido encargado al Indecopi y en particular, a la Secretaría Técnica y la Comisión, como órganos encargados de aplicar las normas de competencia a todos los sectores de la economía. Estos órganos cumplen dicho cometido, principalmente, mediante acciones de *defensa de la competencia*, al monitorear el desenvolvimiento del proceso competitivo, investigar, combatir y sancionar todas aquellas prácticas que lo afecten indebidamente, eliminando la rivalidad entre las empresas en perjuicio de los consumidores. Asimismo, cumplen sus funciones mediante actividades de *promoción de la competencia*, utilizando las herramientas de investigación y elaboración de estudios de mercado para elaborar propuestas de abogacías de la competencia.

Para garantizar el cumplimiento de estas funciones, actualmente el Decreto Legislativo 807 dota a la agencia de competencia de facultades para requerir información y llevar a cabo diligencias de diversa naturaleza, e imponer sanciones en caso de incumplimiento injustificado de los requerimientos u obstrucción de las acciones de los distintos órganos funcionales⁶⁶. Sin embargo, esta norma está diseñada para ser aplicada por igual a todas las áreas del Indecopi, por lo que su aplicabilidad al cumplimiento del objetivo de tutelar la libre competencia resulta muchas veces limitada. Ello resulta evidente si se toma en cuenta el escaso volumen de la sanción máxima aplicable (50 UIT) frente a posible la dimensión de los mercados involucrados

⁶⁶ **Decreto Legislativo 807 Facultades, Normas y Organización del Indecopi**

Artículo 5.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

y los incentivos de los agentes investigados a evadir, obstruir o demorar el ejercicio de las competencias de la Secretaría Técnica y la Comisión.

En efecto, debe considerarse que, para proteger la libre competencia, la autoridad despliega acciones que pueden involucrar varios mercados y agentes económicos de gran importancia en sus respectivos sectores. En estos casos, la detección de graves conductas anticompetitivas puede dar lugar a la imposición de elevadas multas a los agentes infractores⁶⁷. Considerando la dimensión de los mercados involucrados, un agente económico podría considerar más beneficioso, en términos de multa, rehusar la entrega de la información importante para la investigación o la obstrucción de las actuaciones de la autoridad, debido a que la sanción máxima nunca superaría los 50 UIT.

En ese sentido, la multa máxima establecida por el Decreto Legislativo 807 no cumple el rol disuasivo que establece que las sanciones tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, motivo por el cual, es necesario realizar una modificación al máximo de las multas impuestas en los supuestos de incumplimiento a los requerimientos de información.

En tal sentido, a fin de contrarrestar los incentivos de potenciales infractores a imposibilitar las labores de la agencia de competencia, resulta conveniente la inclusión de normas específicas que atiendan a la magnitud de los efectos derivados de las conductas investigadas y perseguidas por la Comisión, la Secretaría Técnica o la Sala; así como a la naturaleza de los estudios de mercado y abogacías de la competencia a su cargo.

Estas multas serán aplicables, en primer lugar, frente a la negativa de los agentes investigados a cumplir con los requerimientos de información que formulen la Secretaría Técnica, la Comisión y la Sala, así como cualquier otra forma de obstrucción al ejercicio de sus funciones. En particular, la facultad para solicitar información puede estar referida, entre otros, a la organización, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas, así como al desempeño económico y cualquier detalle interno o externo de la actividad comercial del agente investigado. Asimismo, las visitas de inspección, entrevistas y otras diligencias permiten a la Secretaría Técnica recabar información y elementos de prueba que, de otro modo, se perderían. El cumplimiento de estas funciones permite a la autoridad obtener elementos de juicio acerca del funcionamiento y las características de los distintos mercados de la economía, así como del comportamiento de los agentes que participan en ellos.

