

Anteproyecto de Ley que refuerza el sistema de promoción y defensa de la libre competencia

Julio de 2015

El presente documento contiene propuestas de modificaciones al Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, dirigidas a dotar de mayor eficacia al sistema de promoción y protección de la libre competencia.

La publicación de este documento tiene como propósito recoger las opiniones de los especialistas y del público en general, quienes podrán remitir sus comentarios a la dirección de correo electrónico (st.clc@indecopi.gob.pe) o mediante escrito dirigido a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia antes del 14 de agosto de este año.

INDECOPI

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

Teléfono: (51-1) 2247800 anexo 3101

Fax: (51-1) 2251096

ANTEPROYECTO DE LEY QUE REFUERZA EL SISTEMA DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El presente informe contiene una propuesta normativa que tiene por objeto la modificación del articulado vigente del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, con la finalidad de reforzar la eficacia y eficiencia del marco aplicable a sus funciones y las de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión), en particular, en relación con dos ejes esenciales: (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 esfuerzos de abogacía de la competencia.

ÍNDICE

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	1
I. Fundamentos de la propuesta normativa.....	2
1.1. Diagnóstico del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas	2
1.2. Represión de los facilitadores de cárteles (artículos 2 y 43).....	5
1.3. Definición de cárteles (artículo 11, inciso 2).....	6
1.4. Facultades en la realización de estudios de mercado (artículos 14 y 15).....	9
1.5. Facultades de investigación de la Secretaría Técnica (artículo 15)	11
1.6. Compromiso de cese (artículo 25)	17
1.7. Procedimiento de exoneración de sanción (artículo 26)	18
1.8. Reconocimiento de la imputación de cargos (artículo 26-A).....	27
1.9. Reserva del expediente y régimen de confidencialidad (artículos 31 y 32).....	27
1.10. Cooperación internacional (Tercera Disposición Complementaria Final).....	32
1.11. Competencia de los jueces contencioso administrativos bajo la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.....	34
II. Análisis costo-beneficio.....	34
III. Impacto de la vigencia de la propuesta en la legislación nacional	37
IV. Fórmula normativa	37

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 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.

En tal sentido, a continuación se desarrollan los fundamentos que sustentan las modificaciones contenidas en la fórmula normativa propuesta.

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA NORMATIVA

1.1. 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 701¹– 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 1034² 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 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).

¹ Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, publicado el 7 de noviembre de 1991.

² Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicada el 25 de junio de 2008.

- 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 abogacía 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 OECD³ 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»*⁴.

De la misma manera, la ICN⁵, ha observado que *«los acuerdos secretos que celebran los cárteles son un directo asalto a los principios de la competencia y son*

³ 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.

⁴ «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>

⁵ 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.

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»⁶.

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, esta Secretaría Técnica estima que 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:

- Mayor claridad en la definición de las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta (artículo 11.2).
- La reforma en el sistema de exoneración o reducción de sanciones por colaboración en la investigación y sanción de cárteles (artículo 26).
- Mayor claridad y el fortalecimiento de las competencias de la Secretaría Técnica en la realización de investigaciones (artículo 15).
- La inclusión de los «facilitadores» de cárteles como agentes bajo el ámbito de aplicación de la Ley (artículo 2).
- 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 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).

Por otro lado, en relación con los estudios de mercado⁷, 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

⁶ 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>

⁷ 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*».

distintos a la investigación de posibles infracciones son los informes de abogacía antes comentados, 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*⁸ en el cual se analizaron los marcos jurídicos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú; y se compararon las 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 resolutive, 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.

1.2. Represión de los facilitadores de cárteles (artículos 2 y 43)

La modificación del ámbito subjetivo contenida en el artículo 2 tiene como objetivo central incluir como destinatarios de la Ley a aquellas personas naturales o jurídicas que participan activamente en la planificación, ejecución o administración de un cártel,

⁸ 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.

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 comparada⁹, 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 competencia permita calificar su responsabilidad e imponer las sanciones o medidas correctivas correspondientes. Previsiones similares pueden ser encontradas en los ordenamientos jurídicos de Chile, Colombia, Estados Unidos, México y la Unión Europea.

Con ello, se propone adicionalmente la modificación del tercer inciso del actual artículo 43 de la Ley, para que, cuando sean personas naturales, a los «facilitadores» les correspondan las sanciones previstas también para los representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración de las personas jurídicas infractoras. Como en el caso de cualquier otro infractor, cuando los facilitadores sean personas jurídicas, les corresponderán las sanciones actualmente previstas en el primer inciso del artículo 43 de la Ley.

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

La modificación propuesta tiene por objetivo dotar de mayor claridad a la definición de las conductas sujetas a la prohibición absoluta (conocidos en la doctrina comparada como *hard core cartels* o, simplemente, cárteles).

Al respecto, cabe recordar que los artículos 8 y 9 del Decreto Legislativo 1034 establecen las reglas de carga de la prueba aplicables a las prohibiciones absolutas y a las prohibiciones relativas¹⁰. Así, los casos sometidos a una prohibición relativa se

⁹ 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.

¹⁰ **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.
Artículo 9.- Prohibición relativa.-
En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

caracterizan porque, además de probarse la existencia de la conducta investigada, se debe verificar que ésta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores (regla que corresponde a la denominada «*regla de la razón*»)¹¹. Por el contrario, en aquellos casos sometidos a una prohibición absoluta, sólo basta que se demuestre la existencia de la conducta investigada para declarar la existencia de una infracción administrativa («*regla per se*»).

Esta distinción normativa responde a la existencia de amplia experiencia jurisprudencial, nacional y extranjera, que ha permitido identificar determinadas conductas anticompetitivas que, en sí mismas, son restrictivas de la competencia y no generan mayor eficiencia en el mercado. Se trata de los denominados *hard core cartels*¹², prácticas colusorias horizontales que se caracterizan por contener restricciones esencialmente contrarias al proceso competitivo, existiendo en la actualidad consenso respecto a la ausencia de beneficios sociales y económicos legítimos¹³ como consecuencia de su ejecución, siendo consideradas a nivel internacional como las conductas anticompetitivas más dañinas, lo que ha motivado que se encuentren sometidas a una prohibición absoluta.

En tal sentido, de la misma manera que países como Canadá, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, México y Panamá han establecido prohibiciones absolutas para determinados *hard core cartels*, en el Perú dicha prohibición ha sido impuesta contra las prácticas colusorias horizontales recogidas en el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034: (i) la concertación de precios, (ii) la limitación de la producción, (iii) el reparto de mercado y (iv) las licitaciones colusorias. Otras jurisdicciones como Brasil, Chile y la Unión Europea establecen, de manera análoga, reglas sumamente drásticas en la calificación de estas infracciones.

