

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



El programa de clemencia en las prácticas anticompetitivas:  
Propuestas de mejora para la posterior verificación de la empresa  
exonerada de la sanción total o parcial de la multa

Trabajo de investigación para obtener el grado académico de Maestro en

Derecho de la Empresa que presenta:

***Fabrizio José León Borda***

Asesor:

***Christian César Chocano Davis***

Lima, 2025

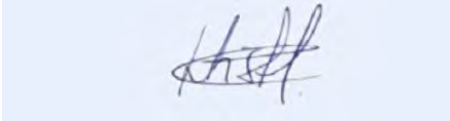
## Informe de Similitud

Yo, Christian César Chocano Davis, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de el trabajo de investigación titulado El programa de clemencia en las prácticas anticompetitivas: Propuestas de mejora para la posterior verificación de la empresa exonerada de la sanción total o parcial de la multa de el autor Fabrizio José León Borda, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 15%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 1/08/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de investigación, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 14 de Agosto de 2025.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>CHOCANO DAVIS, CHRISTIAN CESAR</u>	
DNI: 40988780	Firma
ORCID: 0000-0002-7313-5745	

***Dedicatoria especial***  
*Para Pepe, Luisa, Martha y Paulino. Los llevo en mi corazón.*

## **RESUMEN EJECUTIVO**

Los programas de clemencia es una herramienta crucial para la detección y desarticulación de cárteles, a través de ellas muchas empresas que han sido partícipes han logrado cooperar continuamente y brindar información relevante para su posible descubrimiento. Sin embargo, para las empresas que se acogen a este programa el beneficio es significativo, ya que se les exonerará completamente o parcialmente de la multa interpuesta por la autoridad, lo que comúnmente suele ser una gran ventaja para este aglomerado de empresas que, sin tener en cuenta la ley, buscan enriquecerse indebidamente.

En esta presente investigación vamos a tomar en cuenta a estos agentes económicos que se acogieron a este programa, debido a que no existe un acápite o artículo referido a la fiscalización post-clemencia por parte de la autoridad a través de sus entidades compartidas, o esta instaurado explícitamente. No existe una garantía como tal por parte de la empresa en la que nos pueda asegurar que no va a volver a incurrir en estos actos delictivos, al contrario, pueden sentirse con la libertad de volver a hacerlo porque no hubo ninguna consecuencia negativa de por medio, lo cual no se puede permitir si se desea impartir una economía de libre competencia.

Entablaremos una serie de requisitos que pueden ser tomados en cuenta por la autoridad competente Indecopi, a través de una serie de puntos o acápite a un determinado artículo con la finalidad de que este impuesta bajo ley y que los agentes económicos puedan tomarlo en cuenta para el beneficio de ellos mismos como el de todos nosotros, los consumidores.

**PALABRAS CLAVES:** impartición, obligatoriedad, ley

# Índice

<b>RESUMEN EJECUTIVO</b> .....	<b>1</b>
<b>ÍNDICE</b> .....	<b>2</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO 1: ESTADO DEL ARTE</b> .....	<b>12</b>
1.1. LOS CÁRTELES EN EL PERÚ .....	12
1.2. LA SUPERVISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD COMPETENTE.....	18
1.3. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL PERÚ .....	23
<b>CAPÍTULO 2: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>33</b>
2.1 DEFINICIÓN DEL PROBLEMA .....	33
2.2. TRATAMIENTO LEGAL A NIVEL COMPARADO SOBRE LA EXONERACIÓN DE LA MULTA REFERENTE A LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA QUE SE SOMETEN LAS EMPRESAS QUE INCURREN EN PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.....	38
2.2.1 PERÚ.....	38
2.1.2. BRASIL .....	44
2.1.3. CHILE .....	49
<b>CAPÍTULO 3: DISCUSIÓN</b> .....	<b>53</b>
3.1. DISCUSIÓN.....	53
3.1. VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS.....	56
3.2 PROPUESTA NORMATIVA.....	64
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>70</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>73</b>

## Introducción

Las empresas o agentes económicos suelen ser diferentes o aspiran serlo en un mercado relevante dentro de un determinado territorio, mediante investigaciones o estudios del mercado buscan diferenciarse del resto, pero existe un objetivo en el cual pueden coincidir: la preferencia de los consumidores. La libre competencia es la encargada de establecer un proceso en la cual estas empresas ofrecen mejores productos o servicios en términos de calidad, precio o variedad para llegar a ser el favorito de los consumidores. Al tratarse de una competencia, las empresas deben optar por ser más eficientes en sus producciones, en su calidad, en las ofertas que puedan ofrecer para que así la decisión de los consumidores sea a favor de ellas y a la vez se les considere mejores que sus rivales directos, la libre competencia busca incentivar que exista variedad y diferenciación entre ellas dando como resultado que más empresas aparezcan dentro del mercado. Para tomar la decisión de formar parte del mercado de calidad de agente proveedor de bienes y servicios, las empresas realizan un análisis de mercado, el cual constituye un proceso sistemático y objetivo (Kresalja & Ochoa, 2020).

Esto rara vez sucede ya que en muchos casos existe un conjunto de empresas o una empresa en particular la que obtiene un poder de mercado relevante al resto, dejando fuera del mercado a competidores menores con pocos incentivos como también a potenciales competidores. Estos agentes económicos restringen la libre competencia para su propio beneficio, meramente económico, perjudicando al mercado en si como a los propios consumidores, a estas conductas se les denomina prácticas anticompetitivas.

La libre competencia debe tener como principales características el cumplimiento de las normas y buenas practicas dentro del mercado, la transparencia o la honradez dependerá únicamente de los competidores, términos que no comparten o no buscan implementar para sus fines ilícitos. El agente competente que tiene como función fiscalizar, prevenir y sancionar a estas empresas que incurren en prácticas anticompetitivas es el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor (INDECOPI). Según Marco Fernandez señala que “en materia de defensa de la competencia peruana el modelo es de agencia administrativa especializada única, esto quiere decir que la investigación realizada y las resoluciones de procesos sancionadores son separadas”, es decir, son independientes instauradas por el agente competente mediante la Comisión de Libre Competencia.

Teniendo en cuenta lo mencionado, cabe mencionar que para nadie es un secreto de la implicancia de empresas coludidas que incurren en actividades anticompetitivas. Por lo tanto, es necesario mencionar la importancia del ente regulador, en este caso Indecopi, que se encarga de supervisar, fiscalizar y sancionar a estas empresas mediante investigación percibida por la Comisión de Defensa de Libre Competencia a través de una serie de estrategias para identificar a estas empresas, una de ellas y la principal en esta investigación es el programa de clemencia.

El Programa de clemencia se ha instaurado como una de las estrategias claves que tiene la autoridad competente Indecopi en su lucha contra las prácticas anticompetitivas. Este programa ofrece incentivos para que las empresas logren colaborar con la autoridad mediante una Secretaria Técnica en la investigación sobre estas conductas ilícitas como la ya muy conocida colusión. Este programa ha sido utilizado en diversas ocasiones en el Perú, destacándose el caso de Protisa-

Kimberly Clark en 2015 que era considerado el cártel del papel higiénico en donde se determinaban fijación de precios y coordinación con productos, estas mismas empresas detallaron su participación y cooperaron con información acogiéndose al programa de clemencia exonerándose de una cuantiosa multa siendo uno de los primeros casos en nuestro país, aunque la cantidad de solicitudes ha fluctuado a lo largo del tiempo debido a cambios legislativos (Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, 2021).

