

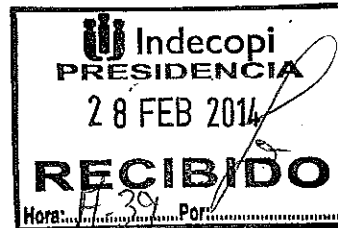


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

INFORME 010-2014/ST-CLC-INDECOPI



A : **Hebert Eduardo Tassano Velaochaga**
Presidente del Consejo Directivo

DE : **Jesús Eloy Espinoza Lozada**
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

REF. : Oficio P.O. N° 0620-CJ-DDHH-CR/2013-2014

ASUNTO : Proyecto de Ley 1061/2011-CR, Proyecto de Ley que Penaliza prácticas colusorias en perjuicio de los usuarios y consumidores

FECHA : 27 de febrero de 2014

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el oficio de la referencia, el señor Juan Carlos Eguren Neuenschandér, Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, solicitó opinión acerca del Proyecto de Ley 1061/2011-CR, Proyecto de Ley que Penaliza Prácticas Colusorias en Perjuicio de los Usuarios y Consumidores (en adelante, el Proyecto de Ley)¹.
2. Mediante Hoja de Trámite 22456, la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia la elaboración de un Informe Técnico conteniendo su opinión en relación con el Proyecto de Ley.

II. OBJETO DEL INFORME

3. El presente informe tiene por objeto emitir una opinión técnica acerca del Proyecto de Ley.

III. ANÁLISIS

4. El Proyecto de Ley tiene por objeto establecer sanciones penales a personas naturales que realicen determinadas conductas anticompetitivas.

¹ Cabe señalar que mediante Oficio 0977.04.06 del 14 de mayo de 2012, el señor Jaime Delgado Zagarra, Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, también solicitó opinión acerca del Proyecto de Ley. La opinión de la Secretaría Técnica, contenida en el Informe Técnico 017-2012/ST-CLC-INDECOPI del 23 de mayo de 2012, fue oportunamente remitida al referido despacho.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Específicamente, el Proyecto de Ley propone incorporar un artículo en el Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 242-A.- *El que realice acuerdos o prácticas colusorias o concertadas en representación de agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia causando un perjuicio económico a los usuarios o consumidores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.*

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años conforme corresponda:

1. *Si el autor es promotor, director, docente o auxiliar de educación del centro educativo que percibe el beneficio económico directo o indirecto en perjuicio del consumidor o usuario, entendiéndose como tales según lo dispuesto por el numeral 1) del artículo IV de Título Preliminar de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.*
2. *Si el autor es comisionista o cualquier otro mandatario, director, gerente o quien ejerza la administración de una empresa proveedora de textos escolares de educación básica regular, entendiéndose como tal según lo dispuesto por el numeral 2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.*

[Énfasis agregado]

5. Como se puede observar, el Proyecto de Ley propone establecer sanciones penales a personas naturales que, actuando en representación de agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios, realicen acuerdos o prácticas concertadas con el objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
6. Al respecto, cabe observar que la infracción que el Proyecto de Ley intenta penalizar se encuentra actualmente recogida por el artículo 12 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, bajo la figura de las prácticas colusorias verticales, en los siguientes términos:

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

[Énfasis agregado]

7. De conformidad con su Exposición de Motivos, el Proyecto de Ley se sustenta en que, si bien las prácticas colusorias verticales constituyen infracciones administrativas sancionables bajo el Decreto Legislativo 1034, «dada la magnitud del daño que se produce (...) a la economía y buena fe de los millones de padres de familia del país»², dichas conductas revisten una mayor gravedad y, por lo tanto, merecerían reproche desde el orden penal.
8. Al respecto, cabe recordar que el 24 de junio de 2008, la Presidencia de la República, con el voto favorable del Consejo de Ministros, aprobó el Decreto Legislativo 1034, norma que entró en vigencia el 25 de julio de 2008. Esta norma derogó, entre otras disposiciones, el Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, y el artículo 232 del Código Penal³.
9. El Decreto Legislativo 701 y el artículo 232 del Código Penal contemplaban la sanción penal de personas naturales que hubieran realizado conductas anticompetitivas. Así, el artículo 19 del Decreto Legislativo 701 establecía que el ejercicio de la acción penal era de oficio y que, cuando la Comisión estimara que se hubiera infringido el artículo 232 del Código Penal⁴, pondría tal hecho en conocimiento del Ministerio Público.

² Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, pág. 5.

³ Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Disposiciones Complementarias Derogatorias
SEGUNDA.- Derogación expresa.-

Quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas:

- a) El Decreto Legislativo Nº 701 y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias;
- y.
- b) Los Artículos 232 y 233 y el Numeral 3 del Artículo 241 del Código Penal.