Sin embargo, a diferencia del enfoque observado a nivel comparado, el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034 ha incorporado un criterio adicional para la determinación de las prácticas colusorias horizontales sujetas a una prohibición absoluta: la distinción entre aquellas conductas desarrolladas en el marco de competencia *inter marca* y aquellas desarrolladas en el marco de competencia *intra marca*¹⁴; calificando como prohibiciones absolutas únicamente aquellas prácticas colusorias horizontales en el

¹¹ Cabe precisar que, en los casos sometidos a una prohibición relativa, los investigados pueden demostrar que, a pesar de haber cometido la conducta investigada, ésta genera o podría generar efectos positivos o eficiencias en el mercado. En este escenario, la autoridad de competencia deberá hacer un balance entre los efectos negativos o anticompetitivos que ha identificado y los efectos positivos o procompetitivos que han demostrado los investigados. Si el balance es positivo, no se habrá configurado una infracción.

¹² Internacionalmente son consideradas bajo la categoría de *hard core cartels* los acuerdos, incluyendo decisiones o prácticas concertadas, que tienen por objeto la concertación de precios, la restricción de oferta, la asignación de territorios o clientes y las licitaciones colusorias. *International Competition Network. Defining Hard Core Cartels Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties*. Reporte elaborado por el ICN Working Group on Cartels. Cuarta Conferencia Anual, Bonn - Alemania, 6-8 de junio de 2005, página 10.

¹³ *OECD Competition Committee. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency*, 2002, páginas 75 y 76. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>

¹⁴ Se considera competencia *inter marca* a aquella competencia desarrollada por agentes que compiten en relación con productos de distinta marca u origen empresarial. Por el contrario, se considera competencia *intra marca* a aquella competencia desarrollada entre distribuidores o minoristas que compiten vendiendo productos de la misma marca u origen empresarial. Al respecto, ver: OECD. *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, 1993, página 17. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>

contexto de competencia *inter marca*. Esta opción elegida por el legislador peruano colisiona con los criterios contenidos en la doctrina sobre la materia, así como con la experiencia comparada¹⁵ en el tratamiento de los cárteles.

Ello, por cuanto la discriminación entre acuerdos *inter* e *intra marca* es únicamente relevante tratándose de restricciones *verticales*, es decir, al analizar las políticas comerciales de agentes productores que involucran restricciones a la competencia entre sus distribuidores, sean éstas de carácter territorial o vinculadas a precios.

En el caso de los acuerdos *horizontales*, como los cárteles, la diferencia de tratamiento entre acuerdos *intra* e *inter marca* resulta innecesaria, toda vez que la Ley vigente exige que los acuerdos sean no complementarios, con lo cual aquellos casos de acuerdos *intra marca* que sean accesorios, por ejemplo, a una política marcaria específica, no estarían sujetos a una prohibición absoluta. Pero además, la discriminación entre acuerdos horizontales *intra* e *inter marca* podría generar situaciones confusas de aplicación de la Ley en casos donde, por ejemplo, los agentes infractores defiendan acuerdos *desnudos* sobre precios de productos bajo el argumento que pertenecen a una misma marca o tienen el mismo origen empresarial; aunque la competencia entre ellos nada tenga que ver con una política marcaria.

Por ello, autores como Herbert Hovenkamp señalan que la prohibición absoluta (*regla per se*) es la regla de evaluación correcta para las conductas *intra marca* que califican como *hard core cartels*, debido, entre otros fundamentos, a que producen una clara afectación al proceso competitivo y a que resulta altamente improbable que existan beneficios derivados de este tipo de conductas hacia los consumidores¹⁶. En la misma

¹⁵ Así, por ejemplo, el artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica de México establece una prohibición absoluta, es decir, la nulidad de pleno derecho sin la posibilidad de defensa de eficiencia contenida en el artículo 55 de dicha norma para las «prácticas monopólicas absolutas», definidas como aquellos «contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas,
- V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones».

Reglas similares pueden encontrarse en las definiciones de cárteles recogidas por las normas y la jurisprudencia de jurisdicciones como Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos y los miembros de la Unión Europea, ninguna de cuales diferencia las prácticas colusorias horizontales en función a si se producen sobre competencia *intra* o *inter marca*.

¹⁶ De acuerdo con Hovenkamp: «[U]na restricción a la competencia impuesta por un cartel horizontal de distribuidores no debe ser tratada tan amigablemente como una simple restricción vertical. Primero, porque a pesar de que un cartel de distribuidores pueda alegar de manera sincera que la restricción horizontal a la competencia que establece sirve a un objetivo que hubiera justificado una restricción vertical pura, los distribuidores se encuentran incentivados para incrementar las ganancias para sí. Por el contrario, un productor no puede incrementar normalmente su poder a través de una restricción vertical, y tiene todos los incentivos para prevenir que la ganancia de los distribuidores no exceda a la necesaria para obtener una distribución efectiva. Segundo, podríamos dudar de manera razonable la alegación de un cartel de distribuidores que afirma que la competencia *intra marca* debe ser restringida para obtener una efectiva distribución. Si ese fuera el caso, el productor habría impuesto la restricción él mismo. Pero si no lo hubiera hecho, es probable que el cartel se equivoque o no sea sincero al alegar que la competencia debe ser restringida para obtener una distribución efectiva. Para estar seguros de ello, un productor debería estar equivocado, o debería desear la restricción pero ser tan lento para imponerla como para que los distribuidores se sientan impulsados a

línea, la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado reiteradamente¹⁷ a favor de la prohibición *per se* de aquellas prácticas colusorias horizontales *intra marca* (*dealers cartels*) que son en sí mismas restrictivas de la competencia y no generan mayor eficiencia en el mercado.

Teniendo en cuenta que la discriminación entre prácticas colusorias horizontales *intra* e *inter marca* no resultaría necesaria y, además, no encuentra mayor respaldo en la doctrina o la experiencia comparada, se propone eliminar el carácter *inter marca* como requisito para calificar una infracción bajo una prohibición absoluta conforme al artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034. De esta manera, estarán sujetas a la prohibición absoluta aquellas prácticas colusorias horizontales que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos, y que se manifiesten en alguna de las modalidades ya previstas en la Ley.

1.4. 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 términos¹⁸:

establecerla por sí mismos. Pero el letargo puede ser superado con argumentación, y la posibilidad de dicho error es tan inconsistente como para permitir a un cartel—con sus incentivos para incrementar sus ganancias—anular la preferencia de un productor sobre la competencia intra marca».

