Proyecto de Ley N°...3669/2022-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

ADRIANA TUDELA GUTIERREZ
Congresista de la República

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
25 NOV. 2022
RECIBIDO
Firma ... Hora 10:55

# PROYECTO DE LEY QUE FORTALECE LA LABOR DEL INDECOPI PARA COMBATIR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

La congresista Adriana Tudela Gutiérrez, integrante del Grupo Parlamentario Avanza País, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y de conformidad con el artículo 22° del inciso c), 67°, 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República; propone el siguiente:

## I. FORMULA LEGAL

## PROYECTO DE LEY QUE FORTALECE LA LABOR DEL INDECOPI PARA COMBATIR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

### Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene como finalidad fortalecer la labor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) en combatir las prácticas anticompetitivas, así como precisar sus funciones dentro de un proceso penal por la comisión de delitos en contra de la libre competencia, de conformidad con el artículo 61 de la Constitución Política del Perú.

### Artículo 2. Modificación de los artículos 232 y 233 del Código Penal

Modifíquese los artículos 232 y 233 del Código Penal, en los términos siguientes:

**"Artículo 232.- Acuerdos restrictivos a la libre competencia**

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

**El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es el organismo rector en la evaluación y determinación de conductas anticompetitivas, con excepción de lo dispuesto en el artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. La resolución firme de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) o del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), cuando corresponda, en su calidad de organismo técnico especializado, deberá ser tomada en consideración para la determinación de la comisión del delito.**

**Para el caso de la comisión de prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, queda exenta de responsabilidad penal quien hubiese aplicado y calificado al programa de clemencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) o del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), según corresponda."**

**"Artículo 233.- Acaparamiento**

El que provoca escasez o desabastecimiento de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud de las personas, mediante la sustracción o acaparamiento, con la finalidad de alterar los precios habituales en su beneficio, y con perjuicio de los consumidores **durante la vigencia de un estado de emergencia**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa."

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

**ÚNICA. Reglamentación**

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), en un plazo de sesenta (60) días hábiles, dictarán las disposiciones complementarias que se estimen pertinentes para la correcta implementación de la presente ley.

Adriana Tudela

Norma Yarrow Lumbreras

Adriana Tudela

Rosselli Amuruz

Alejandro Cavero

Diana Gonzales

Diego Bazán

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **28** de **noviembre** de **2022**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N° 3669-2022-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. **JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.**
2. **DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.**

**JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA**
**Oficial Mayor**
**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

## II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### a. Antecedentes

Marco normativo de las funciones del Indecopi y la represión de conductas anticompetitivas a nivel administrativo

El artículo 61 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado vigila y facilita la libre competencia.

En esa línea, el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, define que la libre competencia implica que **los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda**, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.

Mediante el Decreto Ley N° 25868 de noviembre de 1992, se dispuso la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, establece su calidad de organismo autónomo encargado de, entre otros, defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales.

El artículo 8 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, señala que para las prohibiciones absolutas, bastará verificar la existencia de la conducta anticompetitiva para determinar los efectos negativos a la competencia y el bienestar de los consumidores. Al respecto, el numeral 2 del artículo 11 establece como prohibiciones absolutas aquellas prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

- Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

En ese sentido, la norma hace especial énfasis en que **estas prácticas serían las más lesivas al mercado y sus partes, requiriendo un tratamiento diferenciado y más severo** que con el resto de conductas potencialmente anticompetitivas.

Delitos contra la libre competencia

Mediante el Decreto Legislativo N° 701 del año 1991, modificado por Decreto Legislativo N° 807, se determinó que se podían sancionar penalmente las vulneraciones contra la libre competencia; sin embargo, dicha disposición fue derogada por el inciso b) de la Segunda Disposición Complementaria y Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1034. Acorde a la exposición de motivos de este último cuerpo normativo, la experiencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) **demostró que la sanción administrativa era el principal desincentivo para la comisión de actos anticompetitivos**. Asimismo, se indica que, "*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***"[1].

En ese sentido, desde la aprobación del Decreto Legislativo N° 1034, el debate sobre la penalización de prácticas anticompetitivas había quedado cerrado, sobre la base de la abundante información y evidencia empírica.

Sin perjuicio de ello, mediante la Ley N° 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor[2], respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, se restituyeron los artículos 232 y 233 del Código Penal, disponiendo la sanción penal para todos los casos de prácticas anticompetitivas, reprimiendo al infractor con una pena de privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación.

Actualmente, el Código Penal dispone el mismo tipo de pena por la configuración de distintas prácticas anticompetitivas, sean estas prohibiciones absolutas o relativas, lo cual contraviene el principio de razonabilidad que reviste todo el marco jurídico nacional, así como el principio de proporcionalidad de las penas. En palabras del jurista Mir Puig, "*La pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho*"[3].

Asimismo, debe tenerse en consideración que el tratamiento diferenciado entre conductas competitivas es consecuencia de una evolución histórica técnica y empírica que, salvo mínimas diferencias, actualmente se encuentra homologado a nivel internacional[4]. Es así, que el actual Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se justifica tanto en los Tratados de Libre Comercio como en los lineamientos y recomendaciones de la Organización

---

[1] Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, p. 51.