⁴ El texto derogado es el siguiente:
Código Penal

Artículo 232.- Abuso de poder económico

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

10. Al respecto, de conformidad con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, la derogación de las disposiciones que sancionaban las conductas anticompetitivas en la esfera penal se justificó en la medida que «la experiencia práctica del Indecopi ha demostrado que la persecución administrativa –y no la persecución penal– constituye la principal forma de represión y desincentivo de prácticas anticompetitivas»⁵ y porque «el complejo análisis de los efectos anticompetitivos y la generación de eficiencias que este tipo de conductas pueden tener en el mercado, aconseja que sea un órgano técnico y administrativo el encargado de reprimirlas, sin necesidad de recurrir a sanciones más gravosas para los agentes económicos como las de tipo penal»⁶.
11. En ese sentido, se consideró que resultaba más adecuado dejar sin efecto la sanción penal de las conductas anticompetitivas y establecer sanciones administrativas, multas y medidas correctivas, dirigidas tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales, que tuvieran un rol más disuasivo que aquellas establecidas en el Decreto Legislativo 701.
12. En efecto, el Decreto Legislativo 701 establecía sanciones de hasta 1000 UIT cuando la conducta calificase como leve o grave y superiores a 1000 UIT cuando la conducta calificase como muy grave, siempre que la multa no superase el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, correspondientes al ejercicio inmediato anterior. Con el objeto de incrementar el efecto disuasivo de las multas, el Decreto Legislativo 1034 estableció que, cuando la infracción califique como leve, grave o muy grave, la multa podrá ser, respectivamente, hasta 500 UIT, hasta 1000 UIT o superior a las 1000 UIT con topes de 8%, 10% y 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas.
13. De este modo, el Decreto Legislativo 1034 elevó de 10% a 12% el tope de las multas administrativas en casos de infracciones muy graves y, adicionalmente, estableció que los topes máximos, para todas las categorías de infracciones, podrán ser calculados en función de los ingresos del grupo económico y no únicamente del agente económico en particular, con lo cual, las sanciones cumplirían un efecto disuasorio más efectivo. Al respecto, tanto el Decreto Legislativo 1034⁷ como la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General⁸, establecen que el beneficio ilícito esperado por la realización de la

⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, pág. 51.

⁶ Ídem.

⁷ Decreto Legislativo 1034

Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;

⁸ Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

e) El beneficio ilegalmente obtenido; y



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

infracción es uno de los principales criterios que debe considerarse en la determinación de la multa a imponer. Con ello, se garantiza que la sanción administrativa cumpla una función disuasoria de conductas anticompetitivas.

14. Asimismo, es importante señalar que, con el objeto de disuadir directamente a las personas naturales de que realicen conductas anticompetitivas, el artículo 43.3 del Decreto Legislativo 1034 estableció que, además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponda imponer a los infractores, se podrá imponer una multa de hasta 100 UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran sus órganos de dirección o administración, según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas⁹.
15. Adicionalmente, cabe precisar que el artículo 49 del Decreto Legislativo 1034 añadió un mecanismo disuasorio de conductas anticompetitivas, como las prácticas colusorias verticales. En efecto, dicha norma estableció que la persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas declaradas anticompetitivas por la Comisión, o, en su caso, por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, incluso cuando no haya sido parte en el procedimiento seguido ante el Indecopi, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios. Además de desincentivar la realización de conductas anticompetitivas, dicha disposición tiene por objeto tutelar de manera efectiva el bienestar de los consumidores, en la medida en que les otorga una herramienta para que se vean resarcidos en caso se haya declarado como anticompetitiva determinada conducta empresarial.
16. Sin perjuicio de lo señalado, esta Secretaría Técnica considera que la aplicación de sanciones penales a las conductas anticompetitivas más nocivas podría, bajo determinadas circunstancias, ser una herramienta útil en la represión de conductas anticompetitivas (específicamente, de cárteles). Sin embargo, sólo debe explorarse la aplicabilidad de dicho tipo de sanciones en los casos que son reconocidos tanto por la legislación como por la doctrina y la jurisprudencia como aquellos donde la naturaleza lesiva de la conducta no deja un mínimo margen de duda sobre su impacto negativo en los mercados y el bienestar de los consumidores.
17. Al respecto, en línea con las mejores prácticas y recomendaciones de foros internacionales como la OECD¹⁰, el Decreto Legislativo 1034 ha establecido el

⁹ Por ejemplo, mediante Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, confirmada mediante Resolución 003240-2010/SC1 del 16 de diciembre de 2010, se sancionó a la Asociación de Empresas y Transportistas Urbano de Pasajeros del Perú – ASETUP y a su Presidente, el señor José Luis Díaz León, por la comisión de prácticas colusorias horizontales, con multas de 186.1 y 18.61 UIT, respectivamente.