*Traducción libre de: «A restraint imposed by a horizontal dealer cartel should not be treated as hospitably as a similar vertical restraint. First, although a dealer cartel might be sincere in claiming that its horizontal restraint served an objective that would justify a purely vertical restraint, the dealers have an incentive to create excess profit for themselves. By contrast, a manufacturer cannot ordinarily increase its own power through a vertical restraint, and has every incentive to prevent excess dealer profit beyond that necessary for effective distribution. Second, we may reasonably doubt a dealer cartel's claim that intrabrand competition must be restrained in order to achieve effective distribution. If that were so, the manufacturer would presumably impose the restraint itself. But if it does not, the cartel is likely to be either mistaken or insincere in claiming that competition must be restricted for distribution to be effective. To be sure, a manufacturer might be mistaken, or it might desire the restraint and yet be so slow to impose it that dealers feel compelled to take matters into their own hands. But lethargy can be overcome by argumentation, and the possibility of error seems too insubstantial to allow a cartel—with its incentive to seek excess profit—to override a manufacturer's preference for intrabrand competition». En: Hovenkamp, Herbert J. *Vertical Restraints, Dealers with Power, and Antitrust Policy*. Iowa City: University of Iowa, College of Law, 2010, página 8.*

¹⁷ Así, por ejemplo: *United States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966), *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967), y *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972).

¹⁸ 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; and/or (ii) commitments by the competition (or competition and consumer) authority itself to take advocacy and/or enforcement action».

«[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 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 mercados¹⁹. 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.

De esta manera, 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 lo que corresponde al artículo 15, se propone dotar de mayor claridad a las funciones de la Secretaría Técnica en el marco de la realización de estudios de mercado y de propuestas de abogacía de la competencia. En la misma línea, se especifica que, en el marco de las investigaciones que realice para proponer a la Comisión el ejercicio de sus funciones de abogacía, la Secretaría Técnica podrá solicitar información relevante a los agentes económicos vinculados, directa o indirectamente, con el mercado investigado, bajo apercibimiento de imponerse las sanciones establecidas en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807²⁰ en caso de incumplimiento injustificado de tales requerimientos.

1.5. 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

¹⁹ 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).

²⁰ **Decreto Legislativo 807, Ley de 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 se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida 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.

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.

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 constitucional²¹, resulta imprescindible reconocer el papel de las visitas de inspección como una herramienta determinante en el combate de tales infracciones, 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.

Específicamente, las visitas de inspección incrementan la probabilidad de detección y sanción de conductas anticompetitivas, reforzando la capacidad de disuasión y la presencia de la autoridad en diversos sectores. Tal importancia ha sido reconocida por la Sala, que ha señalado lo siguiente:

«Las visitas de inspección sin notificación previa y el acceso inmediato a la documentación que se encuentre en el local son dos de las principales herramientas con las que cuenta la autoridad para la detección de conductas anticompetitivas que violan la Constitución, con objeto de identificar o encontrar evidencias de acuerdos de precios entre competidores. La experiencia de la Comisión demuestra que dicha diligencia puede resultar determinante para obtener pruebas de acuerdos sin otorgar oportunidad a que se altere, modifique o destruya la información.»²²

[Énfasis agregado]

Al ejercer esta facultad, la Secretaría Técnica tiene acceso inmediato a documentación que contiene el registro cotidiano de las actividades comerciales del administrado sujeto a investigación, lo que permite verificar de manera precisa su potencial participación en una conducta anticompetitiva. Al respecto, la experiencia de la Secretaría Técnica y de otras autoridades de competencia alrededor del mundo ha demostrado que el tipo de información que puede constituir evidencia de la existencia de una conducta anticompetitiva está actualmente contenida en medios digitales y, en particular, en correos electrónicos. Por ello, uno de los objetivos primordiales al realizar una visita de inspección es obtener copia de los correos electrónicos de propiedad del administrado investigado, sin perjuicio de cualquier información adicional que pueda requerirse, independientemente del soporte en la que esté contenida.

²¹ Ver considerando 63 de la Resolución 1263-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008.

²² Ver considerando 17 de la Resolución 1263-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008.

A pesar de los beneficios que implica el ejercicio de esta facultad, es evidente que supone una restricción al derecho al secreto de las comunicaciones, consagrado en el literal 10 del artículo 2 de la Constitución. En razón de ello, el propio Decreto Legislativo 1034, en el literal (c) de su artículo 15.3, establece que la Secretaría Técnica deberá solicitar una autorización judicial para proceder a copiar «correspondencia privada» que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos.

Lamentablemente, el fraseo utilizado en la norma ha originado que, en determinados casos, algunos administrados hayan argumentado que todo tipo de comunicación contenida en sus cuentas de correo electrónico tiene carácter privado y que, por lo tanto, la Secretaría Técnica deba solicitar una autorización judicial previa al realizar la inspección, negándose a cumplir con el requerimiento de la autoridad. Sin embargo, esta interpretación no resulta coherente con lo dispuesto en el texto constitucional.

Al respecto, el derecho al secreto de las comunicaciones ha sido reconocido en el literal 10 del artículo 2 de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Como puede apreciarse, el texto citado consta de dos partes. De manera reiterada, aquellos administrados que se han negado a cumplir con el requerimiento de la Secretaría Técnica en visitas de inspección han fundamentado su negativa en la primera parte del texto transcrito. En otras palabras, han considerado que la actuación de la autoridad en este tipo de diligencias equivale a abrir, incautar, interceptar o intervenir sus comunicaciones, actuación que sólo estaría permitida bajo mandato judicial.

Bajo la perspectiva de la Comisión y su Secretaría Técnica, tal interpretación no solo es incorrecta, sino que resulta incompatible con el texto constitucional. Ello puede corroborarse cuando se revisa el significado de los términos usados en el párrafo comentado. Al respecto, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, la palabra «abrir» significa «descubrir o hacer patente lo que está cerrado u oculto». Por otro lado, «incautar» supone «privar a alguien de alguno de sus bienes como consecuencia de la relación de estos con un delito, falta o infracción administrativa», así como también «apoderarse arbitrariamente de algo». Por su parte, la palabra «interceptar» es definida como «apoderarse de algo antes de que llegue a su destino»

y «*detener algo en su camino*». Finalmente, la palabra «*intervenir*» equivale a «*espíar, por mandato o autorización legal, una comunicación privada*».