Al permitir que estas empresas obtengan estas exoneraciones que pueden ser total o parcial de la multa interpuesta, dependerá del orden por el cual las empresas se presenten para su cooperación, se ha demostrado que estos programas suelen ser efectivos para la posterior verificación de los cárteles y su desarticulación promoviendo una mayor transparencia en el mercado, sin embargo la efectividad a largo plazo suele ser confusa y dependerá de ciertos factores a tomar en cuenta dependiendo enormemente de la medida por la cual la autoridad competente mediante la Comisión de Libre Competencia y Secretaria Técnica, logren visualizar y supervisar que las empresas que accedieron al beneficio de la exoneración total o parcial de la multa cumplan con un comportamiento adecuado evitando la reincidencia sobre estas conductas ilícitas.

La colusión es una de las conductas más dañinas para el mercado en general, la malversación de precios, la reducción de calidad del producto va a perjudicar seriamente a los consumidores. Los cárteles, que son empresas coludidas formadas mediante acuerdos explícitos entre competidores que usualmente tienen parte importante de cierto sector del mercado, son ilegítimamente beneficiadas a costa del resto dentro de una libre competencia. Por lo detallado, la lucha contra este acto delictivo es una de las prioridades que no solo tiene Indecopi sino diversos

países de la región en donde se ha logrado desarrollar diferentes estrategias para poder desincentivar y sancionar de manera ejemplar estas prácticas.

Una de las estrategias más reconocidas es el programa de clemencia que suele ser la mejor alternativa para las empresas y para la autoridad correspondiente ya que se podrá dismantelar el cártel convenciendo a uno o a varios de cooperar continuamente con Indecopi a cambio de la exoneración parcial o total de la multa. La información veraz por parte de estas empresas es muy apreciada porque permite verificar y sancionar de manera más sencilla y rápida a los demás involucrados.

No obstante, debemos tener en cuenta que para que los programas de clemencia sean completamente efectivos necesitamos que las autoridades encargadas cuenten con un mecanismo adecuado para la verificación y fiscalización de la empresa exonerada. Debido a que estas empresas que se han acogido a clemencia ya no necesitan que los investiguen pudiendo además volver a reincidir en estas prácticas que tantos ingresos en beneficio trajo consigo, poniendo en riesgo los avances generando desconfianza por parte de las empresas pertenecientes al mercado. Por esta razón, es de suma importancia que las autoridades logren establecer un régimen de fiscalización que puedan incluir auditorias periódicas, así como consecuencias claras si es que alguna empresa logra reincidir e incumplir lo establecido por ley o también la pérdida de confidencialidad impartida por el mismo programa.

Debido a lo mencionado, la presente investigación propone una serie de herramientas que pueden ser valiosas e instauradas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para que en la lucha contra estas prácticas anticompetitivas sea más eficiente implementando estas medidas efectivas después de la exoneración de la sanción impuesta promoviendo así una libre competencia en el mercado.

Se determinó un caso conocido en nuestro país en donde Indecopi logró sancionar por más de veinticinco (25) millones de soles a empresas que habían formado parte de un cártel que consistía en la repartición en el mercado de servicios de impresión de textos escolares, de acuerdo con la Resolución N.º 015-2021/CLC-INDECOPI las empresas Metrocolor S.A., Corporación Grafica Navarrete S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. se distribuyeron ilícitamente 87 ítems correspondientes a 20 procedimientos de selección por parte del Ministerio de Educación y un procedimiento de selección del Instituto Nacional de Estadística e Informática. La Comisión de Defensa de Libre Competencia detectó mediante documentos, archivos, correos electrónicos y resultados de procedimientos de contratación que, desde el 2009 mes de octubre hasta el 2016 mes de julio, Metrocolor, Navarrete Quad Graphics, Empresa El Comercio S.A. y Amauta Impresiones habían realizado acuerdos para la repartición de ítems de procedimientos de contratación del servicio de impresión para material educativo. Es de suma importancia añadir que el inicio de esta investigación se realizó debido a la acusación hecha por la empresa vinculada Amauta – El Comercio percibida bajo el programa de clemencia de acuerdo con el art. 26 del Texto Único Ordenado de la Ley de Libre Competencia, entregando todas las pruebas, correos, documentos necesarios para que quede demostrado las acciones anticompetitivas realizadas, teniendo como resultado la imposición de la multa por un total de veinte (20) millones de soles siendo el total a lo explicado sobre las licitaciones y el tiempo estimado en el que el cártel realizó estos actos ilícitos, de acuerdo al Exp. 002-2019/CLC-INDECOPI había calculado para estas empresas. Solo se implementó el programa de cumplimiento por un periodo de 3 años, en donde no se establece un programa de cumplimiento adecuado ni permanente para el agente económico que se sometió al programa de clemencia ni la publicación de informes periódicos o semestrales de la misma con la finalidad de verificar que no vuelvan a reincidir.

Siendo así, que la fiscalización de Indecopi respecto a este tipo de acciones posteriores con la principal función de evitar la formación de cárteles es apropiada más no completa, esto debido a que no se profundiza adecuadamente su verificación post-clemencia. Implícitamente, se entiende que las empresas exoneradas no deberían cometer ningún acto ilícito, sin embargo, se deberían contemplar una serie de propuestas a la Ley, en específico a un determinado artículo, para obtener una genuina validez.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la hipótesis de la presente investigación sería determinar si resulta pertinente añadir a la normativa, en concreto el art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sobre la exoneración de la sanción, la garantía de que las empresas que hayan incurrido en prácticas anticompetitivas y hayan sido exoneradas no vuelvan a cometer este acto ilícito, contemplando un hecho preventivo para la posterior fiscalización por parte de la autoridad competente hacia estas empresas otorgando una serie de cumplimientos y requisitos esenciales añadidos al art. 26 de la mencionada ley tales como monitoreos, auditorias y/o revisiones para que logran ser más difundidas y compartidas, así como una sanción ejemplar a empresas reincidentes.

Esta hipótesis presentada propone una serie de cumplimientos a tomar en cuenta por las empresas exoneradas para que no vuelvan a cometer este delito, por lo que las mismas deben estar acorde a las atribuciones de la autoridad competente. Los monitoreos o auditorias por parte de la autoridad a través de la Dirección de Investigación y Libre Competencia es equivalente a un continuo monitero por parte de la autoridad para verificar que ninguna de estas empresas ha vuelto a incurrir en estas prácticas, por otra parte los programas de compliance instauradas obligatoriamente para que cada una de las empresas las pueda presentar y publicar, causando un

gran impacto positivo para las áreas correspondientes post-clemencia en relación a generar una mejor ética empresarial. Además de mencionar, las posibles consecuencias si estas empresas incumplen su cometido una vez exonerados, que la Comisión de Libre Competencia podrá iniciar proceso administrativo sancionador si se comprueba que estas empresas han vuelto a incurrir en estos actos anticompetitivos, tales resultados negativos serían cuantiosas multas y hasta puede perjudicar la participación de ellas a licitaciones públicas por un determinado espacio de tiempo. Por lo que, al añadir estos puntos dentro del artículo, establecerá un gran avance hacia una mejor fiscalización y verificación por parte de la autoridad competente hacia estos agentes económicos, esto debido a que estas disposiciones no se encuentran dentro de la ley mencionada.

Además, debemos de tener en cuenta las limitaciones de la autoridad competente que básicamente se sustentarían en el enfoque centralizado hacia nuevos cárteles para así sancionarlas, pero no a la fiscalización de las mismas que ya fueron exoneradas por el mismo programa. Por lo que la hipótesis recalcada en la presente investigación abarca implementar los puntos mencionados dentro de la Ley para que exista un régimen de cumplimiento empresarial hacia los agentes económicos exoneradas post-clemencia.

Así como el objetivo principal es añadir una serie de párrafos al art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que permitan una verificación posterior más completa y detallada a empresas ya exoneradas, debemos analizar si la autoridad competente Indecopi en su afán de detectar la mayor cantidad de cárteles posibles, no detalla ni verifica si las empresas que hayan sido sometidas a estos programas han logrado apartarse definitivamente de cometer estos actos anticompetitivos, además de explicar si la guía de programa de clemencia con respecto a las normas establecidos en relación a los tipos de clemencia específicos por orden hacia las empresas son suficientes para no volver a cometer estos actos ilícitos.

Además de determinar si la Comisión de Libre Competencia con respecto a la garantía de las empresas exoneradas, debería cumplir un rol más activo al momento de la verificación y fiscalización de estas empresas, optando por detallar cada uno de los objetivos, el principal y los secundarios, en los capítulos siguientes.

Por consiguiente, debemos entender que la autoridad competente busca identificar a estas empresas que incurren en actos anticompetitivos y a su vez busquen eximir a las mismas si se obtiene información relevante por parte de ellas para desarticularlas, sin embargo, no tenemos la seguridad de que reincidan en estos actos ilícitos por lo que el riesgo es muy latente y fomenta una preocupación para la aplicación de ley de Libre Competencia en nuestro país. Por lo que explicaremos la aplicación de fiscalización de la autoridad competente, así como la Comisión de Libre Competencia y la Dirección Nacional de Investigación en Perú, como también la Fiscalía Nacional Económica de Chile y el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil aplicando así el método comparado para esta investigación.

Por lo ya expuesto, dentro de la investigación se abordará el estado del arte en el capítulo I contemplado por explicar cómo funcionaban los cárteles en el Perú, la supervisión de la libre competencia de la autoridad competente y los programas de clemencia en nuestro país, así como el problema de investigación contemplado en el capítulo II, el método comparado que es muy importante para visualizar la participación de la autoridad en ciertos países de la región en específico de los países hermanos de Brasil y de Chile.

Se brindarán los conceptos básicos y los actos delictivos más comunes que realizan los cárteles en nuestro país, además de establecer la relación directa con la autoridad competente

Indecopi a través de la Comisión de Libre Competencia y la Dirección Nacional de Investigación abarcando la investigación que realizan ya sea de oficio o por algún dato que hayan recabado. Otro punto esencial por el cual se determinó esta investigación es la labor del programa de clemencia estipulado en el art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas al determinar que, no está estipulado dentro de la misma la posterior fiscalización y acciones a efectuar cuando se trata de empresas reincidentes, por lo que el método comparado resultará determinante para corroborar el procedimiento dentro del programa de clemencia instaurada por la autoridad correspondiente de los países de Chile y Brasil, investigando si tienen algún tipo de verificación y fiscalización post-clemencia para las empresas que hayan cometido actos anticompetitivos.

Dejando claro cuál es el contenido del presente trabajo de investigación, el objetivo principal de la misma es determinar una verificación y fiscalización eficaz por parte de la autoridad competente a través de sus órganos encargados, para lograr añadir puntos específicos al art. 26 de la Ley de represión de conductas anticompetitivas, que será explicado y detallado en la parte final de la presente.

## Capítulo 1: Estado del arte

### 1.1. Los cárteles en el Perú

Los pactos, acuerdos o prácticas que hayan sido concertadas dentro de empresas que inicialmente han sido competidoras en el mercado con la única finalidad de restringir la libre competencia en el mercado, a este conglomerado de empresas se les denomina cártel. Es un acuerdo formal entre agentes económicos, en el cual coordinan precios y/o producción de la industria (OCDE, 1993). De cierta forma, intentan manipular el mercado para que no se ha consignado bajo una competencia leal. Existen varias actividades en las que operan este tipo de empresas:

- Fijación de precios

Esta práctica muy común en el mercado se realiza cuando el grupo de empresas que forman el cártel establecen precios fijos o inclusive mínimos para los servicios o productos que ofrecen, esto quiere decir que se ponen de acuerdo para que haya una paridad en el precio que usualmente es alto causándole un perjuicio al consumidor. Se efectúa cuando las empresas actúan acordando un precio específico, ya sea definiendo un precio mínimo o máximo, teniendo esta colusión varias formas de realizarse, utilizando lenguaje codificado, reuniones usualmente privadas o comunicaciones a través de intermediarios son algunas opciones que poseen estos agentes económicos para llevar a cabo su plan.

- Reparto de mercado

Esta práctica, como la primera, también suele ser muy usual, debido a la repartición de ciertos sectores o de clientes por parte de las empresas para así, evitar competir entre ellas. Elimina la competencia directa entre las mismas lo que conlleva a un monopolio exclusivamente repartido

por esta acción. Al ser la empresa o empresas, prácticamente dueños del sector, se deben tomar en cuenta las graves consecuencias al no existir una libre competencia como tal, siendo la reducción de innovación una de ellas ya que se tienen menos incentivos para invertir en mejoras o desarrollos, mejorar productos, etc. y que esta empresa solo se enfocan en mantener su dominio dentro del mercado siendo el gran perjudicado el consumidor.

- Limitación de producto o producción

Con respecto al producto, se acuerda la limitación de cierta cantidad de bienes o servicios producidos, ya que, al momento de reducir, se manifestará un incremento del precio excesivamente alto para el consumidor debido a que la oferta escasea. Esta limitación es regulada por acuerdos explícitos de las empresas que conforman el cártel al entablar un consenso si se quiere reducir la cantidad de bienes producidos, agregando además cuotas de producción de manera específica para cada empresa integrante asegurando que ninguna de ellas logre producir más de lo acordado y como último, pero no menos importantes existen los acuerdos de no competencia que consisten en acordar no competir por potenciales clientes. Ahora bien, los mecanismos de control para el aseguramiento del cumplimiento es otro tema a tener en cuenta dentro del cártel, empezando por el monitoreo de producción, que básicamente es la función de las empresas para lograr implementar monitores específicos para cada miembro con la finalidad de que se mantengan dentro de los límites señalados, además de ello, pueden existir sanciones por incumplir con lo establecido, pudiendo ser monetaria o de otro tipo y el intercambio de información suele ser muy utilizado ya que a través de reuniones secretas o mensajes de texto, emails, etc., se logran mantener de acuerdo sobre los niveles de producción para que logren cumplir con la producción.

- Manipulación de licitaciones

La licitación podrá ser pública o privada, depende del grupo de empresas quien la realice. Entre ellas acuerdan quien deberá presentar la oferta que ganará y el precio estimado, claramente la competencia dentro de la licitación es completamente falsa ya que el resultado está ajustado. Se suele conocer debido a ciertas reuniones, conversaciones o correos mediante la autoridad competente al momento de querer desarticular estos cárteles. Se logra establecer las ofertas de cobertura, que es la presentación de ofertas que están diseñadas para perder, debido a que cuentan con precios inflados o términos prácticamente inaceptables, con el propósito único de aparentar la competencia y así garantizar la oferta preelegida como ganadora, la abstención de ofertas también suele ser utilizada en este caso, uno o más licitadores acuerdan abstenerse de presentar cualquier oferta o retirar la oferta que ya presentaron, permitiendo que la empresa que ya habían designado sea la ganadora del concurso, la rotación de ofertas también suele ser bastante usual en relación a la manipulación de licitaciones, siendo el más sencillo ya que los licitadores se turnan para ganar las mismas, siempre y cuando se logre obtener un contrato con un determinado periodo de tiempo.

- Intercambio de información

La información suele ser muy importante para la competencia leal en el mercado. Si un grupo de empresas intercambian información sobre precios que implementarán en el mercado por su producto, el volumen de la producción, así como estrategias específicas tendrán claramente una ventaja de sus demás competidores ya que debido a la previa coordinación también evitan competir entre ellos. Sin embargo, no son todos los tipos de información que se pueden compartir, la capacidad de producción, contando materiales, manos de obras y otro tipo de gastos, los costos de la producción, que son básicamente información o datos detallados de cada producción, la información de clientes incluyendo hábitos de compra o sus preferencias, los planes de expansión, información sobre nuevas sucursales, lanzamiento de nuevos productos, políticas comerciales,

condiciones de venta, plazos de pago también son considerados información relevante para la futura coordinación de actos y el mantenimiento del acuerdo colusorio.

Por lo tanto, estos cárteles son “acuerdos formales entre productores de bienes o servicios para definir precios, cantidad producidas, cuotas de mercado u otras condiciones de mercado” (OECD, 1993). Claramente los efectos negativos son altamente peligrosos hacia la economía y hacia los mismos consumidores, teniendo como ejemplo los precios más altos de lo usual de determinados productos o servicios debido a que sin competencia podrán colocar el precio que ellos desean, usualmente siempre es alto, no dándole la oportunidad al consumidor de poder escoger porque dentro de ese mercado en específico han coludido por sacar al mercado el mismo producto a ese precio. Como también la calidad del mismo, debido a que no existe una innovación por la falta de participación de agentes económicos en el mercado, asimismo el estándar en base a la eficiencia y productividad será considerablemente bajo y, por último, pero no menos importante la pobre innovación, ya que, sin presión de competencia, no existen incentivos para renovar y mejorar. Los cárteles pueden actuar de varias maneras. Pueden ponerse de acuerdo sobre precios o calidades. Pueden dividirse clientes o acordar reducir producción o repartirse áreas geográficas. (Bullard, 2014)

Son considerados una práctica anticompetitiva e ilegal por la mayoría de países, que con el paso de los años han implementado más mecanismos para su detección y eliminación (Borrel, García, Jimenez & Ordóñez de Haro, 2019). Respecto a los países en su mayoría, están terminantemente prohibido por leyes de competencia y antimonopolio debido a que dañan directamente a la economía. En este caso, la autoridad competente en verificar y sancionar estas

empresas es la Autoridad Nacional de Defensa al Consumidor y Propiedad Intelectual (INDECOPI). Estas sanciones, que se basan mediante pruebas concretas hechas en una exhaustiva investigación, que comúnmente suele ser extensa, se incluyen significativas multas hacia la persona jurídica como a las personas naturales que la conforman.

La forma de comportarse de los cárteles tiene relación con la teoría de juegos, que es una rama que involucra cuestiones estratégicas entre distintos agentes, tales como en este caso, económicos o individuos que tienen un objetivo complementario. Esta teoría estudia la interacción entre agentes racionales que deben tomar decisiones que afectan el bienestar de los otros jugadores (Myerson, 1997), por lo dicho es importante analizar esta teoría debido a que tendremos un amplio conocimiento de la manera de comportarse de empresas cuando incurren en prácticas anticompetitivas.

El equilibrio de Nash es uno de los conceptos claves para entender en que se basa esta teoría de juegos en relación a los cárteles, que está basado en la que ningún jugador puede beneficiarse o no pueden mejorar su situación económica de competencia en el mercado, esto quiere decir que los agentes han implementado una estrategia en la cual no les conviene desviarse del pacto establecido formando el cártel. Por lo que, con respecto a los cárteles instaurados en el Perú, ninguna de las empresas integrantes tiene un incentivo para lograr desviarse de la estrategia principal, dado que el comportamiento de las demás va a ser la misma. Se entiende que el cártel busca el beneficio común, pero de una manera completamente anticompetitiva e ilegal, si la empresa no logra obtener los beneficios ofrecidos por pertenecer al cártel, de acuerdo al equilibrio de Nash, no le convendría separarse unilateralmente debido que no mejoraría su posición, sin

embargo pueden haber equilibrios considerados ineficientes, en este caso, si una empresa integrante no esté de acuerdo y desea desvincularse del cártel en nuestro país, si puede hacer la diferencia, proponiendo a la autoridad competente compartir toda la información recabada a cambio de optar por el programa de clemencia, que lo exonera total o parcialmente de la futura sanción impuesta por la autoridad, con previa investigación de por medio.

Otro concepto a mencionar es el referido dilema del prisionero, que viene siendo utilizado regularmente para el comportamiento de los cárteles, que consiste en que cada empresa debe optar por decidir cooperar con otra empresa del cártel que conforman u optar por desviarse rompiendo el acuerdo establecido entre las mismas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, si esta empresa decide romper el acuerdo mientras que las demás empresas siguen cooperando, la primera obtendrá un beneficio añadido a costa de los demás, pero si todas las empresas deciden optar por concluido la relación, el resultado claramente será peor para todas sin excepción, esto detalla la dificultad de los cárteles de sobrevivir por un largo periodo de tiempo. Debiendo tener en consideración que pueden superar este dilema mediante diferentes estrategias o mecanismos, como monitoreos y sanciones tales como represalias comerciales, intercambio de información para verificar el comportamiento y sancionar a aquellos que se logren desviar, los acuerdos implícitos por parte de las empresas básicamente se basan en la comprensión como participantes del cártel y las señales del mercado, la reputación también puede ser importante esto debido a que si se es confiable puede ser un valioso activo, así que si cualquier empresa desee o logre traicionar los acuerdos impuestos pueden dañar e inclusive perder su reputación además de ser excluidas del cártel en un futuro, si logran volver a concertar.

Con respecto a castigos y sanciones dentro de la teoría de juegos, existen prohibiciones dentro del cártel que si en algún momento se incumplen se aplicarán sanciones y castigos

ejemplares para que a su vez los agentes económicos sigan queriendo mantener el vínculo y no pensar en desviarse.

Así como es de amplio conocimiento saber sobre esta teoría para identificar el comportamiento de los cárteles para la autoridad competente, también logra ser beneficioso y estudiado por las empresas que evalúan la viabilidad de pertenecer a un cártel y la estabilidad de acuerdo al tiempo.

## **1.2. La supervisión de libre competencia de la autoridad competente**

La autoridad competente Indecopi en relación a libre competencia tiene como principal objetivo la protección y promoción de competencia real en el mercado, de acuerdo al DL 1033 literal b) del artículo 2 reconoce que el Indecopi tiene entre sus funciones, el deber de resguardar la libre competencia, contando con la facultad de sancionar conductas anticompetitivas, previniendo los perjuicios que estas puedan generar, y promoviendo que en los mercados exista una competencia efectiva. (Presidencia de la República del Perú, 1991, Decreto Legislativo 1033, Artículo 2). La encargada de su regulación y supervisión dentro de nuestro país es la Comisión de Defensa de Libre Competencia (CLC). Esta comisión es ejercida bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que tiene por finalidad dotar a los órganos competentes de las facultades necesarias para que, aseguren el proceso competitivo, reprimiendo conductas de los agentes del mercado que sean capaces de evitar que se produzca la máxima competencia posible (Stucchi, 2019) y en concordancia con la Ley de Control de Fusiones Empresariales, de acuerdo a

su competencia tiene como funciones prevenir, investigar y a su vez sancionar actos anticompetitivos que perjudiquen a la competencia en sí y a los consumidores.

Está compuesta por un presidente y cuatro comisionados, quienes llegan a ser elegidos mediante concurso público. Cabe mencionar que las personas encargadas deben tener una amplia experiencia en relación a temas de libre competencia que es el mejor mecanismo para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado. (Indecopi, 2013)

Sus principales funciones son:

- Investiga y sanciona prácticas anticompetitivas. Tiene potestad para verificar si existen cárteles formados por empresas que hayan logrado fijación de precios o repartición de mercado, en apercibimiento a denuncias recibidas o de oficio, y a su vez imponerles sanciones que conllevan a amplias multas usualmente económicas, como también medidas correctivas para la restauración de la competencia.
- Evalúa concertaciones empresariales tales como fusiones, adquisiciones, etc., para verificar si existen consecuencias negativas para la competencia del mercado. La evaluación consiste en el análisis de estructura del mercado, los competidores y su posición en el mismo, así como incentivos para incurrir en prácticas anticompetitivas.
- Capacita y promueve actividades de competencia, sensibilización y asesorías técnicas para empresas. Esta función tiene como principal meta cambiar la cultura de las empresas con respecto a la competencia y asimismo concientizar a las personas jurídicas en base al respeto de la libre competencia.

Por lo ya mencionado, la Comisión de Libre Competencia (CDLC) cumple con un rol fundamental para la promoción y protección de la competencia en nuestro país, empero, se

enfrenta a varias limitaciones que pueden dificultar su labor, una de las principales inconvenientes de la Comisión son sus recursos limitados, operando con disminuido personal especializado así como el presupuesto estimado, originando que las investigaciones y gestión de casos sea sumamente complejo, añadiendo además que la investigación hacia cárteles consume mucho tiempo y recursos, se requiere un análisis jurídico y económico importante. Si analizamos detenidamente estas limitaciones, en primer lugar con respecto a los recursos limitados, el presupuesto de la autoridad competente Indecopi, y por ende el de la (CDLC) se ha visto afectada debido a una considerable disminución que claramente afectan la capacidad de la Comisión para poder realizar sus labores de manera correcta, otro punto a tener en cuenta es el personal, esto debido a lo mismo, salarios poco competitivos en comparación con otros órganos reguladores del Estado, la rotación de funcionarios también suele ser una limitación debido que afecta enormemente la continuidad de la investigación de casos de colusión. Lo que nos lleva a otro limitante, la complejidad de las investigaciones, esto debido a que se necesita un análisis crítico, jurídico y económico, además de que se necesitan implementar mecanismos de coordinación para la detección de cárteles siendo la necesidad de recopilar información más engorrosa requiriendo más tiempo y recursos.

Por otra parte, existe la Dirección Nacional de Investigación en Defensa de la Competencia (DNIDC) que desempeña el papel crucial debido a que es la encargada de las investigaciones sobre actos anticompetitivos y concertaciones de empresa. Debido a que el objetivo de una política de libre competencia es proteger el proceso competitivo y en última instancia la satisfacción del consumidor (Drago - Alfaro,2015)

Esta Dirección es la encargada de investigar denuncias o casos que tengan relación con estas prácticas fomentadas por los cárteles. Debe verificar si existe acuerdos entre empresas para su propio beneficio. También recopila evidencia y la analiza pudiendo ser documentos, mensajes de texto, testimonios, correos, datos económicos o información de cualquier índole que se logre determinar como resultado de una práctica en contra de la competencia. Cabe resaltar que esta Dirección y la Comisión son entes distintos pero que colaboran a la par debido a que toda la información, investigaciones recabadas por la Dirección serán de ayuda para las decisiones finales del CLC cumpliendo con un objetivo en común, la libre competencia en el mercado.

En el Perú el Decreto Legislativo N° 1034, TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es la norma encargada de la protección y regulación de la libre competencia donde se identifica los dos tipos concretos de prácticas anticompetitivas: el abuso de posición de dominio y las practicas colusorias, pudiendo ser verticales u horizontales. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA) prohíbe y sanciona toda conducta contraria al deber de no afectar el proceso competitivo y al deber de competir, que corresponden a todo agente económico que concurre en el mercado (Stucchi Lopez,2008), por lo tanto, a través de esta Ley se verificará todo proceder de empresas que logren desestabilizar la libre competencia.

Teniendo en cuenta lo mencionado, el art. 26 del TUO La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (2019) establece que cualquier persona tendrá derecho a solicitar la exoneración de la sanción si es que aporta nuevas pruebas que puedan ayudar a detectar y verificar la existencia de la práctica colusoria, así como también el de responsabilizar a los culpables, presentando una serie de requisitos al momento de ingresar la solicitud optando por la información recabada eficiente que lograrán convertirse en pruebas si estas son designadas como verídicas, la secretaria técnica es la encargada de verificar y de negociar con el agente económico el exonerarlo de la

sanción así como el incumplimiento de la negociación y sus posibles consecuencias legales. La pertinencia de la reducción completa o parcial de la multa lo analizará la Secretaria Técnica teniendo en cuenta que la primera empresa, agente económico que logre brindar pruebas que acrediten su participación así como determinar la existencia del cártel se le exonerará por completo la multa, si es el segundo solicitante recibirá una reducción del 30% al 50%, si es el tercero será una reducción del 20% al 30% y los subsiguientes solo podrán recibir una reducción máxima del 20% de la multa que resultará aplicable mediante procedimiento administrativo sancionador.

Se debe indicar que, una vez iniciado el procedimiento administrativo, será elección de la Secretaria Técnica aceptar o rechazar solicitudes de exoneración, sin embargo, se aceptarán solicitudes a medida que ingresen nuevos elementos de juicio que logren aportar un valor agregado significativo al caso, como también en situaciones en la cual el agente haya realizado ejercicio de coerción hacia los demás agentes se cumplirá la misma secuencia.

Mencionar que esto no exime de responsabilidad civil a los imputados por daños y perjuicios, esto quiere decir que el procedimiento sancionador seguirá su rumbo establecido con respecto a ellos.

Como a su vez el programa de recompensas tipificado en el art. 28 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (2019) en donde señalan que brindaran recompensas económicas a personas naturales que puedan brindar información para detectar, investigar y poder sancionar infracciones y a su vez se tendrá bajo reserva la identidad del individuo.

El compliance está vinculado a los programas post-clemencia para las empresas que se hayan sometido a ellas por lo que resulta importante añadir que es obligatorio en base al acto anticompetitivo y a ciertas consideraciones por parte de la Comisión que entablará programas de cumplimiento a ciertas empresas que la necesiten.