[2] Publicado el 29 de agosto de 2020.

[3] MIR PUIG, Santiago (1998) Derecho Penal Parte General, Barcelona, p. 99.

[4] Si bien actualmente las normas en materia de libre competencia se encuentran en discusión respecto de las denominadas "*Big Techs*", lo cierto es que la norma nacional no difiere en gran medida de otras legislaciones como la norteamericana y la comunitaria (Unión Europea).

para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD). Por tanto, resulta lógico y razonable que normas que abordan las responsabilidades civiles y penales en materia de libre competencia partan desde el mismo marco internacional normativo, jurisprudencial y doctrinario.

**b. Derecho a tutelar reconocido en la Constitución Política del Perú**

Libre competencia (artículo 61).

Derecho de los consumidores (artículo 65).

**c. Objetivos de la propuesta legislativa**

- Consolidar un ordenamiento jurídico que promueva la libre competencia y sancione las prácticas anti-competitivas de manera eficiente.
- Contar con mecanismos idóneos para cumplir con la sanción administrativa y penal de las prácticas anti-competitivas.
- Compatibilizar el Programa de Clemencia en sede administrativa y la sanción penal.

**d. Efectos esperados**

- Aumento de aplicaciones al Programa de Clemencia, con la finalidad de desarticular posibles colusiones en los diferentes mercados a nivel nacional.
- Proactividad de la agencia de competencia del Perú, el Indecopi, para impulsar actividades de prevención y fiscalización en materia de libre competencia, producto de los Programas de Clemencia.
- Desarticular las prácticas anti-competitivas y garantizar una libre competencia, en pos del crecimiento y reactivación económica.

**e. Fundamento de la propuesta**

<u>Identificación del problema que afecta el correcto funcionamiento de la libre competencia</u>

Acorde a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la libre competencia como concepto y objetivo es de carácter fundamental para la asignación eficiente de recursos, trasladando los beneficios obtenidos a los consumidores[5].

[5] Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, p. 2.

Sin embargo, existen diversos factores y conductas que pueden distorsionar la libre competencia, afectando al mercado y sus agentes, dentro de los cuales se encuentran comprendidos los consumidores.

Como ya se mencionó en el literal a. de la presente Exposición de Motivos, tanto la norma nacional (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM), como la normativa, la jurisprudencia y la doctrina internacional, consideran una diferenciación entre la gravedad de las distintas conductas que pueden distorsionar la competencia.

Es así, que nuestro ordenamiento jurídico determina algunos tipos de colusiones horizontales como las más graves, indicando que constituyen prohibiciones absolutas, configurándose la infracción por el solo hecho de acreditarse la conducta. A nivel doctrinario, se conoce a este tipo de conductas como cárteles.

Acorde al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), se define al cártel como, "*un acuerdo ilegal entre empresas competidoras para restringir o eliminar la competencia entre ellas*"[6].

Al respecto, estos acuerdos entre competidores se realizan y coordinan de manera secreta, siendo los mecanismos utilizados cada vez más complejos y difíciles de identificar. Entre las prácticas actuales más comunes, se encuentran las llamadas encriptadas, los acuerdos mediante la figura del facilitador y los correos electrónicos en clave, tal como se observa a continuación[7]:

---

[6] Indecopi. No a la concertación empresarial, sí a la libre competencia. Programas de Clemencia y Recompensas. (Revisado el 14 de noviembre de 2022) Ver: https://www.gob.pe/institucion/indecopi/campa%C3%B1as/5007-no-a-la-concertacion-empresarial-si-a-la-libre-competencia.

Para mayor información respecto del Programa de Clemencia, revisar el siguiente link: https://www.noalaconcertacion.com/inicio.

[7] Imagen extraída de la siguiente ponencia: Diego Reyna (2022) *Videoconferencia: Prácticas colusorias en el mercado peruano. Escuela Nacional del Indecopi.* Ver: https://www.youtube.com/watch?v=xqS6l_3bcSE.
Los sombreados son propios. Sin perjuicio de ello, la información es de acceso público.

*«De: Jose* [redacted] *[Gerente Central –* [redacted]
*Para: Antonio* [redacted] *[Gerente General* [redacted]
*CC: Carlos* [redacted] *[Gerente de Operaciones y Proyectos –* [redacted]
*Fecha: Jueves, 09 de octubre de 2014*
*Asunto: RV: Coordinacion*

**Ya hablamos con j...** dice que **en el PUERTO hoy se alinean todos los barcos** que quedaron en la bajamar..... ya le dije que hemos bajado varios contenedores por culpa de esa movida de olas del martes.... Mas bien dice que **por el restaurante Vicky, hoy a las dos de la tarde sube el menú y que apoyemos con unos platos.** Le dijimos que vamos a esperar, porque ya el martes almorzamos y nos cayó mal...