Resulta evidente del sentido de las acepciones correspondientes a las palabras contenidas en el primer párrafo del mandato constitucional citado, que sólo ciertas actividades se encuentran sujetas a la obtención de un mandato judicial para poder ser llevadas a cabo. Estas suponen, en relación con la comunicación, telecomunicación o sus instrumentos, el desconocimiento de su titular de que se están llevando a cabo (intercepción e intervención), o suponen abrir éstas al encontrarse cerradas (lo que lleva a pensar en la acción de abrir como una actividad complementaria al acto de intervenir o interceptar, que también se daría sin conocimiento del titular); o también, llevarse dichas comunicaciones arbitrariamente sin su conocimiento (incautar).

Dicho de otro modo, el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones es conculcado cuando no se cumple la obligación de contar con un mandato judicial en aquellas situaciones en donde existe una intromisión en las comunicaciones de un tercero sin que se cuente con su aquiescencia o aceptación. Esta interpretación ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 29 de enero de 2003 recaída en el Expediente 2863-2002-AA/TC, mediante la cual delimitó la esfera de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, estableciendo que:

*«El concepto de “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados () comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello. () De manera que es inconstitucional, prima facie, que éstos [se refiere a las comunicaciones²³] se intercepten y, sin contarse con la autorización de su destinatario, se acceda a su contenido».*²⁴

[Énfasis agregado]

En la misma línea, sobre la interceptación y divulgación de conversaciones telefónicas, el Tribunal Constitucional ha expresado que «*la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que sea legítima*»²⁵.

²³ Específicamente, la cita se refiere a los recibos por servicios públicos que fueron materia del proceso de amparo resuelto en el Expediente 2863-2002-AA/TC.

²⁴ Sentencia del 29 de enero de 2003. Cabe señalar que este criterio ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en otras oportunidades. Al respecto, ver el fundamento 359 de la Sentencia recaída en el Expediente 003-2005-PI/TC del 9 de agosto de 2006; el fundamento 3 del voto del Magistrado Calle Hayen, correspondiente a la Sentencia recaída en el Expediente 3599-2010-PA/TC del 10 de enero de 2012; y el fundamento 3 del voto del mismo magistrado, correspondiente a la Sentencia recaída en el Expediente 114-2011-PA/TC del 10 de enero de 2012.

²⁵ Al respecto, véase el fundamento 20 de la Sentencia recaída en el Expediente 00655-2010-PHC/TC del 27 de octubre de 2010. Este criterio ha sido asumido también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, párrafos 129 y 147.

Por ende, no es correcto afirmar que el primer párrafo del literal 10 del artículo 2 de la Constitución es aplicable a las actuaciones de la Secretaría Técnica en el marco de una visita de inspección. Los supuestos de hecho que este párrafo contempla implican una intromisión a las comunicaciones de un tercero que éste desconoce. En cambio, en una visita de inspección, la Secretaría Técnica indica al administrado investigado que sus comunicaciones serán revisadas y, en última instancia, copiadas para su posterior análisis y confrontación con otros elementos de prueba.

Situación distinta ocurre si se confrontan las disposiciones del segundo párrafo del mencionado texto constitucional con el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034. Efectivamente, en esta disposición se hace explícita referencia a que los libros, comprobantes, documentos contables y documentos administrativos pueden ser inspeccionados y fiscalizados por la autoridad competente, conforme a ley, sin necesidad de una autorización judicial, con excepción de aquellos casos en los que se requiera incautarlos o sustraerlos.

No cabe duda que, desde hace ya algunos años, el correo electrónico se ha convertido en la herramienta más utilizada para el envío y recepción de asuntos comerciales y ha reemplazado el uso de documentos físicos, como los memorandos u oficios. Puede entonces afirmarse que el correo electrónico es uno de los documentos administrativos más importantes utilizados por empresas y agentes económicos en general al momento de desarrollar sus actividades comerciales. Su uso, por lo demás, no debería generar ninguna expectativa de confidencialidad en los trabajadores, pues el uso de tales medios les ha sido conferido para fines distintos a los de carácter estrictamente personales.

Este razonamiento ha sido adoptado por varios magistrados en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de enero de 2012, recaída en el Expediente 3599-2010-PA/TC. Entre ellos, el magistrado Eto Cruz, al momento de sustentar su voto, expresa lo siguiente:

«[E]l trabajador no puede deducir, objetiva y razonablemente, que dicho medio técnico [el correo electrónico laboral] cuenta con la garantía del secreto o confidencialidad, pues ni el medio le pertenece ni le ha sido entregado con otros fines que queden fuera de la esfera de intereses del empleador. No existe, por tanto, una expectativa de que lo comunicado a través de dichos medios técnicos se sitúe en el margen de privacidad y secreto, que busca proteger el derecho al secreto de las comunicaciones. Efectuando las analogías, puede decirse que el e-mail laboral y el chat o mensajero interno, son medios de comunicación laboral, al igual que los clásicos memorandos, oficios o requerimientos, sólo que más rápidos, prácticos y ecoeficientes que estos últimos. Y no se puede desprender, razonablemente, por su propia naturaleza, que un oficio, memorando o requerimiento sea un medio de comunicación sobre el que quepa guardar una expectativa de secreto o confidencialidad.»

[Énfasis agregado]

Por consiguiente, si se considera que los correos electrónicos son un tipo de documento administrativo, su inspección y fiscalización pueden ser realizadas por la Secretaría Técnica, conforme a ley y sin necesidad de una autorización judicial, salvo que, por motivos debidamente fundamentados, se requiera incautar los equipos en los que dichos correos electrónicos estén contenidos, obligación que también ha sido recogida en el literal f) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo 1034²⁶. Asimismo, para guardar coherencia entre el texto constitucional y el Decreto Legislativo 1034, la interpretación correcta de la frase «*correspondencia privada*» contenida en el artículo 15.3 debería comprender sólo a aquellos correos electrónicos que contengan información de titularidad exclusiva de los trabajadores y que sean ajenos a la actividad comercial que realiza su empleador pero que puedan ser utilizados para la planificación y ejecución de conductas anticompetitivas.

En atención a estas consideraciones, con la finalidad de otorgar mayor claridad a las facultades de la Secretaría Técnica, brindar mayor predictibilidad a los administrados y evitar que, debido a una interpretación incorrecta, los administrados se nieguen a cumplir con los requerimientos formulados en el marco de una visita de inspección, la modificación propuesta involucra varios aspectos del literal (c) del artículo 15.3.