Sin embargo, estas actuaciones pueden relacionarse, no solo con investigaciones por infracciones a la Ley, sino que también pueden encontrarse vinculadas a la elaboración de estudios de mercado y abogacías de la competencia, facultades que utiliza la autoridad para proteger el funcionamiento eficiente de la competencia para el

⁶⁷ La multa impuesta en el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. por acordar repartirse los procesos de compra de oxígeno medicinal convocados por el Seguro Social de Salud EsSalud, entre enero de 1999 y junio de 2004, ascendió a 5618.8 UIT. Durante el periodo comprendido entre 2011 y 2015, se impusieron multas por un total de 13093.38 UIT por infracción a las normas de libre competencia.

bienestar de los consumidores⁶⁸. Naturalmente, en estos casos la autoridad deberá valorar que la naturaleza del ilícito y los incentivos de los administrados pueden diferir con relación a los supuestos de incumplimiento a los requerimientos de información y otras formas obstrucción en el marco de investigaciones sobre conductas anticompetitivas, con lo cual las multas a imponer por incumplimientos en el marco de estudios de mercado, si bien disuasivas, por regla general no podrán equipararse, en cuantía, a las multas a imponerse por obstrucción de las actividades de *enforcement*.

En ese sentido, la modificación se encuentra dirigida a reprimir cualquier incumplimiento por parte de los administrados a los requerimientos de información o la obstrucción, bajo cualquier modalidad, de las actividades de la Comisión, su Secretaría Técnica o de la Sala, tanto en el marco de sus actividades de promoción como de defensa de la competencia.

1.14. Medidas correctivas (artículo 46)

Las medidas correctivas son, en líneas generales, mandatos de comportamiento o de otra naturaleza, que se imponen adicionalmente a la multa y no tienen naturaleza sancionatoria, sino que se encuentran dirigidos a contrarrestar los efectos reales y potenciales de la conducta calificada como ilegal.

En ese sentido, las medidas correctivas pueden comprender una diversidad de mandatos dirigidos, bien a evitar la recurrencia de la conducta infractora y, de esta forma, suprimir sus efectos futuros, o bien a revertir los efectos lesivos de la infracción, eliminando en alguna medida el beneficio ilícito obtenido como consecuencia directa e inmediata del daño provocado sobre otros agentes en el mercado.

No obstante, el texto actual del artículo 46 de la Ley restringe el ámbito de aplicación de las medidas correctivas, únicamente considerando aquellas que se encuentran dirigidas a restablecer el proceso competitivo, es decir, a suprimir los efectos futuros de la conducta infractora o a evitar la reincidencia. Tal restricción impide que, actualmente, la Comisión pueda dictar medidas para corregir de manera eficaz la distorsión producida por los agentes infractores sobre los mercados en que se desenvuelven.

⁶⁸

Decreto Legislativo 1340, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 14.- La Comisión.-

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

e) Sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros; y,

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

g) Realizar estudios y publicar informes;

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

En jurisdicciones como Brasil⁶⁹ y España⁷⁰, se han previsto mecanismos de reversión de efectos de manera complementaria a la imposición de sanciones o como condición para obtener un beneficio en el marco de programas de clemencia.

En tal sentido, la propuesta de modificación introduce la posibilidad de que la Comisión pueda dictar este tipo de medidas correctivas, considerando la importancia que pueden tener para maximizar la eficacia del sistema de protección de la competencia. Esta inclusión resulta compatible con la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo artículo 232.1 establece lo siguiente:

Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

[Énfasis agregado]

Finalmente, cabe observar que este tipo de medidas ya se encuentran vigentes en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en calidad de medidas correctivas reparadoras⁷¹.

1.15. Cooperación de la Administración Pública (Quinta Disposición Complementaria Final)

Como se ha señalado reiteradamente, la Comisión cumple una función esencial en la preservación de la economía social de mercado, régimen económico consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, así como en la defensa de la libre competencia, a efectos de concretar el mandato constitucional contenido en el artículo 61 de referido cuerpo normativo⁷².

⁶⁹ **Lei 12.529, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**
Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: VII. qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. » [Énfasis agregado]. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

⁷⁰ **Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia**
Artículo 53.- Resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.
2. Las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán contener:
c) La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público. [Énfasis agregado]

⁷¹ **Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley 29571**
Artículo 115.- Medidas correctivas reparadoras
115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior ()

⁷² **Constitución Política del Perú**
Artículo 58.- Economía social de mercado
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.