Te informamos Antonio.
Atte.,
Jose»
[Énfasis Agregado]

En ese sentido, es preocupante que los cárteles sean, a la fecha, de las conductas anticompetitivas más comunes en el mundo, requiriendo de un sobre esfuerzo de las autoridades de competencia para poder identificarlos y así eliminar y retrotraer sus efectos negativos en el mercado.

Si bien existe amplia variedad de programas y capacitaciones dirigidos a los agentes económicos para evitar la comisión de estas prácticas anticompetitivas, en palabras de Adam Smith, las personas que participan en un mismo mercado, siempre buscarán reunirse para conspirar en detrimento del público[8].

Atendiendo a esta problemática, es que la mayoría de legislaciones con un marco de lucha contra las prácticas anticompetitivas han establecido diversas herramientas para identificar los cárteles; sin embargo, como se explicará en líneas posteriores, su mejor herramienta - el Programa de Clemencia - se ha visto restringida como consecuencia de lo dispuesto en la Ley N° 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto al del Acaparamiento, Especulación y Adulteración.

---

[8] Adam Smith. Texto original: "*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices*".

Extraído de: Dan Mitchell (2018) *Trump and the G-7: Right Outcome, Wrong Reason. International Liberty*. Ver: https://danieljmitchell.wordpress.com/2018/06/11/trump-and-the-g-7-right-outcome-wrong-reason/.

Sobre el Programa de Clemencia como medida para combatir las prácticas anticompetitivas

El Programa de Clemencia constituye un mecanismo de excepción y salvaguarda para quienes apliquen y califiquen a esta. En estos casos, dichos agentes recibirán una exención de la sanción administrativa o una reducción de ésta, según corresponda. En ese sentido, el objeto del programa será incentivar que los agentes partícipes de un cártel acudan a la entidad de competencia y revelen la comisión de esta práctica, debiendo aportar los medios probatorios que coadyuven a la detección y eliminación de la conducta anticompetitiva.

Según el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), el Programa de Clemencia permite incrementar la probabilidad de detectar cárteles y obtener evidencia fundamental antes de que estos sean detectados e investigados[9].

Al respecto, acorde a los datos recopilados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en 2018, se habían presentado 15 solicitudes en el periodo 2012-2018, de las cuales se habían logrado concluir 10 procedimientos, resultando 6 de ellos con partes denunciadas beneficiadas gracias a su solicitud[10]. Esto implica que, gracias al Programa de Clemencia, 10 mercados distintos (conformados por empresas y consumidores afectados), fueron corregidos, eliminando las distorsiones ocasionadas por los cárteles.

Con el regreso de las sanciones penales, por medio de la Ley N° 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto al del Acaparamiento, Especulación y Adulteración, todos estos esfuerzos han sido negativamente afectados. Tan es así que, desde la promulgación de la ley, a la fecha, únicamente se ha presentado 1 aplicación al Programa de Clemencia, lo que significa una reducción del 75% comparado con el periodo 2019-2020[11].

Atendiendo esta problemática, es que el presente proyecto de ley busca crear una sinergia entre la normativa en materia de libre competencia y el código penal, manteniendo la penalización de prácticas anticompetitivas pero siempre en concordancia de la Constitución, el Decreto Legislativo 757, el Decreto Legislativo 1034, la experiencia internacional y el correcto funcionamiento del Programa de Clemencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

---

[9] Indecopi (2017) Guía del Programa de Clemencia, Exposición de Motivos, p. 7.

[10] Información pública del Indecopi.

[11] Omar Soca (2022) *El programa de clemencia, el infierno y las buenas intenciones*. BFE+. Información obtenida de la siguiente fuente: Indecopi. Reporte de actividades del área de libre competencia, presentación realizada por el Director de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia en el Día de la Competencia.

Identificación de los resultados mediante la modificación del Código Penal a través de la Ley N° 31040

Como se indicó anteriormente, la aprobación y emisión de la Ley N° 31040 tuvo como finalidad corregir presuntas distorsiones en el mercado nacional, a causa de prácticas anticompetitivas. El concepto fue disuadir al agente infractor mediante la reintroducción de las prácticas anticompetitivas en el Código Penal. En ese sentido, el resultado esperado por los legisladores fue reducir el número de estas prácticas y sancionarlas duramente.

Sin embargo, no se aprecia que, durante todo el proceso legislativo, se haya evaluado el potencial daño que se estaba ocasionando al hasta entonces fructífero Programa de Clemencia. Lo anterior fue debidamente advertido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) cuando, mediante su Informe N° 033-2017-/ST-CLC-INDECOPI precisaron que, "(...) *36. Toda propuesta para sancionar penalmente casos de cárteles debe ser compatible con el Programa de Clemencia, a fin de que el programa no pierda atractivo y se desaliente a potenciales colaboradores. Sin embargo, la norma* [Los proyectos de ley que derivaron en la Ley N° 31040] *no aborda esta materia contemplando por ejemplo la exoneración de la responsabilidad penal para aquel primer agente que colabora con la autoridad*".

En esa línea, diversos expertos en derecho de la competencia también pronosticaron resultados contraproducentes a lo que el legislador esperaba. Durante la duración del largo debate y al momento de la aprobación de la Ley N° 31040, el entorno especializado se saturó de adjetivos negativos, mostrando su indignación ante una ley técnicamente inviable[12].

Teniendo ello en cuenta, y en tanto han transcurrido dos años desde la fecha de su aprobación, corresponde observar cuáles fueron los efectos positivos y negativos tangibles de la Ley N° 31040.

i. Resultados positivos

De la búsqueda de jurisprudencia, doctrina y datos respecto a las variaciones en la persecución de prácticas anticompetitivas en el Perú, no se identifica ningún resultado o efecto positivo cuantificable o siquiera perceptible.

Por el contrario, de la revisión de las investigaciones y artículos especializados incorporados y citados en la presente Exposición de Motivos, se identifica el general rechazo del entorno jurídico y académico sobre la Ley N° 31040 y sus efectos.

---

[12] Eduardo Quintana (2020) *Penalización a la criolla*. BFE+.

Pierino Stucchi y Fernando Ballón (2021) *Abuso de Poder Económico, Acaparamiento y Especulación*. Giurista, revista de Derecho Corporativo - ESAN.

ii. Resultados negativos

Como ya fue expuesto, el único efecto tangible de la Ley N° 31040 -aprobado en 2020- ha sido negativo, reduciendo de manera preocupante las solicitudes para aplicar al Programa de Clemencia.

Mediante una nota periodística del diario Gestión, se identificó que a más de la mitad del año 2021, no se había presentado ninguna solicitud[13]. En otras palabras, la Ley N° 31040 ha imposibilitado el uso de la mejor herramienta para combatir cárteles. Estos resultados eran esperables, acorde al Informe 033-2017-/ST-CLC-INDECOPI, previamente citado.

Al respecto, es importante señalar que este tipo de regulación contraproducente constituye un fenómeno no exógeno a la doctrina del derecho regulatorio, donde se denomina "Efecto Cobra"[14]. En palabras simples, este fenómeno ocurre cuando una norma termina perjudicando el sector que pretendía proteger. En este caso, la Ley N° 31040 buscaba combatir las prácticas anticompetitivas, creando un marco regulatorio de rango penal, que terminó por dificultar la lucha contra estas conductas, en especial contra los cárteles.

En consecuencia, es deber del Poder Legislativo, en tanto poseen las competencias necesarias, el de salvaguardar la libre competencia, corrigiendo las involuntarias distorsiones ocasionadas por la Ley N° 31040, a la luz de la evidencia y experiencia empírica.

Legislación comparada

En 1998, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) establece, entre otros, la recomendación de desarrollar acciones efectivas contra los cárteles, priorizando su combate sobre otras conductas menos lesivas a la libre competencia[15].

Alrededor del mundo, el Programa de Clemencia ha probado ser la herramienta más eficaz para identificar y combatir cárteles. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD), en el periodo 1996-2010, el programa fue clave en el 90% de los procedimientos que identificaron prácticas anticompetitivas. Tan solo en la Unión Europea, en el periodo 2006-2012, se recibieron 166 aplicaciones al Programa de Clemencia[16].

---

[13] Selena Rosales (2021) *Programa de Clemencia del Indecopi, sin nuevos colaboradores tras cambio en norma penal.* Diario Gestión.

[14] El concepto de "Efecto Cobra" parte de una regulación que tuvo por objetivo solucionar el problema de la proliferación de cobras venenosas en una nación. Para ello, se creó un sistema de recompensas de cobras muertas. Contrario a lo esperado, esto ocasionó un efecto totalmente contrario: se creó un mercado de crianza de cobras venenosas, con el único fin de obtener la recompensa. Al caer en cuenta de la falla regulatoria, la norma fue abolida; sin embargo, esto ocasionó que los criadores liberasen a las cobras, incrementando su número en el país y facilitando su proliferación por reproducción natural.

[15] OECD (1998) Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, C(98)/FINAL.

[16] Información extraída de la siguiente ponencia: Diego Reyna (2022) *Videoconferencia: Prácticas colusorias en el mercado peruano. Escuela Nacional del Indecopi.* Ver: https://www.youtube.com/watch?v=xqS6l_3bcSE.

Por su parte, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América esgrime que este programa ha sido, "*el responsable del descubrimiento de la mayoría de cárteles internacionales (...) es incuestionablemente la herramienta disponible más importante para detectar y resquebrajar los cárteles*"[17].

Ahora bien, teniendo en consideración que el Programa de Clemencia es ampliamente utilizado en diversas partes del mundo y, a su vez, en varias de estas naciones también existe la penalización de prácticas anticompetitivas, es naturalmente comprensible que ya se hayan desarrollado los mecanismos idóneos para evitar desincentivar a los agentes a aplicar al programa, ante el temor de la aceptación de haber cometido un delito.

Para el caso de Chile, su Decreto Ley N° 211 establece los delitos únicamente para los que conformen un cártel; sin embargo, la investigación penal por la configuración de prácticas anticompetitivas solo puede ser iniciada por la autoridad encargada de exonerar o reducir la sanción administrativa[18].