¹⁰ Siglas en inglés de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, que en 1998 aprobó la «Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels» (Recomendación del Consejo relativa a la acción efectiva contra los Hard Core Cartels). En la recomendación A.1, la OECD define las conductas más graves (los llamados hard-core cartels), en los siguientes términos:

«Un "hard core cartel" es un acuerdo anticompetitivo, práctica concertada anticompetitiva o arreglo anticompetitivo entre competidores para fijar precios, establecer posturas coordinadas (licitaciones colusorias), establecer restricciones o cuotas de producción o compartir o dividir mercados asignando clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio». Traducción libre de: «A "hard core cartel" is an anticompetitive



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

máximo reproche exclusivamente a determinados supuestos de prácticas colusorias horizontales que son inherentemente anticompetitivos y que necesariamente generan un impacto negativo sobre el desenvolvimiento de los mercados, sometiéndolos a la prohibición absoluta (comúnmente conocida como «regla *per se*»), bajo la cual no se requiere comprobar que la conducta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

18. De acuerdo con el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034, las prácticas colusorias horizontales sometidas a la prohibición absoluta son, exclusivamente, los acuerdos horizontales inter marca, no complementarios a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto fijar precios u otras condiciones, limitar la producción, reparto de mercados y licitaciones colusorias. Toda otra conducta anticompetitiva se encuentra legalmente sometida a la prohibición relativa (comúnmente conocida como «regla de la razón»), bajo la cual no basta con probar la existencia de la conducta sino que, además es necesario, realizar un análisis de efectos negativos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores.
19. Las conductas que se encuentran fuera del ámbito de la prohibición absoluta, y por lo tanto no tienen el mismo reproche, son las prácticas colusorias verticales y el abuso de la posición de dominio.
20. En ese sentido, las prácticas colusorias verticales –que el Proyecto de Ley intenta penalizar– no son conductas que la legislación en materia de competencia considere igualmente nocivas que las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta. Más aún, como se ha señalado anteriormente, además de encontrarse sujetas a la prohibición relativa, el artículo 12 del Decreto Legislativo 1034 exige que para que se configure una práctica colusoria vertical, alguno de los agentes involucrados en la conducta debe ostentar posición de dominio en el mercado en el que opera. El nivel de análisis así exigido proscribire que la agencia de competencia o alguna otra autoridad pueda reconocer una práctica colusoria vertical sancionable sin antes haber realizado un análisis detallado del mercado relevante y haber definido la posición de dominio de alguno de los posibles infractores, análisis que puede requerir no sólo experiencia técnica y recursos especializados, sino que es materia común de debate en las instancias de la sede administrativa y de la contencioso administrativa.
21. En tal sentido, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia considera que el Proyecto de Ley no cumple con demostrar que la implementación de sanciones penales contra las personas naturales que participen en prácticas colusorias verticales pueda tener un mayor efecto disuasivo que el marco legal vigente y, por el contrario, podría incidir

agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce».

La Recomendación se encuentra disponible en:

<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Téf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

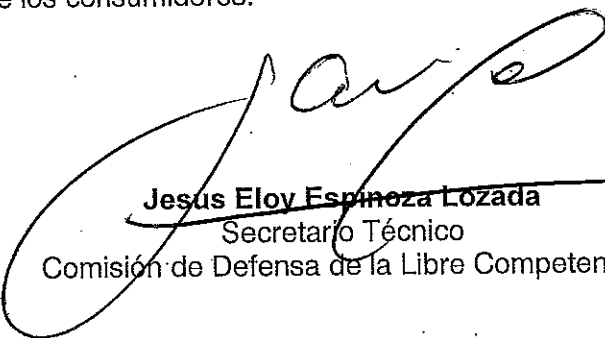
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

negativamente sobre el adecuado desenvolvimiento de los mercados y el bienestar de los consumidores.

IV. CONCLUSIONES

22. Esta Secretaría Técnica considera que la aplicación de sanciones penales a las conductas anticompetitivas más nocivas podría, bajo determinadas circunstancias, ser una herramienta útil en la represión de conductas anticompetitivas que tanto la legislación, como la doctrina y la jurisprudencia reconocen como aquellas cuya naturaleza inherentemente lesiva no deja margen de duda sobre su impacto negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. El Decreto Legislativo 1034 reconoce dicha característica a las prácticas colusorias horizontales sometidas a la prohibición absoluta, que son acuerdos horizontales inter marca, no complementarios a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto fijar precios u otras condiciones, limitar la producción, reparto de mercados y licitaciones colusorias.
23. Las prácticas colusorias verticales, que son objeto del Proyecto de Ley, no son conductas que la legislación en materia de competencia considere igualmente nocivas que las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta y, además, exigen por parte de la agencia de competencia que se realice un previo análisis detallado del mercado relevante y la posición de dominio de alguno de los posibles infractores, análisis que puede requerir no sólo experiencia técnica y recursos especializados, sino que es materia común de debate en las instancias de la sede administrativa y de la contencioso administrativa.
24. En ese sentido, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia no es de opinión favorable al Proyecto de Ley 1061/2011-CR porque no cumple con demostrar que la implementación de sanciones penales a personas naturales que participen en prácticas colusorias verticales pueda tener un mayor efecto disuasivo que el marco legal vigente y, por el contrario, podría incidir negativamente sobre el adecuado desenvolvimiento de los mercados y el bienestar de los consumidores.


Jesus Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia