

## SANCIÓN PENAL PARA LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS: ¿ES UNA OPCIÓN ACERTADA?

El 5 de junio de 2020, el Congreso de la República aprobó el texto de la ley que tipifica como delitos de abuso de poder económico a las prácticas restrictivas de la competencia incorporando como artículo 232° del Código Penal el siguiente texto:

**“LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, RESPECTO DEL ACAPARAMIENTO, ESPECULACIÓN Y ADULTERACIÓN**

**Artículo 1. Incorporación de los artículos 232 y 233 al Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635**

*Incorpórese los artículos 232 y 233 al Código Penal aprobado por Decreto Legislativo 635 en los siguientes términos:*

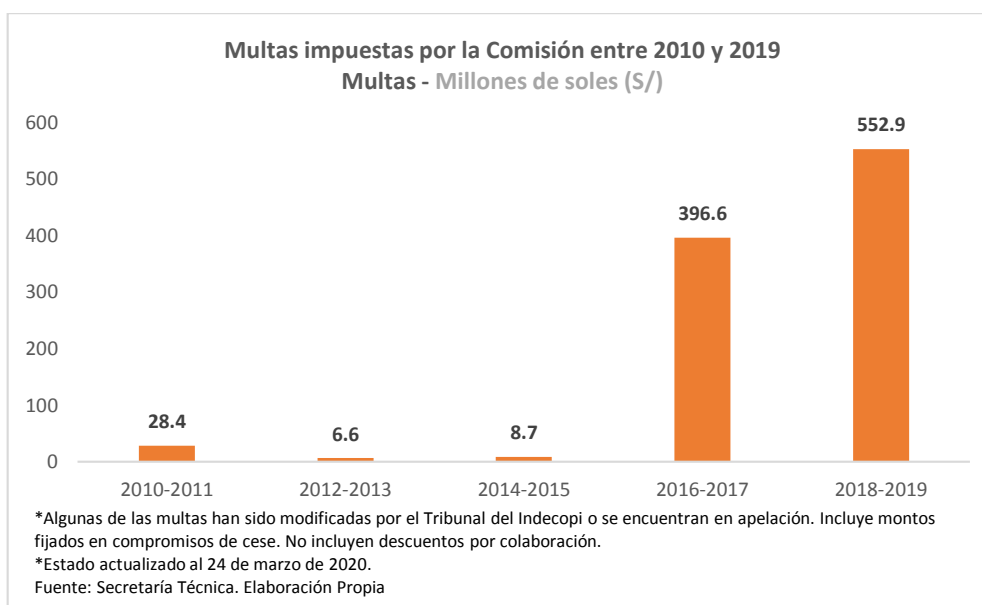
**“Artículo 232.- Abuso de poder económico**

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

Adicionalmente, el mismo proyecto incorpora el artículo 233 al Código Penal, tipificando como delito la especulación de precios y el acaparamiento. Si bien esta ley todavía está sujeta a la evaluación del Ejecutivo, el Congreso puede instar su promulgación vía insistencia.

La inclusión como delito sujeto a sanción penal de las prácticas contrarias a la libre competencia es un cambio radical en la visión del Estado sobre el control de dichas prácticas.

En el Perú, las conductas calificadas como restrictivas a la libre competencia están reguladas en el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobado por el Decreto Supremo 030-2019-PCM, que consolida el Decreto Legislativo 1034 y sus actualizaciones. Conforme a esta norma, el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), es el encargado de investigar las conductas contrarias a la ley y de sancionarlas. Las sanciones actualmente previstas son administrativas y muy severas (elevadas multas y medidas correctivas costosas). Las multas pueden alcanzar hasta el 12% de los ingresos brutos anuales del grupo económico de la empresa infractora. La ley también prevé multas a personas naturales de hasta 100 UIT (S/ 430,000 al 2020), afectando su patrimonio personal, graduándose su aplicación en función del grado de participación de estas personas en la comisión de la infracción. Las multas de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (la Comisión, en adelante) se han incrementado de manera marcada en los últimos años en línea con la práctica internacional, como informa la propia Comisión en su recientemente publicada Guía de Programas de Cumplimiento.



La decisión de incorporar como delito penal la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia, requiere de una cuidadosa evaluación. Esta opción existió en el derogado Decreto Legislativo 701 y, posteriormente, en el Decreto Legislativo 1034 que lo sustituyó, se decidió prescindir de ella porque en la práctica resultó ineficaz no existieron condenas efectivas. Además, esta opción legislativa permitía eludir la actuación de la Comisión y las multas aplicadas, creando una vía paralela. A este respecto la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1034 señala:

*“La posibilidad de sancionar la comisión de conductas anticompetitivas tanto en el ámbito administrativo como en el penal no ha generado beneficio alguno a la fecha, y más bien, constituye una puerta abierta cuyo uso indebido puede terminar perjudicando las labores de la Comisión.*

*A la fecha no se ha procesado penalmente a ningún agente económico que se haya encontrado responsable por violar el Decreto Legislativo 701. Sin embargo, la posibilidad de llevar la discusión sobre conductas anticompetitivas al ámbito penal podría generar impunidad (...). En efecto la apertura de un proceso penal por hechos similares a los discutidos en el procedimiento de libre competencia acarrearía la suspensión automática del procedimiento seguido en sede administrativa. El objetivo del inculpado sería obtener una condena benévola en sede judicial, probablemente con suspensión de ejecución de la pena y evitar así la condena en el ámbito administrativo que podría acarrearle una cuantiosa multa.”<sup>1</sup>*

Así, considerando la cantidad de cárteles sancionados, el nivel de multas aplicados por el INDECOPI en los últimos años y la mala experiencia que se tuvo mientras existió sanción penal, resulta un contrasentido volver a incorporar como delito penal la infracción de la normativa de competencia.

Más allá de ello, conviene reflexionar si procesar penalmente a los agentes económicos en estos casos es la mejor opción de controlar y disuadir de manera efectiva la comisión de prácticas anticompetitivas en el Perú. O si más bien, considerando las deficiencias de nuestro sistema de justicia, puede constituir una puerta abierta para que se produzcan graves errores

<sup>1</sup> Decreto Legislativo 1034. Exposición de motivos. Disponible en: [http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf)

e injusticias de enormes consecuencias, por la dificultad que entraña una normativa compleja que requiere de un análisis interdisciplinario permanente para la comprobación de conductas, estimación de efectos y graduación de sanciones, entre otros.

En ese sentido, si se quiere realizar una reflexión seria sobre la posibilidad de establecer como delito penal sujeto a penas privativas de libertad a las prácticas anticompetitivas, el legislador debería tener en cuenta lo siguiente:

**i) Falta de conocimiento e internalización de las normas de competencia en la sociedad.**

- La ciudadanía y la comunidad empresarial debe tener una comprensión adecuada de la importancia del proceso competitivo como vía para que los recursos se asignen eficientemente, brindando a los consumidores acceso a una oferta variada de productos en calidad y precio, en un contexto de innovación.
- La comunidad empresarial y los profesionales en general, deben conocer las prácticas contrarias a la competencia y deben saber reconocerlas. Asimismo, deben conocer a cabalidad la gravedad de las sanciones que acarrea su incumplimiento.
- El Estado para esto, debe difundir ampliamente las normas de competencia en la sociedad y promover acciones de abogacía que permitan que se internalicen estos conceptos.



**ii) Complejidad en la determinación de la existencia de prácticas colusorias o abusivas, de sus efectos y en la determinación de sanciones.**

- **Los casos de competencia al recaer en el análisis de mercados donde las empresas participan, son muy complejos.** El mercado debe ser adecuadamente definido desde la perspectiva de un “mercado de producto” y un “mercado geográfico” para poder discernir qué productos están en “relación de competencia”.
  - Este análisis no es legal sino fundamentalmente económico y muy especializado. La determinación del mercado es esencial, por ejemplo, para comprobar una posición de dominio de un agente (en el mercado relevante así definido), como también para prácticas colusorias donde se requiere hacer un balance de los efectos positivos y negativos de la conducta para la competencia.
  - Así, en estas investigaciones la discusión sobre el mercado suele ser intensa y la evaluación de productos sustitutos- en relación de competencia- es un

proceso que requiere la comprensión del negocio y el uso de herramientas económicas.<sup>2</sup>

- **La evidencia que se analiza para probar conductas anticompetitivas también es compleja.** Las pruebas de acuerdo o concertación, no son solo documentarias (actas, emails, etc.), sino que además se requieren evaluaciones económicas muy precisas.