En esa misma línea, México prevé, mediante el artículo 254bis de su Código Penal Federal, la liberalización de la responsabilidad penal a quienes se acojan a los beneficios relacionados al Programa de Clemencia[19].

Tal vez un caso más cercano a la coyuntura nacional sobre la criminalización de cárteles ocurrió en los Estados Unidos de América donde, en un primer momento (1978), se penalizó esta práctica anticompetitiva sin establecer salvoconductos claros a los solicitantes de adscripción a su Programa de Clemencia[20]. Como resultado, durante casi dos décadas, dicho mecanismo no dio resultados[21]. Por esta razón, es que el gobierno nortamericano introdujo en 1993 la figura de la exoneración de la persecución criminal al primer agente que aplicase al Programa de Clemencia[22].

---

[17] Texto original: Scott Hammond (2000) *"The Amnesty Program has been largely responsible for uncovering the majority of the large international cartels that we have recently prosecuted. Its success has already led a number of countries -- such as Canada, the United Kingdom, Germany, and France -- as well as the European Union to develop their own programs with still other countries considering whether to follow. From our perspective, the Amnesty Program is unquestionably the most important investigative tool available for detecting and cracking cartel activity. The success of the Amnesty Program also provides an appropriate lesson on deterrence, the second topic on the agenda. That is because the bedrock principles that apply to effectively preventing cartels are also at the core of implementing a successful amnesty program for detecting cartel activity once it does occur». HAMMOND, Scott (DOJ – Antitrust Division), Fighting Cartels - Why And How?, Lessons Common To Detecting And Deterring Cartel Activity"*. The 3rd Nordic Competition Policy Conference.

[18] Patricia Durand Vásquez (2018) Informe de Investigación: Los Beneficios de los Programas de Clemencia en Chile, Colombia, España, México y Perú. Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, Congreso de la República del Perú.

[19] Ídem.

[20] Giancarlo Spagnolo (2006) Leniency and Whistleblowers in Antitrust.CEPR Discussion Paper No. 5794, p. 266, 7.2.1. The Evolution of US LPs.

[21] Ernesto Alvarez E (2020) El Programa de Inclemencia: la criminalización de prácticas anticompetitivas. Punto de Encuentro. Ver: https://puntodeencuentro.pe/columna.html?id=5335.

[22] John D Burreta (2022) *The Cartels and Leniency Review: USA*. Cravath, Swaine & Moore LLP and Simpson Thacher & Bartlett LLP.
Ver:
https://thelawreviews.co.uk/title/the-cartels-and-leniency-review/usa#:~:text=The%20Leniency%20Program%20creates%20a,private%20plaintiffs%20in%20subsequent%20litigation.

Como se aprecia, existen diversas experiencias comparadas de países donde se facilitó la convivencia sinérgica entre la criminalización de cárteles y el Programa de Clemencia, pudiendo ambos subsistir, siempre que se exonere de persecución criminal a quienes apliquen a este programa.

Asimismo, de dicha información, se verifica que las diversas legislaciones reservan la aplicación de sanciones penales a las prácticas competitivas más graves, es decir, la configuración de cárteles.

Propuesta de modificación del Código Penal

Por todo lo expuesto, es necesario modificar el Código Penal de forma que las sanciones penales obedezcan a los criterios razonables y técnicos establecidos en el presente texto, de la forma siguiente:

| Texto actual del Código Penal | Texto propuesto en el Proyecto de Ley |
|---|---|
| **Artículo 232.- Abuso del poder económico**<br>El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.<br>**Artículo 233.- Acaparamiento**<br>El que provoca escasez o desabastecimiento de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud de las personas, mediante la sustracción o acaparamiento, con la finalidad de alterar los precios habituales en su beneficio, y con perjuicio de los consumidores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. | **Artículo 232.- Acuerdos restrictivos a la libre competencia**<br>**El que participa en acuerdos restrictivos** en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.<br>**El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es el organismo rector en la evaluación y determinación de conductas anticompetitivas, con excepción de lo dispuesto en el artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. La resolución firme de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) o del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), cuando corresponda, en su calidad de organismo técnico especializado, deberá ser tomada en consideración para la determinación de la comisión del delito.**<br>**Para el caso de la comisión de prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, queda exenta de responsabilidad penal quien hubiese aplicado y calificado al programa de clemencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) o del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), según corresponda.**<br>**Artículo 233.- Acaparamiento**<br>El que provoca escasez o desabastecimiento de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud de las personas, mediante la sustracción o acaparamiento, con la finalidad de alterar los precios habituales en su beneficio, y con perjuicio de los consumidores **durante la vigencia de un estado de emergencia**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. |

En ese sentido, se proponen las siguientes modificaciones:

- Se determina que la sanción penal tipificada en el artículo 232 del Código Penal será aplicable solo a los acuerdos restrictivos a la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, en tanto estos constituyen con diferencia la conducta más lesiva para la libre competencia.