En efecto, la agencia de competencia cumple con la función de investigación, persecución y sanción de las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores. En particular, la Secretaría Técnica ejerce un papel determinante, al monitorear los mercados, emprender actuación de investigación, iniciar procedimientos, e instruirlos hasta su conclusión. En el desarrollo de estas funciones, es natural que la Secretaría Técnica – como cualquier órgano– requiera de la cooperación y coordinación de otras entidades de la Administración Pública, atendiendo a que ésta se encuentra estructurada en función a criterios de especialización y división de funciones. Esta idea no solo se encuentra implícita en los principios de eficacia y celeridad⁷³ de la Ley del Procedimiento Administrativo General, sino también en la Ley 27658⁷⁴ Ley de Modernización del Estado.

Así, por ejemplo, la Secretaría Técnica ha recurrido, entre otras, a entidades como el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) para recabar información estadística de las distintas ramas de producción en los distintos sectores de la economía; del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para obtener información precisa sobre el desarrollo de los procesos de selección públicos bajo su supervisión; así como de los distintos Organismos Reguladores (OSITRAN, OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS) en relación con los mercados y agentes sujetos a supervisión.

Considerando que en el ejercicio cotidiano de sus funciones de promoción y defensa de la libre competencia, la Secretaría Técnica suele precisar de información especializada bajo dominio de alguna entidad o sector, normalmente ha sujetado sus pedidos a otras entidades bajo los alcances de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que dedica varios artículos a desarrollar la colaboración entre entidades. La colaboración entre entidades es entendida como aquel apoyo voluntario que tiende a facilitar las actuaciones de otras entidades o la realización de acciones conjuntas, la

Artículo 61.- Libre competencia

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.

73

Ley 27444

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho administrativo:

1.9. Principio de celeridad: Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

1.10 Principio de eficacia: Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

74

Ley 27658, Ley Marco de Modernización de la gestión del Estado

Artículo 4.- Finalidad del proceso de modernización de la gestión del Estado

El proceso de modernización de la gestión del Estado tiene como finalidad fundamental la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos.

cual tiene lugar cuando alguna entidad requiera de la información o la experiencia sectorial de otra.

Sin embargo, tales disposiciones pueden resultar insuficientes, al no disponer de la obligatoriedad en el cumplimiento de los deberes de cooperación y colaboración. Esto, a pesar de la colaboración es un principio inherente al Estado de Derecho y, por tanto, impone una obligación a cargo de la entidad solicitada, siempre que no se encuentre impedida material, legal o funcionalmente de hacerlo⁷⁵.

En ese sentido, se plantea incluir expresamente en la Ley una Disposición Complementaria Final, que establezca el carácter obligatorio de los requerimientos de información realizados por la Secretaría Técnica a otras entidades de la Administración Pública, a fin de facilitar el cumplimiento de sus funciones, lo cual resulta además coherente colaborar con la política de eficiencia en los organismos del Estado. Asimismo, se busca evitar dilaciones indebidas que podrían perjudicar el trámite de los procedimientos a cargo de la Secretaría Técnica, en perjuicio de los administrados en general, y de los consumidores en particular. Naturalmente, esta facultad se ejercer sin afectar la reserva tributaria y el secreto bancario, conforme a lo establecido por el artículo 5 de la Constitución Política del Estado.

Finalmente, la disposición propuesta establece que el tratamiento de la información que la Secretaría Técnica debe dar a la información recibida, debe ser coherente con el tratamiento que le dé la autoridad de origen. En ese sentido, si la entidad que entrega la información le atribuye a ésta carácter confidencial, esta reserva se mantendrá cuando dicha información sea trasladada a la Secretaría Técnica.

1.16. Competencia de los jueces contencioso administrativos bajo la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo

De manera coherente con las modificaciones propuestas sobre el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, se propone añadir a la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, una tercera disposición complementaria que reconozca la competencia del Juez Especializado en lo contencioso administrativo para conocer de las impugnaciones contra las decisiones de los órganos resolutivos del Indecopi, en relación con el procedimiento de autorización previsto en los literales (c) y (d) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034.

1.17. Modificación a los artículos 18 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y 28 del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

Los artículos 18 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y 28 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, se refieren a las formas de inicio del procedimiento

⁷⁵ Al respecto, MORÓN señala lo siguiente: «En buena cuenta, consideramos que una entidad administrativa se encontrará obligada a proporcionar la información solicitada por otra institución pública, siempre que la misma no resulte pasible de ser calificada como un contravención a las limitaciones, restricciones o prohibiciones previstas sobre el particular por el ordenamiento jurídico vigente y que la posesión, administración, producción o generación de la referida información se enmarque dentro del ámbito de competencias legalmente reconocido a la entidad administrativa a quien fue dirigida la solicitud respectiva». MORON URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011, p. 339.

administrativo para investigar y, de ser el caso, sancionar a aquellos agentes que incurran en alguna de las conductas prohibidas por estas normas. Conforme se indica en estas disposiciones, este procedimiento puede ser iniciado ya sea de oficio, por propia iniciativa de la Secretaría Técnica de la Comisión respectiva, o por denuncia de parte.

En el caso de los procedimientos iniciados por denuncia de parte, la redacción actual de los artículos 18.2 del Decreto Legislativo 1034 y 28.2 del Decreto Legislativo 1044 hace referencia a que, en este caso, estamos ante un «procedimiento trilateral sancionador», en el cual el ciudadano que presenta la denuncia es un colaborador de la investigación que realiza la Secretaría Técnica. El uso de este término para denominar a este procedimiento puede generar confusión respecto a la naturaleza del mismo, toda vez que la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, distingue claramente a los procedimientos trilaterales de los procedimientos sancionadores, estableciendo reglas de tramitación propias para cada uno de estos procedimientos.

En este sentido, a fin de eliminar cualquier confusión respecto a la naturaleza de los procedimientos administrativos que se tramitan ante las instancias competentes de nuestra institución por la realización de las conductas prohibidas por estas normas, es que se propone modificar los numerales 18.2 y 28.2 de las mismas, señalando de manera indubitable que ambos procedimientos constituyen procedimientos administrativos sancionadores, en los términos contenidos en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

1.18. Incorporación de párrafos adicionales a los artículos 49 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y 58 del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

El artículo 130 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, faculta al INDECOPI para que, previo acuerdo del Consejo Directivo, inicie procesos judiciales para la defensa de los intereses difusos de los consumidores. En desarrollo de esta disposición, el numeral 131.2 de este Código señala que en estos procesos se puede acumular, entre otras, la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, así como cualquier otra pretensión que sea necesaria para proteger el interés y los derechos de los consumidores afectados.

Teniendo en cuenta que las conductas prohibidas por los Decretos Legislativos 1034 y 1044 afectan finalmente los intereses de los consumidores, y con el propósito de uniformizar las normas que aplica el INDECOPI en el área de defensa de la competencia, se propone incorporar a los artículos 49 del Decreto Legislativo 1034 y 58 del Decreto Legislativo 1044 un párrafo adicional por el cual se establezca que, también para los casos de conductas que restringen la competencia en el mercado o que constituyan actos de competencia desleal, el INDECOPI, previo acuerdo del Consejo Directivo, podrá iniciar un proceso judicial en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores, a fin de solicitar el pago a favor de los posibles afectados de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por estas conductas.

II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

Considerando los fundamentos antes expuestos, la propuesta normativa cuyo texto se anexa al presente informe supondrá importantes beneficios cualitativos y cuantitativos para el desarrollo de las actividades de defensa y promoción de la competencia a cargo de los órganos del Indecopi, en beneficio de la economía, en general, y del bienestar de consumidores, en particular. Entre los beneficios más importantes caben destacarse los siguientes:

2.1. Beneficios generales para la economía y la inversión privada derivados de reforzar las normas de competencia

Según Motta (2009)⁷⁶, la política de competencia constituye un conjunto de políticas y leyes que garantiza que la competencia en el mercado no sea restringida de tal forma que se reduzca el bienestar económico. La evidencia empírica indica que los efectos de la competencia y del accionar las políticas de competencia tienen un impacto positivo sobre el desempeño de la economía. (OECD, 2014)⁷⁷.

La posibilidad que un consumidor pueda elegir entre distintos proveedores (como resultado de la competencia) representa un gran impacto para la economía, ya que induce a las empresas a competir por satisfacer las necesidades de la demanda, promoviendo la innovación⁷⁸ y el incremento de la productividad de las empresas, contribuyendo así con el crecimiento económico.