### 1.3. Programas de clemencia en el Perú

El programa de clemencia es una herramienta originada por la autoridad competente en la lucha por desarticular cárteles dentro del mercado. Este programa ofrece una serie de incentivos para que las empresas que hayan sido involucradas dentro del cártel puedan colaborar con la autoridad revelando información sobre el mismo; los incentivos son la exoneración completa o parcial de la multa o sanción y cada agente económico se puede someter a ella antes o después de iniciada la investigación del proceso administrativo sancionador. Se analiza la efectividad del programa de clemencia bajo un mercado dinámico, es decir, la probabilidad de detección depende del tiempo (Hinloopen, 2003).

La primera empresa persona jurídica o individuo que se acoja a este programa y a su vez logre presentar información verídica y completa sobre el cártel obtendrá inmunidad total sobre las sanciones administrativas que surgirán a medida que siga el caso, esto quiere decir, no pagará ninguna multa o sanción si logra que su información proporcione las pruebas necesarias para dismantelar el cártel y a su vez eliminar las prácticas anticompetitivas de por medio. Como también los segundos, terceros y hasta cuartos solicitantes podrán ver reducida su multa si logran brindar información, claro está no se le eximirá completamente la multa, esto correspondería solo al primero, mediante el proyecto de guía (Indecopi, 2016)

Claro está, que la empresa o persona natural debe cesar completamente en su participación en la práctica anticompetitiva, y teniendo en cuenta que la información que proporcione sea

completa y suficiente para poder iniciar una investigación o avanzar a pasos agigantados el procedimiento administrativo.

El procedimiento que debe realizar toda empresa que se quiere acoger al programa de clemencia es el siguiente:

- Solicitud inicial

La empresa o la persona natural que está interesado en este programa deberá presentar una solicitud inicial ante la Comisión de Defensa de Libre Competencia (CLC). En la solicitud se deberá incluir información que precise la existencia del cártel, sobre las empresas que pertenezcan al mismo y las prácticas anticompetitivas que se realizaron o cualquiera información que permite iniciar la investigación o ya iniciada información complementaria que permite ahondar en otras empresas aun no verificadas.

- Evaluación de solicitud

La autoridad competente, mediante la Comisión de Defensa de Libre Competencia y la Secretaria Técnica evaluará la solicitud presentada y claramente la información recopilada para lograr determinar los requisitos para conceder la clemencia. Esto quiere decir que se verificará la información recabada para comprobar su veracidad y que la información sea suficiente, así como también la primacía de la persona jurídica o natural que este denunciando al cártel.

- Cooperación continua

En el caso de que la solicitud sea aceptada, el solicitante se comprometerá que, de acuerdo a la investigación por la Comisión, cooperará en la medida que sea posible con toda la información que pueda señalar. Contando también la información adicional, así como el cumplimiento de las solicitudes en su totalidad de información hacia la autoridad.

- Inmunidad total o reducción de sanciones

Si se logra cumplir con lo antes requerido, la autoridad competente le otorgará inmunidad a la empresa o persona natural y lo eximirá de toda responsabilidad en relación al cumplimiento del pago de sanciones administrativas. Cabe mencionar que, si no es el primero, aun logra tener este beneficio, pero a ellos solo se le reducirá significativamente la multa.

Ahora bien, debido a la implicancia de agentes económicos, que son el conjunto de empresas que realizan actos anticompetitivos, de desviarse del acuerdo pactado dentro del cártel, la autoridad competente Indecopi proporcionará confidencialidad absoluta a la par de la información recabada durante el proceso. Debido a la relación entre la autoridad competente y la firma denunciante, se recomienda mantener la confidencialidad de información y protección de los agentes denunciantes ante cualquier represalia de otros miembros (Spagnolo, 2004).

También cabe mencionar que se revocará la clemencia a los agentes económicos que incumplan con los requisitos ya antes mencionados, como el de no cooperar abiertamente con las autoridades o si este a su vez proporcione información falsa o sugestiva contra otras empresas. El solicitante podrá perder todos los beneficios como la inmunidad total o la posible reducción de sanción.

Por lo leído, los programas de clemencia provistas por Indecopi buscan combatir las prácticas anticompetitivas recurrentes en nuestro país, ofreciendo una serie de incentivos para que las empresas logren animarse a “delatar” a las siguientes y así se le reduzca completamente la sanción, que puede llegar a ser muy grande de acuerdo al tiempo en el que el cártel haya

funcionado y los beneficios que haya obtenido en el mercado. Depende de la confidencialidad de la empresa o persona natural, así como de la información completa y verídica proveída, siendo requisitos fundamentales para este programa.

Un caso bastante recordado en Perú fue la desarticulación del cártel del papel higiénico que logro el ahorro potencial de S/. 1,144 millones de soles. Este es un caso de las 24 solicitudes que el Indecopi recibió para su programa de clemencia entre 2014 y 2019 (Chavez, Lucero, 2019). La Comisión de Defensa de la Libre Competencia logró desactivar el cártel conformado únicamente por dos empresas enormemente poderosas, Kimberly Clark y Protisa, dueños de Suave y Elite las cuales poseían juntas casi el 90% del mercado de comercialización del papel higiénico, así como otros productos tales como papel toalla, servilletas, etc. Este cártel fue desarticulado debido a que ambas empresas se acogieron al programa de clemencia y pudieron brindar información lo cual la autoridad Indecopi logro corroborar y desarticular el cártel. Las empresas habían concertado precios y la sanción interpuesta que también incluía a 14 personas naturales ascendían a un total de 42,385.14UIT que vienen siendo un total de S/. 171 659, 817 soles para Kimberly Clark y a 25,726.28 UIT viene siendo un total de S/. 104 191, 434 soles para Protisa. Cabe mencionar que también fueron sancionadas las personas naturales involucradas en el acuerdo ilícito.

En este caso en específico se logró identificar que imponía a sus clientes tales como mayoristas, supermercados, distribuidores alzas de precios considerables representando una afectación directa a las condiciones de competencia dentro del mercado del papel higiénico y productos tisú. Estas empresas se reunían en ciertos hoteles o restaurantes para concertar y ponerse de acuerdo para la incrementación de precios, con representación de sus representantes y

apoderados, como también utilizaron llamadas para comunicarse entre ellos. Todo esto fue adjuntado como prueba para contrastar con la evidencia económica de las empresas mencionadas verificando el comportamiento de sus precios.

Indecopi ordenó, por la magnitud de sus acciones e incurrir en prácticas anticompetitivas desde el año 2009 hasta el año 2015, desarrollar un programa de cumplimiento por un periodo determinado de 5 años para que logren evitar reincidir en estos actos y así afecten al mercado y al consumidor. También se designó contratar un oficial de cumplimiento que se encargará de facilitar la normativa de libre competencia para estas empresas, teniendo un alto conocimiento en temas relacionados a la libre competencia y que claramente no tengo parentesco con ninguno de los directivos de las empresas señaladas, este funcionario no puede ser abogado ni asesor ni representante legal en los últimos 5 años de verificada la practica ilícita, y si se considere que este oficial no está cumpliendo correctamente con su trabajo de acuerdo a los lineamientos de libre de competencia, la Secretaria Técnica será la que se encargue de su remoción y la designación de un nuevo oficial. Por lo tanto, el programa de clemencia mencionado tuvo un considerable éxito en este caso, sin embargo, esto no asegura que en un futuro las mismas empresas involucradas u otras empresas puedan formar nuevos cárteles, hay que tener en cuenta que no se ha encontrado información pública sobre si las empresas participantes del mencionado cártel hayan vuelto a cometer estos actos ilícitos después de haber sido sancionadas económicamente. Queda consenso de que el programa de clemencia sirve como incentivo hacia las empresas que buscan desvincularse del cártel, sin embargo, se debe presentar una imagen de efectividad por parte de la autoridad, debemos de tomar en cuenta que si las empresas no logran percibir un riesgo real de ser detectadas y posteriormente sancionadas, no se sentirán incentivadas a participar en el programa.