Una de las modificaciones más importantes consiste en precisar cuál es el tipo de información que la Secretaría Técnica puede inspeccionar sin necesidad de mandato judicial. De esta manera, se requerirá autorización judicial cuando se proceda a copiar comunicaciones de titularidad exclusiva de los trabajadores, representantes, directores, gerentes o dependientes del agente económico investigado. Por el contrario, dicha autorización no será necesaria si la Secretaría Técnica requiere copia de las comunicaciones relacionadas con la actividad comercial del administrado investigado.

También es necesario advertir que la propuesta legislativa 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 Indecopi²⁷. En numerosas ocasiones, los indicios 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.

²⁶ **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

f) Excepcionalmente y con previo acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de diez (10) días hábiles prorrogables por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del local en que se encuentren, hasta por quince (15) días hábiles, requiriendo de autorización judicial para proceder al retiro, conforme al proceso especial previsto en el literal c) del numeral 15.3 del presente Artículo.

²⁷ 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.

En tal sentido, resulta más coherente que el encargado de emitir una autorización, en los casos en que se requiera acceso a comunicaciones de titularidad exclusiva de los trabajadores, sea el Juez familiarizado con los temas de competencia del Indecopi en lugar del Juez Penal, quien estará 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 injustificadamente limitado.

1.6. Compromiso de cese (artículo 25)

El compromiso de cese es una figura jurídica que supone la suspensión del procedimiento administrativo sancionador a cambio del cumplimiento de un compromiso efectuado por el o los investigados en un procedimiento. La importancia de esta figura radica en que posibilita 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.

No obstante, 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 estos casos, los consumidores podrían 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 del sistema de defensa de la libre competencia.

A propósito 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 ordenamiento, se ha señalado lo siguiente: *«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»*²⁸.

Cabe mencionar que esta herramienta, desde la vigencia del Decreto Legislativo 1034, sólo ha sido utilizada en tres oportunidades, a pesar de los beneficios derivados de la terminación anticipada de un procedimiento administrativo como consecuencia de la aplicación de un compromiso de cese en aquellos casos en los que la conducta anticompetitiva imputada no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores.

Con la intención de favorecer el uso de este mecanismo, la propuesta legislativa plantea algunas modificaciones al artículo 25 del Decreto Legislativo 1034. En particular, se propone eliminar el requisito referido a exigir a los imputados reconocer todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite, para

²⁸ BENEYTO, José María. *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 395.

incentivar a aquellos imputados que, aun cuando consideren por diversas razones que su conducta no constituye una infracción administrativa; deseen no obstante evitar verse involucrados en un procedimiento largo y complejo, a cambio del ofrecimiento de medidas dirigidas a restablecer el proceso competitivo y revertir los efectos nocivos de la conducta imputada.

Finalmente, se han precisado 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, de ser aplicable, la reversión de sus efectos.

1.7. 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 prácticas colusorias horizontales –en particular, aquellas 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.

Originada en la práctica de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1978, y reforzada 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 recompensa²⁹.

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

²⁹ «*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 Program*, discurso realizado en el *ICN Workshop on Leniency Programs Sydney*, Australia. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>

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 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 desarrollo 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 de sanción, 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 posibilidad del líder del cártel de acceder únicamente 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.

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 adecuado 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)³⁰, 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»³¹. 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»³². 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 otros³³.

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 que sea

³⁰ 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.

³¹ 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).

³² OECD, *Use of Markers in Leniency Programs*, Nota de la Secretaría General, 16 de diciembre de 2014, p. 5.

³³ 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 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.

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 la aplicación del párrafo citado ha sido interpretada 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.

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 fraseo 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, ésta deberá otorgar la exoneración o reducción de la multa, según corresponda. Esta solución es similar a la utilizada en otras jurisdicciones en las que dos autoridades pueden intervenir en el procedimiento de solicitud de clemencia³⁴.

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 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 de la conducta³⁵.

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

³⁴ 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.

³⁵ **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)

manera precisa en el artículo 26, es decir, la suscripción del compromiso y el cumplimiento de su deber de 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, si bien dicha reducción es sustancialmente 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 investigaciones³⁶.

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

³⁶ OECD, *Leniency for Subsequent Applicants*, contribución de la Secretaría General, 2012, páginas 11 a 12.

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.

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.»³⁷

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

El segundo de los aspectos que esta Secretaría Técnica considera 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 clemencia³⁸.

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 aplicable³⁹. 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

³⁷ Ver 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

infractor que brinde información acerca de una conducta anticompetitiva distinta a aquella para la cual solicitó clemencia en primer lugar (*leniency plus*)⁴⁰.

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)⁴¹.

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:

- 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 líder del cártel

Por último, la modificación propuesta establece que aquél agente que haya liderado la ejecución de una conducta sujeta a la prohibición absoluta (es decir, un *hard core cartel*) no podrá beneficiarse de la exoneración de sanción.

Al respecto, la proscripción de este beneficio para el denominado *ringleader* tiene por objetivo desincentivar a los agentes económicos a asumir la organización, liderazgo o ejecución de un cártel, impidiendo su conformación o desestabilizando su existencia, reforzando de esta manera el objetivo disuasivo de la Ley.

Por ello, diversas jurisdicciones han optado por establecer una prohibición de beneficios para el agente que haya liderado la conducta infractora. En efecto, reglas de esta naturaleza pueden encontrarse en los sistemas implementados en Australia, Canadá, Colombia, Chile, Estados Unidos, Japón, la Unión Europea y varios de sus miembros, entre otros⁴².

⁴⁰ Ver numeral 8 del artículo 86 de la Ley 12.529, del 30 de noviembre de 2011.

⁴¹ 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.

⁴² Al respecto, véase: International Competition Network, Anti-cartel Enforcement Manual, Chapter 2: Drafting an effective leniency policy, Abril 2014. Disponible en : <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>

Sin perjuicio de lo señalado, con la finalidad de incentivar la presentación de un mayor número de solicitudes y a la vez enviar una mayor señal de inestabilidad para los cárteles, se ha recogido la posibilidad de que aquél agente que haya liderado la ejecución de una conducta sujeta a la prohibición absoluta pueda acceder a una reducción de sanción, según su prelación, si cumple con los requisitos establecidos para obtener dicho beneficio. Esta regla puede también encontrarse en el sistema implementado en la Unión Europea.

1.8. 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 propuesta sigue, en parte, 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 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 competencia⁴³.

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.

1.9. 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

⁴³ Al respecto, véase: OECD, *Plea Bargaining*, Policy Roundtables, 2006, (DAF/COMP(2007)38. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/40080239.pdf>

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 funcional⁴⁴, el acceso a los pronunciamientos 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

⁴⁴

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]

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 técnica⁴⁵ 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 sancionador⁴⁶.

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 otros⁴⁷.

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 personas⁴⁸ y la Secretaría Técnica debe tomar todas las medidas necesarias para garantizar su reserva⁴⁹.

⁴⁵ **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]

⁴⁶ **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 las denuncias, según corresponda; [Énfasis agregado]

⁴⁷ 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.

Disponible en:

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

⁴⁸ **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.

⁴⁹ **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 32.- Información confidencial.-

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»⁵⁰.

[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»⁵¹.

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 Constitución⁵².

Por estas razones, de acuerdo con la jurisprudencia dictada por el Tribunal del Indecopi, el derecho de defensa tiene preferencia frente al derecho a la confidencialidad de determinada información que asiste a los administrados. Así, por ejemplo, en la Resolución 1551-2011/SC1-INDECOPI, del 21 de setiembre de 2011, la

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.

⁵⁰ Ver numeral 24 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC.

⁵¹ 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.

⁵² **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.

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]

Esta materia fue abordada nuevamente en la Resolución 1671-2012/SC1-INDECOPI, del 7 de agosto de 2012. En dicha oportunidad, se discutió la nulidad de una Resolución de Inicio emitida por la Secretaría Técnica en la que las pruebas de cargo no fueron mostradas a las imputadas ya que su confidencialidad todavía se encontraba pendiente de decisión. En razón de esta situación, la Sala manifestó lo siguiente:

«De la revisión de la versión pública de la Resolución 017-2010/ST-CLCINDECOPI notificada a las partes, la Sala aprecia que en efecto, en dicho acto administrativo no se detalla el contenido de los medios de prueba que sustentarían la imputación de cargos contra las investigadas. ()

A su vez, tal como se advierte de la propia resolución, ello se debería a que se encontraba pendiente la evaluación de las solicitudes de confidencialidad formuladas por las diversas empresas respecto de la información contenida en los correos electrónicos que fue empleada por la Secretaría Técnica de la Comisión en la resolución materia de impugnación.

Sobre el particular, esta Sala considera que el hecho que la resolución de imputación de cargos no permita conocer el detalle del contenido de los medios de prueba que precisamente sustentan el inicio de la investigación constituye un vicio en la motivación del acto impugnado que conlleva a una vulneración al derecho de defensa que asiste a las partes del procedimiento.»

[Énfasis agregado]

Como puede apreciarse, 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»⁵³.

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 debe ser puesta necesariamente en conocimiento de las partes, para evitar posibles perjuicios derivados de la revelación de secretos comerciales o industriales o de información relacionada con la intimidad personal y familiar.

1.10. 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

⁵³ Numeral 4.3 de la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, del 15 de febrero de 2008.

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.

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, actualmente únicamente ocho⁵⁴ serían aplicables, 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 cooperar con sus pares en otras jurisdicciones. De esta forma, las actividades 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.

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 1034.⁵⁵

⁵⁴ Se refiere a los Estados con los que el Perú ha firmado tratados de libre comercio que incluyen capítulos sobre políticas de competencia y que son: Canadá, Chile, Corea del Sur, Costa Rica, Japón, Panamá, Singapur y Estados Unidos. Asimismo, el Perú ha firmado un Acuerdo Comercial con la Unión Europea, del que también es parte Colombia, en el que se incluye determinadas disposiciones sobre cooperación entre las autoridades de competencia europea (Dirección General de Competencia de la Comisión Europea), peruana (Indecopi) y colombiana (Superintendencia de Industria y Comercio).

⁵⁵ **Decreto Legislativo 1034**

Finalmente, se ha agregado un párrafo que permite a la Secretaría Técnica y a la Comisión realizar notificaciones, por sí mismas y de manera directa, a aquellos administrados cuyos domicilios se encuentren en el extranjero, con la finalidad de evitar dilaciones injustificadas que puedan surgir en aplicación del procedimiento de notificación a administrados que se encuentren en el extranjero sin haber dejado representación legal en el Perú, regulado por el artículo 23.1.2 de la Ley 27444⁵⁶ y el artículo 519 del Reglamento Consular⁵⁷.

1.11. 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, en particular, aquellas relacionadas con el procedimiento de autorización descrito en el literal (c) del referido artículo, 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 resolutores del Indecopi, en relación con el procedimiento de autorización previsto en el literal (c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034.

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:

(i) Mayor eficiencia resolutive.-

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.

⁵⁶

Artículo 23.- Régimen de publicación de actos administrativos

23.1 La publicación procederá conforme al siguiente orden:

23.1.2 En vía subsidiaria a otras modalidades, tratándose de actos administrativos de carácter particular cuando la ley así lo exija, o la autoridad se encuentre frente a alguna de las siguientes circunstancias evidenciables e imputables al administrado:

- Cuando se hubiese practicado infructuosamente cualquier otra modalidad, sea porque la persona a quien deba notificarse haya desaparecido, sea equivocado el domicilio aportado por el administrado o se encuentre en el extranjero sin haber dejado representante legal, pese al requerimiento efectuado a través del Consulado respectivo.

⁵⁷

Decreto Supremo 076-2005-RE, Reglamento Consular del Perú

Artículo 519.- El funcionario consular certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados soliciten por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores o la misma Oficina Consular, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su 92 circunscripción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el acta que se anexará al duplicado de la misma que devolverá a los interesados. Para efectos legales en el Perú, dicha acta deberá contar con la legalización del área respectiva del Ministerio de Relaciones Exteriores.

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 céleres 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 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 el dinamismo competitivo y sobre el bienestar de los consumidores en los distintos sectores.

En particular, 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.

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.

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.

Este efecto positivo es además intensificado 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, al clarificar las obligaciones de los administrados en el marco de las visitas de inspección 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.

(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. 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, 11.2, 14, 15, 25, 31, 32, 43 y la Tercera Disposición Complementaria Final; sustituirá el artículo 26; e incorporará el artículo 26-A al Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Asimismo, la propuesta introducirá una Tercera Disposición Complementaria a la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

IV. FÓRMULA NORMATIVA

A continuación se reproduce la fórmula normativa propuesta.

ANTEPROYECTO DE LEY N° [XXXX]

LEY QUE REFUERZA EL SISTEMA DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artículo 1.- Ámbito de aplicación subjetivo

Incorpórese en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el numeral 2.4, en los siguientes términos:

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

()

2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado ofertando o demandando los bienes o servicios materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción administrativa sujeta a la prohibición absoluta.”