- Por ejemplo, en el caso de cadenas de farmacias en 2015, se hicieron análisis económicos de *paralelismo de precios*, a más de 50 productos considerando boletas de ventas de 7 cadenas para un periodo de dos años. Solo procesar esa información puede ser bastante complicado. La evaluación de estas pruebas no es accesoria, es central para determinar si existe la conducta imputada.



- **La complejidad de los casos será aún mayor en el futuro cuando se investiguen mercados de tecnología y economía digital.** Los casos de los años 90's contra Microsoft o más recientemente contra Google, investigados en EE.UU. y la Unión Europea, confirmaron los retos que existen para analizar prácticas anticompetitivas en mercados de la nueva economía.

- Incluso entre autoridades altamente expertas como las indicadas, se han producido claras diferencias de opinión:

*“Un área de creciente divergencia entre ambos lados del Atlántico, es en mercados caracterizados por alta tecnología e innovación dinámica. Problemas de conductas desde búsquedas online, fijación de precios de reventa online, cláusulas de nación más favorecida online, pagos revertidos en farmacéuticos, licenciamientos FRAND, entre otros, son fuertemente disputados.”(traducción propia)<sup>3</sup>*

- Por tanto, en el Derecho de la Competencia, la capacidad para evaluar técnicamente los hechos y la realidad de la conducta en el mercado específico, y con herramientas adecuadas de análisis, es esencial para llegar a resultados confiables. En vista de ello, el riesgo de que se cometan errores en la evaluación e investigación del Ministerio Público y Poder Judicial puede ser muy alto, si no se cuentan con los cuadros técnicos para realizar un análisis profundo del mercado en cuestión y de las conductas a ser sancionadas.

### iii) ¿La Sanción Penal realmente tiene mayor efecto disuasivo?

- Como ya se ha indicado, en los años de aplicación del Decreto legislativo 701<sup>4</sup>, no lo tuvo. Al contrario, por buscar mayor “efecto disuasivo” con la sanción penal


<sup>2</sup> Casos importantes han discutido por ejemplo si el Centro Comercial Jockey Plaza constituía o no un “mercado relevante” para restaurantes de comida rápida. O si el mercado de cemento debe analizarse a nivel regional o nacional por los altos costos que transporte que existen.

<sup>3</sup> Sokol, Daniel D. Troubled waters between US and European Antitrust. 2017.

<sup>4</sup> “Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia” (derogado por el Decreto Legislativo No 1034). Publicado el 7 de noviembre de 1991.

podemos generar un entorpecimiento de la labor de la autoridad especializada. En cambio, mantener el Derecho de la Competencia estrictamente en el ámbito administrativo a la larga tiene mayor efectividad. El nivel creciente de multas a empresas y personas y el avance logrado por la Comisión con los mecanismos de clemencia, compromiso de cese y delación compensada actualmente utilizados, desincentiva la formación de cárteles al afectar la estabilidad de su coordinación. Los frutos de este sistema en términos de mayor detección y más rápida desactivación de cárteles ya son bastante notorios.

- Las multas aplicadas a nivel de empresa y personas involucradas son inmensas. El riesgo de ser sancionado es muy real, al haberse investigado importantes grupos económicos- y sancionado a sus representantes en diversos sectores. Actualmente incluso se está investigando por concertación en procesos de selección del Estado a 35 empresas constructoras vinculadas al desarrollo de proyectos de infraestructura en un caso altamente relevante para el país.

<p><b>MERCADOS INVESTIGADOS (CLC: 2016-2019)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Envases de plástico PET (reparto de clientes)</li> <li>• Suministro de energía eléctrica (abuso de posición de dominio)</li> <li>• Servicios de impresión (reparto de mercado)</li> <li>• Papel higiénico (cártel)</li> <li>• Balones de gas (cártel)</li> <li>• GLP- Chimbote (cártel)</li> <li>• GLP - Chiclayo (cártel)</li> <li>• Farmacias (concertación de precios)</li> <li>• Hemodiálisis (concertación de precios en</li> </ul>	<p><b>MULTAS POR: S/ 950 Millones</b></p> <p><b>SECTORES:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Salud</li> <li>• Energía y Gas</li> <li>• Combustibles</li> <li>• Plástico</li> <li>• Cuidado personal</li> </ul> <p><b>SANCIONADOS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Corporaciones multinacionales, empresas medianas, <u>retailers</u>, grifos de distinto tamaño, etc.</li> </ul> <p><b>Personas naturales:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Directivos; Gerentes</li> <li>• Jefes de ventas y producto, etc.</li> </ul> 
--	---