Por lo que la actitud de diferentes empresas pertenecientes al cártel en relación a escoger el programa de clemencia suele ser positiva, debido a los beneficios que trae consigo. La exoneración total o parcial de la multa suele ser un incentivo muy poderoso para estos agentes económicos, siendo este el incentivo principal las empresas coludidas deben tomar una decisión para su total beneficio.

Otro caso ocurrido en nuestro país, mediante Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI se logró desarticular el cártel integrado por 6 empresas navieras que participan y repartían el transporte marítimo de vehículos entre el año 2001 y 2012, de manera concertada. La Comisión de Defensa de Libre Competencia (CDLC) de Indecopi declaró la responsabilidad de estas seis líneas navieras: Compañía Marítima Chilena S.A. (CMC), Eukor Car Carrier Inc. (Eukor), Kawasaki Kaisha Ltd. (K-Line), Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (MOL) y Nippon Yusen Kabushiki Kaisha (NYK) fueron declaradas responsables- Compañía Sudamericana de Vapores S.A. (CSAV) fue la empresa exonerada por haberse acogido al programa de clemencia. Es así, que en este caso en particular se ordenó que en un plazo de 30 días se instauren programas de cumplimiento acordes a lo estipulado en la normativa de competencia, sin embargo, no existe una especificación sobre la periodicidad del ente encargado al momento de fiscalizar o verificar que las empresas están cumpliendo con la libre competencia.

La Comisión de Defensa de Libre Competencia (CDLC) verificó la existencia de un sistema de coordinación y entendimiento entre estas navieras que garantizaban respetar al cliente de una forma muy diferente a la habitual, lo que hacían era que con los clientes que tenían contratos para transportar vehículos de fabricantes o importadores dentro de rutas específicas, por lo tanto

no se disputaban los clientes de “titularidad” ajena y exigían respeto de los clientes propios para el servicio de transporte hacia continentes de Asia, Europa y América al Perú.

Esto quiere decir que, cuando un fabricante o en diferente caso, un importador invitaba a las navieras para poder presentarse para una licitación o solicitaba cotizaciones, esta línea naviera titular del cliente lo que hacía era coordinar con los posibles competidores, para que se abstuvieran de participar, ofreciendo cotizaciones mucho más altas que las del titular. Resultó beneficioso para todas las navieras que conformaban el cártel afectando a diversas importaciones de vehículos tales como Ford, Mazda, Renault, etc.

El sector al que hacemos mención creció exponencialmente esos años ya que fue de 16,28% (FOB) y 15,83% (CIF) entre los años 2001 y 2015.

Este cártel fue muy relevante también para investigaciones internacionales y a su vez la mayoría de las empresas implicadas asumieron su responsabilidad y se acogieron al programa de clemencia o acuerdos como el de admisión de culpabilidad. Por lo mencionado, la Comisión impuso multas a estas empresas por el total de 11 529, 46 UIT equivalente a S/. 47 847 277,40 millones de soles. Ahora bien, lo importante del caso fue que el cártel pudo ser verificado y desarticulado gracias a la colaboración de la Compañía Sudamericana de Vapores S.A. (CSAV) y Nippon Yusen Kabushiki Kaisha (NYK) empresas que se acogieron a este programa de clemencia, reconociendo claramente la infracción cometida y aportando pruebas contundentes para poder acreditar la existencia del cártel, así como la participación de las demás empresas vinculadas.

De acuerdo a estos casos de desarticulación de cárteles en nuestro país, el programa de clemencia cada vez fue tomando más relevancia en la normativa sobre libre competencia, además de diferentes casos ocurridos en la región que apoyó la opción de clemencia hacia estos cárteles. Claramente estos programas están llenos de desafíos de los cuales resulta muy difícil desvincularse, tales como la detección temprana y desmantelamiento de los cárteles, ya que resulta ser muy complicado para la autoridad competente poder verificar la existencia de estas empresas por lo que el programa ya mencionado es una facilitadora para la detección en primer lugar, la posible sanción y como resultado la desarticulación del cártel. También debemos tener en cuenta, con respecto a las ventajas o beneficios de someterse al programa de clemencia, la reducción de costos por investigación que suelen ser elevados y bastante prolongados en el tiempo por lo que se requiere recursos significativos por parte de la autoridad.

La promoción y transparencia dentro del mercado es uno de los principales factores por la cual el programa de clemencia toma tanta relevancia debido a que se envía una señal clara y directa hacia los demás cárteles notándose que estas prácticas anticompetitivas son ilegales e implicarán una gran cantidad de dinero que tendrán que pagar por concepto de multas o sanciones una vez sean descubiertos, sino es que una de las empresas logre someterse al programa de clemencia y así ser exonerado de ella.

La rehabilitación de las empresas que hayan formado parte del cártel es el tema principal de esta investigación, suele suponerse que después de haber incurrido en estos actos ilícitos busquen con implementar medidas y asegurar el cumplimiento de una normativa bajo una libre competencia de mercado, sin embargo también puede ser vista como un “salvavidas” para las

empresas que si son más rápidas se salvaran de la multa y podrán coludirse con otras empresas para seguir obteniendo ganancias mediante fijación de precios o bajar el costo de producción. Además de indicar que el programa de cumplimiento instaurada por la Comisión de Libre Competencia como una recomendación por un periodo determinado de tiempo dentro del procedimiento administrativo sancionador es bien tomado en cuenta por las empresas exoneradas y sancionadas, no se logra identificar una supervisión real y adecuada por parte de la autoridad. La buena fe persiste dentro del procedimiento al indicar, que una vez sancionadas o exoneradas, estas empresas implementarán el programa de compliance y por ende no volverán a cometer actos anticompetitivos, por lo que es necesario enmendar la palabra recomendación al programa de compliance a obligación.

La supervisión post-clemencia por parte de la autoridad es muy esporádica, se sigue un procedimiento que consiste en un seguimiento de acciones correctivas sin embargo no se profundiza en su instauración o en visitas, fiscalizaciones o verificaciones hacia las mismas. Por lo tanto, se debería implementar como un punto adicional dentro de la Ley de represión de conductas anticompetitivas los siguientes conceptos como aval de las funciones impartidas de la autoridad hacia las empresas reincidentes.

Los programas de recompensa por otra parte, son una herramienta que tiene el mismo objetivo que el de clemencia, incentivar, en este caso a personas naturales, a que puedan proporcionar información de suma relevancia sobre prácticas anticompetitivas, especialmente dirigidos a cárteles. La diferencia en este programa es que está orientado hacia el individuo que puede tener conocimiento sobre estos actos ilícitos. Aumentar la detección y desarticulación de

cárteles y otras conductas anticompetitivas es la principal meta de este programa debido a la dificultad por acuerdos clandestinos de empresas que buscan beneficiarse económicamente.