Artículo 2.- Prácticas colusorias horizontales

Sustitúyase el numeral 11.2 del artículo 11 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por el siguiente texto:

“Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

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

Artículo 3.- Facultades de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi

Modifíquese el literal e) del numeral 14.2 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

“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. **En estos casos, las autoridades administrativas antes referidas deberán emitir una respuesta explicando su posición en relación con las propuestas planteadas en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles desde su notificación, bajo responsabilidad;** y ()”.

Artículo 4.- Facultades de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi

4.1. Modifíquese el literal g) del numeral 15.2 del artículo 15 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

“Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

g) Realizar estudios y publicar informes, **incluyendo actividades de investigación dirigidas a proponer a la Comisión el ejercicio de las facultades establecidas en el literal e) del artículo 14.2. Para ello, la Secretaría Técnica podrá requerir información relevante a los agentes económicos vinculados al mercado investigado, bajo apercibimiento de poder imponerse las sanciones establecidas en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807 en caso de incumplimiento.”**

4.2. Sustitúyase el literal c) del numeral 15.3 del artículo 15 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por el siguiente texto:

“Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

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

(c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos. Para ello, podrá examinar libros, registros, documentación, **comunicaciones y bienes, independientemente del soporte en el que estén contenidos y tomar la declaración de las personas que se encuentren en dichos locales. En el acto de la inspección, la Secretaría Técnica podrá tomar copia de archivos físicos, magnéticos o electrónicos, incluyendo copia de las comunicaciones relacionadas con la actividad comercial del agente económico investigado, así como de cualquier documento que se estime pertinente. La Secretaría Técnica podrá también tomar las fotografías o llevar a cabo las filmaciones que estime necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública.**

La Secretaría Técnica deberá obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso hubiera negativa a la entrada en los locales o éstos estuvieran cerrados; o, **para copiar comunicaciones de titularidad exclusiva de los trabajadores, representantes, directores, gerentes o dependientes del agente económico investigado, conforme al proceso especial que a continuación se detalla:**

(i) La Secretaría Técnica solicitará al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo con competencia para conocer de las impugnaciones contra las decisiones de los órganos resolutivos del Indecopi una cita para obtener una autorización con la finalidad de proceder de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, sin mencionar el nombre del agente económico que será materia de inspección sin previo aviso.

(ii) Recibida la solicitud, el Juez programará, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, y bajo responsabilidad, una reunión con la Secretaría Técnica, en la que podrá estar presente un Fiscal.

(iii) En el despacho del Juez, y en la hora programada, el Secretario Técnico explicará al Juez y, de ser el caso, también al Fiscal, las razones de su solicitud de autorización, presentando la información o exhibiendo los documentos que evidencien la existencia de indicios de la comisión de una infracción administrativa por parte de la persona o empresa que será materia de inspección, la que será identificada en el acto, así como el local donde se realizará la inspección. En dicha reunión, si el Juez estima que la solicitud resulta justificada, la declarará procedente y emitirá la resolución correspondiente. De considerarlo necesario, se levantará un Acta suscrita por todos los presentes.

(iv) En la resolución mencionada en el párrafo anterior se señalará el nombre, denominación o razón social de la persona o empresa que será inspeccionada por la Secretaría Técnica así como el lugar donde se encuentra ubicado el local o locales materia de inspección. Dicha resolución deberá motivar y especificar los alcances de la autorización correspondiente.

(v) En un plazo no mayor de tres (3) días de culminada la visita de inspección, la Secretaría Técnica elaborará un informe dando cuenta de los pormenores de la diligencia, que será remitido al Juez y, de ser el caso, al Fiscal que estuvo en la reunión.

(vi) Tanto el Juez como el Fiscal antes mencionados deberán guardar reserva absoluta del proceso especial descrito en los párrafos anteriores, bajo responsabilidad. Especialmente, tanto el Juez como el Fiscal deberán guardar absoluta reserva de los documentos remitidos por la Secretaría Técnica o de la información comunicada por ella al sustentar su pedido de autorización judicial, bajo responsabilidad.

(vii) En caso en que el Juez deniegue el pedido de autorización judicial solicitado por la Secretaría Técnica, se podrá levantar un acta en la que se consignen los motivos de la negativa. Además, la Secretaría Técnica podrá formular una nueva solicitud de autorización judicial. El incumplimiento, por parte del juez, de los plazos establecidos en el procedimiento antes mencionado será informado al órgano de control interno del Poder Judicial.”

Artículo 5.- Compromiso de cese

Sustitúyase el artículo 25 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por el siguiente texto:

“Artículo 25.- Compromiso de Cese.-

25.1. Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, el presunto o presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

25.2. La solicitud de compromiso de cese se tramitará como cuestión incidental, siendo accesorio del expediente principal.

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

(a) Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores; y,

(b) Que los imputados ofrezcan medidas efectivas que permitan verificar el cese de la conducta anticompetitiva imputada y, asimismo, revertir sus efectos. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los imputados.

25.4. La Secretaría Técnica evaluará la propuesta y, en caso de estimarla satisfactoria, propondrá a la Comisión su aprobación sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso así como su plazo de vigilancia. La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnabile debido a su naturaleza eminentemente discrecional. Cuando la Comisión apruebe la propuesta, dispondrá la suspensión del procedimiento principal hasta por el plazo de vigilancia establecido.

25.5. Al término del período de vigilancia, la Comisión verificará si los compromisos se han cumplido, en cuyo caso dispondrá la conclusión del procedimiento únicamente respecto del imputado que hubiera presentado el respectivo compromiso de cese. En caso de incumplimiento total o parcial del compromiso, la Comisión dispondrá la continuación del procedimiento principal. El referido incumplimiento constituirá una infracción autónoma y calificada como una infracción grave, por lo que la Comisión podrá imponer una multa de hasta mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias. De estimarlo conveniente, la Comisión además podrá ordenar la imposición de multas coercitivas para exigir el cumplimiento de los compromisos aprobados aplicándose las reglas previstas en el Artículo 47 de la presente Ley.

25.7. Las declaraciones e información que los investigados aporten en el procedimiento de solicitud de compromiso de cese no podrán ser utilizadas en el

expediente principal del procedimiento de investigación y sanción de la conducta anticompetitiva, bajo sanción de nulidad de este último.

25.8. La aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.”

Artículo 6.- Exoneración de sanción

Sustitúyase el artículo 26 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por el siguiente texto:

“Artículo 26.- Exoneración de sanción.-

26.1. Cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria horizontal, así como a sancionar a los responsables.

26.2. La Solicitud de exoneración de sanción se presentará por escrito y será tramitada bajo reserva de conformidad con el siguiente procedimiento:

- a. Recibida la solicitud, la Secretaría Técnica verificará inmediatamente que ésta contenga información suficiente para otorgarle un orden de prelación al solicitante. De ser el caso, otorgará al solicitante un plazo máximo de dos (2) días para completar dicha información, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada.*
- b. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de presentada la solicitud, la Secretaría Técnica comunicará al solicitante el orden de prelación que le corresponderá en el caso de solicitudes concurrentes, otorgándole un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para que presente toda la información vinculada con las infracciones reveladas, bajo apercibimiento de perder la prelación otorgada. Dicho plazo podrá ser prorrogado, por un período equivalente, únicamente cuando la complejidad de la investigación lo exija. La Secretaría Técnica podrá realizar las actividades de investigación complementarias que estime adecuadas.*
- c. De considerar que el solicitante ha aportado elementos relevantes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, la Secretaría Técnica negociará con él la suscripción de un compromiso de exoneración de sanción, que establecerá los alcances del deber de colaboración del solicitante, el compromiso de la Comisión de exonerarlo de sanción, así como el deber de reserva de la Secretaría Técnica y la Comisión respecto de la identidad del solicitante. El compromiso de exoneración de sanción será aprobado por la Comisión y suscrito por el solicitante y la Secretaría Técnica. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del compromiso. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión.*

- d. *El cumplimiento del deber de colaboración establecido en el referido compromiso, desde su suscripción hasta el momento en que la Comisión emita su decisión final en el marco del procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas, exonera de sanción al solicitante respecto de la infracción o infracciones llevadas a cabo, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional, seguirle o iniciarle procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.*
- e. *Si, en el marco del procedimiento sancionador sobre conductas anticompetitivas materia de la solicitud de exoneración, la Secretaría Técnica considera que el solicitante no se encuentra cumpliendo con su deber de colaboración, le informará de esta circunstancia, otorgándole un plazo para subsanar su incumplimiento, bajo apercibimiento de informar a la Comisión al momento en que ésta deba decidir otorgar el beneficio de exoneración.*
- f. *Si la Comisión impusiese sanciones en el marco del procedimiento administrativo sancionador, deberá otorgar la exoneración de sanción a la solicitante, salvo que la Secretaría Técnica haya informado del incumplimiento no subsanado del deber de colaboración por parte del solicitante, en cuyo caso la Comisión deberá valorar dicho incumplimiento al decidir si otorga o no dicho beneficio. La Comisión también podrá denegar dicho beneficio si del análisis de los elementos de prueba se verifica que el solicitante se encuentra en la situación a la que se refiere el artículo 26.4.*

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

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

26.4. El agente económico que haya liderado la ejecución de una infracción sujeta a la prohibición absoluta, no podrá beneficiarse con la exoneración de la sanción aplicable. Podrá, sin embargo, beneficiarse de una reducción entre el

treinta y el cincuenta por ciento (30 - 50%) de la multa que hubiese resultado aplicable.

26.5. La exoneración o reducción de la sanción aplicable no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

26.6. La Comisión podrá expedir Lineamientos estableciendo plazos, reglas y condiciones particulares para la mejor aplicación del presente artículo.”

Artículo 7.- Reconocimiento de la comisión de conductas anticompetitivas

Incorpórese el artículo 26-A en el cuerpo del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

“26-A.- Reconocimiento.-

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, dentro del plazo para presentar descargos, cualquier agente económico investigado podrá allanarse, parcial o totalmente, a la imputación de cargos de la Secretaría Técnica, reconociendo la comisión de una o más infracciones. En este caso, la multa que hubiese resultado aplicable será reducida hasta en un quince por ciento (15%) en lo que corresponde a las infracciones reconocidas. Dicho beneficio se perderá si el imputado impugna la decisión de la Comisión en lo que corresponde a la determinación de responsabilidad.”

Artículo 8.- Acceso al expediente y tratamiento de información confidencial

8.1. Modifíquese el artículo 31 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

“Artículo 31.- Acceso al expediente.-

*En cualquier momento del procedimiento, y hasta que éste concluya en sede administrativa, únicamente la parte investigada, quien haya presentado una denuncia de parte o terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial. **El Informe Técnico de la Secretaría Técnica y la Resolución final de la Comisión serán públicos desde el día siguiente de la notificación de esta última a las partes interesadas.**”*

8.2. Sustitúyase el numeral 32.7 del artículo 32 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por el siguiente texto:

“Artículo 32.- Información confidencial.-

32.7. La información que constituye prueba de cargo no podrá ser declarada ni mantenida como confidencial.”

8.3. Incorpórese en el artículo 32 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el numeral 32.8, en los siguientes términos:

“Artículo 32.- Información confidencial.-

32.8. Los procedimientos y plazos para la declaración de reserva de información confidencial serán establecidos por Directiva conforme lo prevé la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.”

Artículo 9.- Monto de las multas

Modifíquese el numeral 43.3 del artículo 43 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

“Artículo 43.- El monto de las multas.-

*43.3. Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas. **Esta multa será también aplicable a las personas naturales en los casos a los que se refiere el artículo 2.4 de la presente Ley.**”*

Artículo 10.- Cooperación internacional

Sustitúyase la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por el siguiente texto:

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

TERCERA.- Investigación de conductas con efectos fuera del país.-

En el marco de un acuerdo internacional o de un convenio con una autoridad de competencia extranjera, la Secretaría Técnica podrá investigar, de conformidad con la presente Ley, conductas anticompetitivas desarrolladas en el territorio nacional pero con efectos en uno o más países que formen parte de dichos acuerdos o convenios.

De igual modo, en el desarrollo de las investigaciones llevadas a cabo con arreglo a un acuerdo internacional o a un convenio con una autoridad de competencia extranjera, la Secretaría Técnica podrá intercambiar información, incluyendo información confidencial, con las autoridades competentes de los países que formen parte de dichos acuerdos o convenios.

En el desarrollo de investigaciones sobre conductas originadas en el extranjero que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, la Secretaría Técnica y la Comisión podrán notificar, por sí mismas y de manera directa, a los agentes económicos investigados cuyos domicilios se encuentren en el extranjero.”

Artículo 11.- Competencia de los jueces contencioso administrativos

Incorpórese en la Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, una Tercera Disposición Complementaria, en los siguientes términos:

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

()

Tercera.- El Juez especializado en lo contencioso administrativo con competencia para conocer de las impugnaciones contra las decisiones de los órganos resolutivos del Indecopi es competente para conocer del procedimiento de autorización previsto en el literal (c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.”