  Cabe destacar que lo anterior guarda concordancia con las distintas legislaciones internacionales que tipifican el delito de prácticas anticompetitivas y con lo expuesto por el Indecopi en su Informe 033-2017-/ST-CLC-INDECOPI.

- Se establece que el Indecopi, o el Osiptel, cuando corresponda, es el organismo rector en la evaluación y determinación de conductas anticompetitivas, guardando así concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el cual señala lo siguiente:

  ***"DECRETO SUPREMO N° 030-2019-PCM, QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS***
  *(...)*
  ***DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES***
  ***Primera.- Competencia primaria***
  *El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos."*

  Por tal motivo, es razonable y recomendable que la decisión tomada por la autoridad del proceso penal se vea directamente nutrida del análisis y las conclusiones del organismo técnico especializado en materia de control y sanción de prácticas anticompetitivas.

  Lo anterior guarda relación con los argumentos esgrimidos por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[23].

- Se dispone la exención de la sanción penal a quienes hayan aplicado y calificado al Programa de Clemencia del Indecopi o el Osiptel, según corresponda.

---

[23] Ver nota al pie 1.

Ello garantizará la eficacia del Programa de Clemencia, permitiéndole a la autoridad especializada recabar los medios probatorios necesarios para determinar la configuración de la conducta anticompetitiva.

Como fue indicado en la presente Exposición de Motivos, este mecanismo de excepción constituye un requisito indispensable para el correcto funcionamiento del programa en mención. La experiencia comparada (México, Chile y los Estados Unidos de América), así como la propia experiencia nacional, nos permite concluir que, a falta de la salvaguarda de sanción penal, ningún agente económico querrá aplicar al Programa de Clemencia, pues estaría aceptando la configuración de la comisión de un delito sancionable con pena privativa de su libertad.

Habiéndose determinado que el Programa de Clemencia constituye la herramienta principal para la detección de cárteles, es menester priorizar su correcto funcionamiento, garantizando los incentivos para quienes deseen aplicar al mismo.

- Se precisa que, para la configuración del delito de acaparamiento, tipificado en el artículo 233 del Código Penal, se requiere que este concurra durante la vigencia de un estado de emergencia.

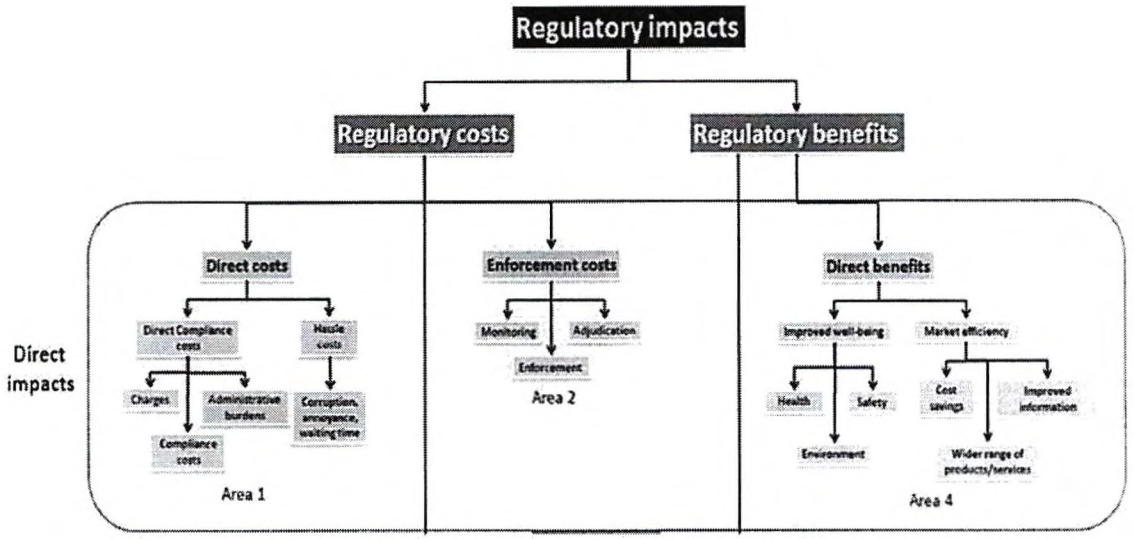
  Como ya ha sido mencionado en repetidas ocasiones, la gravedad de una consecuencia jurídica en perjuicio de un infractor, debe encontrarse en concordancia con diversos principios de razonabilidad, sea dentro del ámbito administrativo, civil y/o penal.

  En ese sentido, se considera que el acaparamiento durante el estado de emergencia reviste de una gravedad mucho mayor que en situaciones cotidianas, por lo cual se justificaría una sanción de mayor rango, en este caso una sanción de carácter penal. Lo anterior guarda concordancia con el Informe N° 033-2017-/ST-CLC-INDECOPI, mediante el cual el Indecopi consideró válido sancionar penalmente la figura del acaparamiento solo cuando este fuese realizado en zonas declaradas en estado de emergencia.

  Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que el literal a), del numeral 2 del artículo 10 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1034 dispone expresamente la posibilidad de sancionar a quien, ostentando posición de dominio en un mercado, se niegue a satisfacer demandas de compra o adquisición, entre otros. Por tanto, la acotación de la tipificación de delitos contrarios a la libre competencia no exime al agente de la posibilidad de ser sancionado por vía administrativa o, de verse obligado a realizar indemnizaciones por daños y perjuicios según se determine en la vía civil.

## III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El vigente artículo 75° del Reglamento del Congreso señala que las proposiciones de ley y de resolución legislativa requieren de un análisis costo – beneficio dentro de su exposición de motivos. A tal efecto, se considerará la siguiente metodología de análisis de impactos:




*Fuente: Renda, A; Schrefler, L; Luchetta, G; Zavatta, R. (2013) Assessing the costs and benefits of regulation. Study for the European Commission, Secretariat General. Centre for European Policy Studies and Economisti Associati. Bruselas. Figura 3. A map of regulatory cost and benefits. p. 21*

De acuerdo al cuadro previo, el análisis costo-beneficio de una regulación (norma) requiere de la identificación de los impactos positivos (beneficios) y negativos (costos), considerando a todos los agentes participantes: empresas, personas y Estado.

**<u>Respecto de los costos</u>**:

Los impactos negativos (costos) de una regulación se pueden dividir entre los costos directos (asumidos por los sujetos regulados, es decir, empresas y personas) y de cumplimiento (asumidos por el Estado).

Por un lado, los costos que asume el Estado se dividen en los costos de hacer cumplir la regulación (de cumplimiento en estricto) y los costos de aplicación en el sistema legal (de implementación). En la evaluación de costos asociados al Estado encontramos los siguientes:

1. Un costo de cumplimiento vinculado a la difusión del Programa de Clemencia del Indecopi y del Osiptel, asociado a la fórmula legal propuesta en este proyecto.

2. Un costo de aplicación vinculado al aumento de la carga laboral, que podría implicar la necesidad de contratar nuevo personal para atender las aplicaciones.

3. Un costo de implementación vinculado a la adecuación de las directivas y disposiciones internas del Indecopi y del Osiptel para dar cumplimiento a lo dispuesto en los Programas de Clemencia.

4. Un costo de aplicación vinculado a la capacitación de los servidores públicos del Indecopi, del Osiptel, del Ministerio Público y del Poder Judicial, para cumplir con la fórmula legal propuesta.

Sin embargo, corresponde desestimar todos los presuntos costos identificados debido a que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi y el Osiptel ya cuentan con el Programa de Clemencia implementado. Cabe precisar el ámbito de aplicación del presente proyecto, en la medida que únicamente compatibiliza el Programa de Clemencia con el Código Penal.

En tal sentido, los costos de difusión del Programa, así como los recursos humanos y la adecuación reglamentaria necesaria para su aplicación, son costos que ya vienen siendo asumidos por el Indecopi y el Osiptel, tal como lo ha reconocido la propia Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi, mediante la aplicación del Programa de Clemencia.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se advierte que los costos directos que deberán asumir los sujetos regulados únicamente se vinculan a costos de información, debido a las competencias y facultades que tendrá el Indecopi en la materia. En tal sentido, corresponde desestimar el impacto de dicho costo, toda vez que se encuentra incluido en el costo de aplicación del Estado (actividades de difusión del Indecopi y del Osiptel).

En consecuencia, se deben desestimar los costos directos y de cumplimiento hallados en el presente análisis, toda vez que se han analizado los supuestos de sobrellevar los impactos negativos identificados, mediante una correcta organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo / Indecopi-Osiptel.

**Respecto de los beneficios:**

La presente iniciativa legislativa otorga los siguientes beneficios sociales y económicos para los sujetos regulados, así como para el Estado:

- Promueve la desarticulación de prácticas anticompetitivas, mediante la correcta aplicación del Programa de Clemencia en concordancia con el Código Penal.

- Aumento de aplicaciones al Programa de Clemencia, con la finalidad de detectar y desactivar cárteles.

- Fácil acceso e incentivos positivos para denunciar prácticas anticompetitivas.

- Fortalecimiento de los programas de buenas prácticas empresariales, mediante la promoción del Programa de Clemencia.

- Correcta delimitación de funciones y trabajo coordinado entre el Indecopi, el Osiptel y el Ministerio Público.

- Bienestar económico y social en los distintos mercados nacionales, producto de la erradicación de las prácticas anticompetitivas.

Por todo lo expuesto, se concluye que la presente propuesta legislativa incorpora importantes beneficios a la detección y desarticulación de las prácticas anticompetitivas, mediante la armonización del Programa de Clemencia con el Código Penal, fortaleciendo la libre competencia en una economía de mercado.

**Análisis Costo – Beneficio en estricto:**

De acuerdo a lo señalado, este proyecto de ley no genera ningún costo al erario nacional pues el Indecopi es una institución que se autofinancia y no se propone una modificación de recursos económicos y/o de personal en estricto. Por tanto, no requiere necesariamente de la contratación de nuevo personal especializado, toda vez que la institución ya cuenta con ello.

Asimismo, en la presente exposición se ha acreditado que la propuesta legislativa constituye la única medida posible capaz de alcanzar el objetivo de compatibilizar el Programa de Clemencia y la persecución de los agentes que realizan prácticas anticompetitivas en sede administrativa y penal, no siendo posible mantener la regulación vigente, toda vez el presente proyecto plantea corregir la normativa actual.

En el mismo sentido, se han identificado una serie de beneficios económicos y sociales para el Estado, el mercado y los agentes regulados, tales como: la desarticulación de prácticas anticompetitivas, mediante la correcta aplicación del Programa de Clemencia en concordancia con el Código Penal; el aumento de aplicaciones al Programa de Clemencia, con la finalidad de detectar y desactivar cárteles; la correcta delimitación de funciones y trabajo coordinado entre el Indecopi, el Osiptel y el Ministerio Público; el bienestar económico y social en los distintos mercados nacionales, producto de la erradicación de las prácticas anticompetitivas; entre otros.

De acuerdo a lo señalado, se procede a precisar una matriz de Análisis Costo-Beneficio:

| **ACTORES** | | **BENEFICIO** | **COSTO** |
|---|---|---|---|
| **ESTADO** | **INDECOPI** | Mayor legitimidad institucional por la desarticulación de cárteles.<br><br>Respaldo de agentes económicos y gremios empresariales, debido a la facilidad de acceso al Programa de Clemencia<br><br>Aumento de aplicaciones al Programa de Clemencia.<br><br>Coordinación entre las instituciones que participan en la materia, con la finalidad de aportar desde su área de especialidad y obtener sinergia. | Costo de implementación vinculado a la adecuación de las directivas internas del Indecopi y del Osiptel.<br><br>Costos de cumplimiento vinculado a la difusión de las características del Programa de Clemencia. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | **FISCALÍA DE LA NACIÓN / PODER JUDICIAL** | Capacitación y conocimiento en materia de libre competencia.<br><br>Coordinación entre las instituciones que participan en la materia, con la finalidad de aportar desde su área de especialidad y obtener sinergia. | Costo de capacitación vinculado a comprender los alcances del Programa de Clemencia y la teoría del derecho de la competencia. |
| | **SERVIDORES PÚBLICOS DEL PODER JUDICIAL Y DEL INDECOPI** | Optimización en el manejo del trabajo, de la información y mayor capacitación en la materia.<br><br>Trabajo articulado y especializado, debido a que cada especialista procederá de acuerdo al ámbito de su competencia. | Costos de información, debido a las competencias y facultades que tendrán el Indecopi y el Osiptel en la materia. |
| **EMPRESAS Y PERSONAS** | **AGENTES ECONÓMICOS** | Incentivos positivos para acceder al Programa de Clemencia.<br><br>Renunciar a la participación en un cártel y obtener beneficios en el proceso administrativo/judicial por dar aviso a la autoridad. | Costos de información, debido a las competencias y facultades que tendrán el Indecopi y el Osiptel en la materia.<br><br>Costos de promoción e incentivos de buenas prácticas empresariales, con la finalidad de difundir el Programa de Clemencia. |
| | **GREMIOS EMPRESARIALES** | Mejor relación con el Indecopi en la materia, mediante la aplicación y difusión del Programa de Clemencia. | |
| | **CIUDADANOS / CONSUMIDORES** | Contar con mejores ofertas de bienes y servicios, producto de la libre competencia. | - |

| | | |
|---|---|---|
| **MERCADO NACIONAL** | Bienestar económico y social por la garantía de una competencia libre, sin prácticas colusorias ni cualquier otra práctica anticompetitiva. | - |

En consecuencia, queda acreditado que en la presente propuesta legislativa se sobreponen los beneficios sociales y económicos al presunto inexistente sobrecosto de real de la medida propuesta. Por tanto, el análisis costo-beneficio determina que la opción regulatoria elegida es viable en medida que los beneficios son mayores a los costos identificados.

## IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de ley modifica los artículos 232 del Código Penal estableciendo que la práctica anticompetitiva pasible de ser calificada como delito es el acuerdo restrictivo en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. Asimismo, se precisa que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), cuando corresponda, en su calidad de entidad técnica especializada, es el organismo rector para determinar la comisión de una conducta anticompetitiva. Finalmente, se dispone que la adscripción y calificación al programa de clemencia constituye causal de exoneración de la comisión del delito establecido en el presente artículo.

Por otro lado, se modifica el artículo 233 del Código Penal, disponiendo que la calificación del acaparamiento como delito, se circunscribe al contexto de un estado de emergencia vigente.

## V. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente propuesta legislativa se enmarca en las siguientes políticas de Estado del Acuerdo Nacional.

- **DÉCIMA SÉPTIMA POLÍTICA DEL ESTADO.** Afirmación de la economía social de mercado.

- **DÉCIMA OCTAVA POLÍTICA DEL ESTADO.** Búsqueda de la competitividad, productividad y formalización de la actividad económica.

Lima, noviembre 2022