- La vía penal conjunta, por el contrario, podría limitar la efectividad de la clemencia y el compromiso de cese, al existir vías menos costosas de eludir las inmensas multas aplicadas. Incluso en el caso, se cumplan las condenas y ejecuten las penas, este hecho puede disuadir a algunos agentes a confesar o colaborar, prefiriendo litigar en lugar de aceptar responsabilidad. Dado los limitados recursos con los que cuenta la Comisión, la posibilidad de lograr aceptaciones de responsabilidad y terminación anticipada de procesos reduce el tiempo a dedicar a cada caso en particular, y amplía el número de casos que pueden investigar y el número de cárteles que finalmente logran desactivar. Reducir estas opciones afecta los resultados positivos que se están obteniendo en la actualidad.
- El sistema de defensa de la competencia debe ser justo pero efectivo para desarticular cárteles, y no favorecer maniobras legales que traben los procedimientos. Como indican Mathik y Barrister, al referirse al sistema europeo:

*“Por supuesto, se debe tener un Sistema que sea justo. Además, debe ser eficiente. Para el interés público y por tanto para todos los involucrados, el sistema de la UE de fiscalización del cumplimiento de las normas de competencia debe sin embargo asegurar que las violaciones serias sean detectadas, perseguidas y disuadidas sin las*

*eternas disputas y maniobras legales que generan prolongadas demoras, excesivos procedimientos y resultados inconclusos”.*<sup>5</sup> (traducción y resaltado propios)

- A nivel internacional, varios países que han implementado sanciones penales a las infracciones contra la libre competencia han encontrado que estas han sido difíciles de aplicar (fuera de los Estados Unidos de América que tiene una tradición y un sistema particularmente eficaz)<sup>6</sup>. La OECD puntualiza dos razones para ello: i) la falta de consenso, en muchas jurisdicciones, de que los carteles son lo suficientemente reprobables como para justificar sanciones penales contra individuos; y ii) que puede ser difícil condenar a los miembros del cártel en un caso penal, porque el estándar de prueba criminal ("más allá de toda duda razonable") es más alto que el estándar civil ("en el balance de probabilidades"). No obstante ello, ha indicado que en algunas jurisdicciones ha probado tener efectos disuasivos<sup>7</sup>.
- **En nuestra opinión, deben considerarse las condiciones de cada país para evaluar la opción legislativa más adecuada. En el caso del Perú, por la experiencia previa con el Decreto legislativo 701 y la dificultad y falta de familiaridad que pueden tener jueces y fiscales, para abordar estas materias, parece poco probable que sea efectiva la sanción penal. Si esta vía no se percibe como efectiva, será poco el efecto disuasivo que logre, y es muy probable que hasta resulte contraproducente al generar espacios para entorpecer la acción de la autoridad especializada.**

#### **iv) ¿La criminalización de las conductas anticompetitivas servirá para sancionar precios abusivos de un productor u ofertante?**

- Las conductas abuso de posición de dominio analizan la actuación individual de un agente en el mercado<sup>8</sup>. Sin embargo, en el Perú, no se sanciona la fijación de precios abusivos como abuso de posición de dominio. En efecto, el Estado está prohibido de fijar administrativamente los precios salvo en servicios públicos regulados<sup>9</sup>, y para concluir que un precio es “abusivo”, la Comisión debería determinar cuál es el “precio justo”, lo que sería ilegal.
- INDECOPI sanciona conductas de efecto excluyente, es decir aquellas que tengan por efecto excluir, impedir o retrasar la entrada de competidores en el mercado. Esta competencia finalmente es la que puede hacer bajar los precios considerados “abusivos”. Entre las conductas abusivas excluyentes destacan la negativa injustificada a contratar, la discriminación, las cláusulas de exclusividad injustificadas, las ventas atadas, entre otras.

---

<sup>5</sup> Mathik, Julian; Barrister Joshual. Attitudes to Anti-Trust Enforcement in the EU and US: Dodging the Traffic Warden, or Respecting the Law?

<sup>6</sup> Reino Unido, por ejemplo, estableció en 2002 la sanción penal y ha tenido limitado uso. Chile eliminó esta opción en 2003, luego de varias décadas porque no tuvo aplicación real. Esto mismo sucedió con el Decreto Legislativo 701 y por eso aquí también se eliminó esta vía alternativa de sanción.

<sup>7</sup> OECD. Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. Report by the Secretariat. Acápito 204.

<sup>8</sup> La posición de dominio en sí misma no es contraria a la ley porque puede ser justamente el resultado de la competencia, y derivarse del triunfo de un participante del mercado (por innovación o eficiencia económica). Lo que se sanciona el abuso de esta posición, no que esta exista.

<sup>9</sup> Decreto Legislativo N° 757. Ley marco para la promoción de la Inversión Privada. Artículo 4°.



- Así, tipificar como delito penal el abuso del poder económico no contribuirá a solucionar la fijación de precios abusivos por algunos agentes, en productos de primera necesidad.
- v) La norma además está mal diseñada. No reserva la sanción penal para las prácticas más graves ni distingue el grado de participación del agente económico en la sanción.**
  - Preocupa sobremanera que el proyecto aprobado establezca de manera genérica que incurre en responsabilidad penal el que "participa" en acuerdos restrictivos (...) con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. La disposición incluye en el tipo penal a cualquier "acuerdo restrictivo", sin distinguir o reservar la pena de cárcel para las prácticas más graves, por ejemplo, las consideradas *per sé* ilegales a nivel internacional.
  - La ley de competencia sanciona las prácticas anticompetitivas en dos niveles. Por un lado, las prácticas sujetas a "prohibición absoluta", que típicamente generan efectos restrictivos y rara vez beneficios o eficiencias en el mercado que los compensen. Por otro, las "prohibiciones relativas", aquellas que en realidad pueden justificarse por tener efectos pro-competitivos importantes (por ejemplo, acuerdos con distribuidores o proveedores). **En estos últimos casos, la autoridad debe realizar un balance para determinar si la práctica se debe sancionar o no viendo el efecto neto en la competencia.**
  - El proyecto aprobado no establece una graduación del nivel de participación del agente como para determinar si fue parte directa de la articulación de un cártel, o un mero ejecutivo de ventas que solo cumplió con instrucciones de asistir a una reunión o intercambió información sin prever las consecuencias. Esto es peligroso porque no se distingue al agente clave de dirección respecto del mero participe en la situación.

#### **vi) Conclusiones.**

- Por todo lo expuesto, consideramos que la inclusión de las prácticas anticompetitivas como delito penal es equivocada, peligrosa e incluso inoportuna en la situación actual. La disposición en cuestión no contribuye al objetivo de controlar y disuadir eficazmente las prácticas anticompetitivas, por el contrario, puede limitar los avances que se vienen logrando en esta materia.
- La complejidad de los casos de competencia, la diferencia de su estándar probatorio con el aplicado típicamente en procesos judiciales, la cultura y percepción de fiscales y jueces de que estos delitos no son comparables con los más graves de la esfera penal, etc., han generado que, en muchos países, la sanción penal contra infracciones a las normas de competencia sea escasamente aplicada. En el Perú, el Poder Judicial no cuenta con el *expertise*, ni con las herramientas para un análisis cabal de estos casos, lo que genera un alto riesgo de error con graves consecuencias para las personas.
- Por ello, consideramos que el Estado peruano debe reforzar la actuación de su autoridad administrativa – que viene funcionando bien-, y darle tiempo a consolidarse. Asimismo, debe acometer seriamente la difusión de la importancia de las normas de competencia y las consecuencias de su no cumplimiento en todo el país.



## **Consultora Legal y Económica**

Jirón Monterrey N° 405 Oficina 704  
Chacarilla del Estanque, Surco – Lima

[www.comercia.com.pe](http://www.comercia.com.pe)

**Jose Antonio de la Puente L.**

Socio

[jdelapuate@comercia.com.pe](mailto:jdelapuate@comercia.com.pe)