En esa línea, no resulta extraño que existan estudios que hayan confirmado que en diferentes partes del mundo, incluso en países en desarrollo como el Perú, los sectores con mayor exposición a la competencia muestran también mayores niveles de productividad⁷⁹. Los estudios de Buccirossi *et al.* (2013)⁸⁰ y de Clougherty (2010)⁸¹ dan cuenta de ello.

Por ejemplo, Buccirossi *et al.* (2013), estudiaron 22 industrias de 12 países de la OCDE, concluyendo que existe un efecto significativo y positivo de la política de competencia en la productividad, y sugiriendo complementariedades entre la política de competencia y la eficiencia de las instituciones encargadas de la aplicación de las leyes. Mientras que, Clougherty (2010) concluyó que aumentar los recursos para la aplicación de las políticas de competencia en cerca de US\$ 60 millones redundaría en un aumento del crecimiento económico de aproximadamente 0,84%.

⁷⁶ MOTTA, M. (2009). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press.

⁷⁷ OECD (2014). *Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia*. Disponible en www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-print-es.pdf.

⁷⁸ Nótese la importancia de los incentivos que genera la competencia para que las firmas mejoren la eficiencia de su producción y distribución, y adopten mejores tecnologías e innovación. Ver: GODFREY, N. (2008). *Why is Competition Important for Growth and Poverty Reduction?*.

⁷⁹ OECD (2014). *Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia*. Disponible en www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-print-es.pdf

⁸⁰ BUCCIROSSI, P., L. CIARI, T. DUSO, G. SPAGNOLO y C. VITALE (2013). *Competition Policy and Productivity Growth: an Empirical Assessment*. *Review of Economics and Statistics*, 95(4), 1324-1336.

⁸¹ CLOUGHERTY, J. (2010). *Competition Policy Trends and Economic Growth: Cross-National Empirical Evidence*. *International Journal of the Economics of Business*, 17(1), 111-127.

Respecto a la efectividad de las políticas de competencia (aplicación de la ley de competencia y abogacías de la competencia), existen estudios como los de Gutmann y Voigt (2014)⁸², Nickell (1996)⁸³, Buccirossi *et al.* (2013)⁸⁴, entre otros que indican que una aplicación efectiva de las leyes de competencia ha conllevado a mejoras en la productividad y con efectos positivos sobre la inversión en los países en desarrollo, donde estas leyes contribuirían con mejorar la confianza empresarial y reducir la corrupción⁸⁵.

En relación con la inversión, uno de los mecanismos mediante los cuales las políticas de competencia pueden contribuir con ella es a través del incremento del número de empresas. De acuerdo con Kee y Hoekman (2007), la introducción de las leyes de competencia tiene un efecto duradero positivo e importante en el número de empresas en la industria: después de 25 años, el número de empresas se incrementó en un 29% en una muestra de 28 industrias en 42 países.⁸⁶

Finalmente, otros estudios han analizado el efecto que tiene sobre la inversión la eliminación de las barreras a la entrada y el establecimiento de un entorno competitivo. Gutmann y Voigt (2014)⁸⁷, tras realizar un análisis de regresión transversal, encontraron que este efecto generó un incremento de entre 2% a 3% mayor del PBI en países que tienen legislación en materia de competencia con respecto a los que no la tienen, debido a un incremento mayor de la inversión que de la productividad, lo que reflejaría la mayor confianza empresarial que generan las políticas de competencia.

2.2. Beneficios específicos de la propuesta

(i) Mayor eficiencia resolutive.-

Como se ha podido observar, una parte significativa de las propuestas aquí presentadas impactan de manera positiva en los plazos y recursos dedicados a las actividades de investigación, instrucción y sanción de conductas anticompetitivas.

Este objetivo se consigue al permitir a los administrados el acceso a mecanismos celeres y eficientes cuando decidan voluntariamente reconocer su responsabilidad en una infracción imputada, generando incentivos a que presten su colaboración a la Secretaría Técnica y la Comisión en la detección y sanción

⁸² GUTMANN, J. y S. VOIGT (2014). *Lending a Hand to the Invisible Hand? Assessing the Effects of Newly Enacted Competition Laws*. Assessing the Effects of Newly Enacted Competition Laws.

⁸³ NICKELL, S. (1996). *Competition and Corporate Performance*. Journal of Political Economy 104(4), 724-746.

⁸⁴ BUCCIROSSI, P., L. Ciari, T. Duso, G. Spagnolo y C. Vitale, (2013). *Competition policy and productivity growth: an empirical assessment*. Review of Economics and Statistics, 95(4), 1324-1336.

⁸⁵ OECD (2014). *Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia*. Disponible en www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-print-es.pdf (último acceso el 20 de agosto de 2015).Pp 3, 11, 19.

⁸⁶ KEE, H. y B. HOEKMAN (2007). *Imports, Entry and Competition Law as Market Disciplines*. European Economic Review, Vol. 51(4), pp. 831-858.

⁸⁷ GUTMANN, J. y S. VOIGT (2014). *Lending a Hand to the Invisible Hand? Assessing the Effects of Newly Enacted Competition Laws*. Assessing the Effects of Newly Enacted Competition Laws.

de las conductas anticompetitivas más graves, o para revertir de manera voluntaria y efectiva el daño provocado sobre el mercado, con el consecuente beneficio a los consumidores y al sistema de defensa de la competencia.

De la misma manera, promover la colaboración internacional con otras agencias de competencia puede facilitar la obtención de información relevante y agiliza la tramitación de procedimientos que por tener carácter internacional resultan altamente complejos, con el consecuente ahorro en tiempo y recursos, que pueden ser dedicados a otros procedimientos o a actividades de abogacía de la competencia.

(ii) Incremento en la capacidad de detección y sanción de infracciones.-

Reforzar la capacidad de la Secretaría Técnica y de la Comisión para detectar e investigar conductas anticompetitivas, en particular, aquellas que más gravemente afectan el desenvolvimiento de los mercados, como son los cárteles, redundará positivamente sobre la dinámica competitiva y sobre el bienestar de los consumidores en los distintos sectores.

De acuerdo con la OECD⁸⁸, algunos de los principales cárteles detectados en el mundo habrían operado durante muchos años, incluso décadas, sobre todo en países donde no ha existido de forma activa una persecución de los cárteles, estimándose el daño medido en términos de afectación del comercio de entre 3% y 65%.

En tal sentido, de acuerdo con diversos autores como Aubert *et al.* (2003)⁸⁹ y Hammond (2000)⁹⁰, los programas de clemencia constituyen una herramienta muy eficaz para prevenir, detectar e investigar las actividades de un cártel. En términos numéricos, Borrell *et al.* (2012)⁹¹, encontraron que los programas de clemencia aumentan la percepción de eficacia entre un 10% a 21%, convirtiéndose así en un arma de disuasión masiva para las autoridades de competencia.

En ese sentido, como se ha señalado, reforzar las reglas aplicables a los procedimientos de exoneración de sanción a cambio de la colaboración del solicitante en la persecución de un cártel puede convertir, a ésta, en la principal herramienta del combate a tales infracciones, en línea con la experiencia comparada.

⁸⁸ OECD (2002). *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws*. Disponible en <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf> (accedido el 20 de agosto de 2015).

⁸⁹ AUBERT, C., P. REY y W. KOVACIC (2003). *The Impact of Leniency Programs on Cartels*. Disponible en http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/re/y/impact_leniency.pdf (accedido el 20 de agosto de 2015).

⁹⁰ HAMMOND, S. (2000). *Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program*. Antitrust Division U.S. Department of Justice. Disponible en <http://www.justice.gov/atr/speech/detecting-and-deterring-cartel-activity-through-effective-leniency-program>

⁹¹ BORRELL, R., J. JIMÉNEZ y C. GARCÍA (2012). *Evaluating Antitrust Leniency Programs*. Disponible en <http://www.uma.es/media/tinyimages/file/20130218.pdf> (accedido el 20 de agosto de 2015).

Las capacidades de la autoridad son también reforzadas al esclarecer las facultades de la autoridad en el marco de las visitas de inspección y facilitar su desarrollo, sin perjuicio de las garantías que corresponden a todo administrado.

Aguzzoni *et al.* (2013)⁹² estudiaron el impacto de la aplicación de las políticas de competencia sobre los precios de las acciones de las empresas y determinaron que las inspecciones sorpresa y la determinación de las infracciones efectuadas por la Comisión Europea pueden tener un efecto disuasivo importante (incluso más que la multa finalmente aplicada). Para tener una idea de la importancia de estas medidas, los autores señalaron que las multas representaron menos del 10% de la pérdida de valor de mercado que finalmente enfrentaron las empresas tras la cesación de las actividades ilegales.

Finalmente, reforzar las posibilidades de cooperación del Indecopi con otras autoridades de competencia a nivel internacional, puede permitirle a la autoridad emprender actuaciones coordinadas para enfrentar cárteles supranacionales, que involucran un alto grado de complejidad y promover otro tipo de actuaciones (estudios de mercado coordinados o capacitaciones conjuntas) de interés mutuo.

(iii) Incremento en la capacidad disuasiva de la autoridad.-

Como se puede colegir también, la mayor capacidad de la autoridad de detectar y acreditar la comisión de infracciones genera un mayor efecto disuasivo en potenciales infractores e incrementa los incentivos a cumplir con el ordenamiento jurídico que tutela la libre competencia. El efecto disuasivo se produce, por un lado, al menoscabar el beneficio esperado de emprender una conducta infractora y, por otro lado, al desestabilizar las sostenibilidad de un cártel, generando desconfianza entre sus miembros y reforzando los incentivos a competir en el mercado.

Así, por ejemplo, una encuesta del Reino Unido conducida por London Economics y la Office of Fair Trading (OFT) en el 2011⁹³ indicó que por cada caso de abuso de posición dominante, 12 infracciones potenciales son disuadidas; para cada caso cártel, 28 infracciones potenciales son disuadidas y para cada caso de acuerdos comerciales, 40 infracciones potenciales son disuadidas. Gracias ello, es probable que los beneficios de una lucha efectiva contra los monopolios se encuentren por encima de los gastos del gobierno en dicha ejecución.

Nótese que el desarrollo de una práctica colusoria genera una pérdida importante para el bienestar económico, particularmente en economías en

⁹² AGUZZONI, L., G. LANGUS y M. MOTTA (2013). *The effect of the EU antitrust investigations and fines on a firm's valuation*, Journal of Industrial Economics, Vol. 61(2), pp. 290-338. Complementariamente también se puede consultar: ILZKOVITZ, B. y A. DIERX (2015). *Ex-post Economic Evaluation of Competition Policy Enforcement: A Review of the Literature*. Directorate-General for Competition - European Commission. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/expost_evaluation_competition_policy_en.pdf

⁹³ LONDON ECONOMICS y OFT (2011). *The Impact of Competition Interventions on Compliance and Deterrence*, OFT Report No. 1391, December. Disponible en: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/Evaluating-OFTs-work/oft1391.pdf.

desarrollo como el Perú. Por ejemplo, Ivaldi *et al.* (2014)⁹⁴ encontraron que los casos de cárteles descubiertos generaron en términos de ventas afectadas en relación con el PBI, una ratio de entre 0,01% (cifra reportada para Perú) y 3,74% (correspondiente a Sudáfrica); mientras que en términos de los ingresos excedentes obtenidos por los cárteles, el daño real alcanzó casi el 1% del PBI para los casos de Corea del Sur en el 2004 y de Sudáfrica en el 2002.

El análisis de Ivaldi *et al.* (2014) también muestra que en promedio, un cártel disminuye el nivel de producción en un 15% del mercado afectado⁹⁵ y que la probabilidad anual de descubrimiento de un cártel es alrededor del 24%, lo que sugiere que el daño real es al menos cuatro veces más grande. Como dato adicional, de acuerdo con Bolotova y Connor (2006)⁹⁶, el cartel promedio induce a que los precios se encuentren entre 17% y 30% más altos respecto a una situación sin cartel⁹⁷.

Este efecto positivo, además, se intensifica al reforzar el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas con la finalidad de comprender en él a determinados agentes que podrían tener incentivos y capacidad para organizar o administrar cárteles, en grave perjuicio de la competencia y del bienestar de los consumidores.

(iv) Mayor claridad en las obligaciones de los administrados.-

La claridad en las normas que establecen obligaciones para los administrados es uno de los atributos de mayor importancia, sobre todo considerando –como en el caso de las normas de defensa de la libre competencia– el tipo y la onerosidad de las posibles sanciones y medidas correctivas aplicables. Con ello, resulta una prioridad eliminar la imprecisión o ambigüedad en las reglas aplicables, en la medida que podrían generar expectativas injustificadas o disuadir innecesariamente conductas legítimas.

De esta manera, al precisar definiciones como la de las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta y al reforzar las reglas sobre el tratamiento de la información confidencial, se otorga predictibilidad a los administrados sobre el alcance de sus obligaciones y derechos frente a la autoridad.

⁹⁴ IVALDI, M., A. KHIMICH y F. JENNY (2014). *Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries*. UNCTAD.

⁹⁵ Nótese que en una industria cartelizada que contribuye de manera significativa a la economía nacional, las prácticas colusorias perjudican a los consumidores no sólo en términos inflacionarios, sino también porque limitan el consumo.

⁹⁶ BOLOTOVA, Y. y J. CONNOR (2006). *Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis*. *International Journal of Industrial Organization*, 24, 1109–1137.

⁹⁷ Una revisión más amplia de este tipo de beneficios se puede encontrar en: ILZKOVITZ, B. y A. DIERX (2015). *Ex-post Economic Evaluation of Competition Policy Enforcement: A Review of the Literature*. Directorate-General for Competition - European Commission. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/expost_evaluation_competition_policy_en.pdf

(v) Mayor impacto de las actividades de promoción de la competencia.-

Como se ha señalado, un marco normativo adecuado en materia de estudios de mercado puede resultar determinante para ordenar y reforzar las actividades de promoción de la competencia a través del ejercicio de las facultades de abogacía, que, estando dirigidas a eliminar barreras a la entrada o permanencia de competidores y a promover la competitividad de los mercados, resultan sumamente beneficiosas para los consumidores en los diversos sectores económicos involucrados.

Finalmente, cabe resaltar que los posibles costos derivados de la implementación de la presente iniciativa se encuentran asociados a las actividades que actualmente realizan los órganos del Indecopi en el marco de sus funciones de promoción y defensa de la competencia. Al respecto, de acuerdo al presupuesto ejecutado por Indecopi durante el año 2014, se tiene que el gasto anual de las áreas de la Comisión y la Sala (en conjunto) asciende a un monto anual de S/. 4,70 millones⁹⁸. Dicha suma resulta mínima en comparación con los beneficios reales y potenciales que el refuerzo a las normas de libre competencia puede generar en los distintos sectores de la economía nacional. Sin perjuicio de ello, nótese que existen autores como Clougherty (2010), quien señala que aumentar los fondos de la política de competencia en cerca de US\$ 60 millones redundaría en un aumento del crecimiento económico de aproximadamente 0,84%⁹⁹.

En ese sentido, si bien se espera un incremento en los costos asociados a la mayor actividad de investigación de conductas anticompetitivas y de estudios de mercado, tales costos no resultan significativos en relación con los costos asumidos actualmente por la referida institución y, como se ha observado, se encuentran ampliamente justificados por los beneficios antes destacados.

III. IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Como consecuencia de su aprobación, promulgación y publicación, la propuesta modificará los artículos 2, 11, 14, 15, 18, 25, 26, 31, 32, 43, 46, 49 y la Tercera Disposición Complementaria Final; e incorporará el artículo, 26-A y la Quinta Disposición Complementaria Final al Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Asimismo, la propuesta modificará los artículos 28 y 58 del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, e introducirá la Tercera Disposición Complementaria a la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

⁹⁸ Dicho monto podría ser menor si se descontara el gasto asociado a las actividades que realiza la SDC para la atención de casos no relacionados a libre competencia, como por ejemplo casos asociados a eliminación de barreras burocráticas, dumping y subsidios, entre otros.

⁹⁹ Ver CLOUGHERTY, J. (2010). *Competition Policy Trends and Economic Growth: Cross-National Empirical Evidence*. International Journal of the Economics of Business, 17(1), 111-127. Disponible en <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13571510903516995#.U75kIPmSyVM> (último acceso el 20 de agosto de 2015).