## Capítulo 2: Problema de investigación

### 2.1 Definición del problema

El problema de la presente investigación resulta interesante de analizar debido a que generaría una reducción significativa sobre prácticas anticompetitivas que surgen en nuestro país, por ello la propuesta normativa que pretende dar una verificación y fiscalización posterior como solución se basará en determinar si es factible añadir o mejorar el art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sobre la exoneración de la sanción en relación con los programas de clemencia hacia empresas que reincidan en prácticas anticompetitivas, sabiendo que la autoridad competente encargado Indecopi opta por establecer este programa con la finalidad de visualizar y dismantelar estos cárteles.

Nuestro afán claramente no es desmerecer la labor de Indecopi en esta ardua labor que implica una fiscalización amplia y seria acorde a la defensa de libre competencia, sino establecer un análisis en la que la misma autoridad certifique que la empresa o empresas que hayan sido acogidas al programa de clemencia cumplan en no volver a reincidir en estos actos delictivos.

La metodología principal escogida para desarrollar la investigación consiste en analizar el art. 26 de la mencionada Ley respecto a la exoneración de la sanción a empresas que se hayan acogido al programa de clemencia. Esto consiste en las acciones de la autoridad competente después de haber emitido su resolución final en concordancia con la Comisión de Defensa de Libre Competencia (CDLC) que es la encargada de defender y sancionar con multas cuantiosas, acorde a las conductas anticompetitivas verificadas y el periodo de tiempo en la que han actuado.

Según el art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que se refiere la exoneración de la sanción señala que el cumplimiento del deber de colaboración establecido en el compromiso de exoneración de sanción, 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 materia del compromiso.

Ahora bien, la exoneración de la sanción se entiende como la eliminación total o parcial de sanciones impuestas hacia la empresa o empresas que hayan incurrido en prácticas anticompetitivas debiendo participar y cooperar con la autoridad competente para la identificación de empresas coludidas (cárteles). Este tipo de conducta relacionada con la exoneración suele ser denominada como programa de clemencia en nuestro país y en varios dentro de la región.

Los elementos claves para poder determinar una exoneración completa o parcial son que, en primer lugar, la revelación usualmente sea voluntaria, en este caso puede concederse antes de la investigación por parte de la autoridad o cuando ya esté en proceso, teniendo en cuenta la veracidad de la información, además que sea suficiente y valiosa para la autoridad sobre la conducta colusoria.

Se debe tener en cuenta además que la cooperación sea continua de acuerdo a la investigación realizada, esto es de suma importancia dentro del programa debido a que se necesitarán pruebas y datos contundentes para la debida verificación de la practica anticompetitiva. Claro está que estas empresas deberán cesar definitivamente de estas conductas una vez hayan requerido acogerse al programa acogiéndose al principio de buena fe.

Los beneficios de la exoneración de la sanción suelen ser diversos teniendo como la principal la reducción total o parcial de las multas, que en general, suelen ser de muchos miles o

inclusive millones de soles, si nos referimos a la realidad peruana y otros países de la región por igual. Otra ventaja para someterse a este programa es la reputación de la empresa, esto debido a que provocará un menor impacto negativo si decide cooperar con la autoridad brindando toda la información necesaria y por último la confidencialidad que ofrece Indecopi para proteger la identidad de las empresas pudiendo minimizar el riesgo de sufrir algunas represalias por parte de otras empresas o individuos relacionados en el cártel.

Los programas de cumplimiento que interviene la Comisión de Defensa de Libre Competencia tienen como principal objetivo de fomentar prácticas empresariales correctas o éticas así como la prevención de conductas anticompetitivas, como en nuestro, la colusión de empresas generando cárteles. Son considerados esenciales por la autoridad competente debido a que aluden que las empresas deberán cumplir con lo normado por competencia.

Es importante señalar estos cumplimientos porque es la única imposición por parte de la Comisión hacia las empresas que se hayan acogido al programa de clemencia, consideramos que a pesar de ciertos puntos establecidos como la evaluación de riesgo y un diagnóstico estimado recomendando a la empresa a que las realice para la temprana identificación de riesgos con respecto a colusión u otras conductas anticompetitivas o términos específicos de desarrollo de políticas o procedimientos promoviendo competencia leal y la definitiva prohibición de actos colusorios acorde a la normativa peruana, añadiendo que estos programas tienen un periodo de tiempo relativamente corto, ya sea un periodo de dos o tres años para la empresa o empresas.

Estamos de acuerdo en que, se cumpla lo mencionado debido a que ciertamente es una obligación adquirida hacia las empresas coludidas, pero esto no quiere decir que las mismas las cumplan a cabalidad. Pongamos en contexto la presente investigación, las empresas que hayan cometido actos anticompetitivos por lo general no desean que los descubran debido a que están

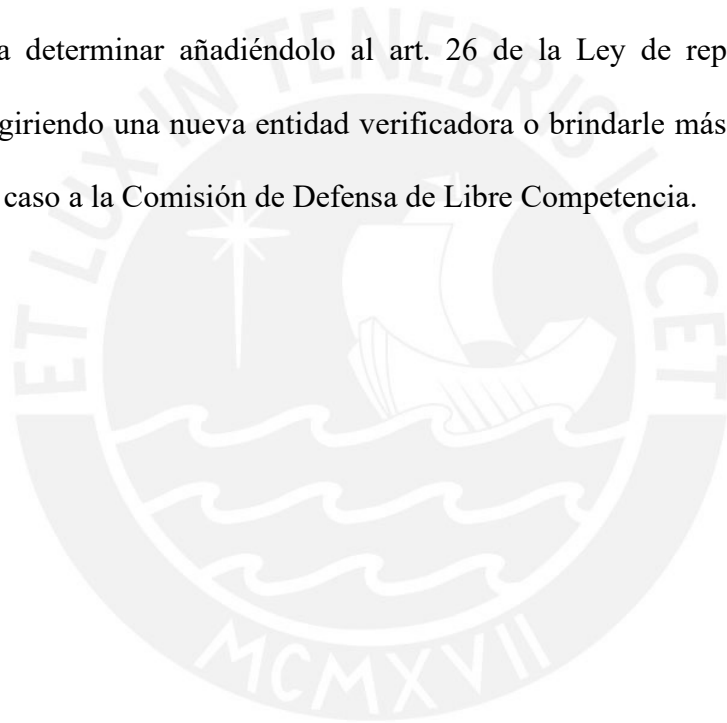
generando una masiva cantidad de rentabilidad perjudicando a otras empresas en el mercado. El comportamiento de estos denominados cárteles busca establecer ciertos parámetros para que su última opción sea desvincularse del acuerdo; pactos, acuerdos, mensajes de texto, reuniones son algunas acciones que permiten la vinculación total hacia las empresas que desean coludirse en completa complicidad tomando las medidas necesarias para no ser descubiertos, debido a que si por algún motivo se llega a saber sus delictivas acciones conllevaría a una serie de considerables multas a pagar por parte de la persona jurídica como las empresas como personas naturales, gerentes, jefes de determinada área, etc.

Ahora bien, por una eficaz fiscalización por parte de la Comisión de Defensa de Libre Competencia o por alguna empresa integrante del cártel determinan la presencia de estas fomentando prácticas anticompetitivas y las sancionan correspondientemente al daño percibido y al tiempo determinado que el cártel estuvo activo. La empresa o las empresas que se acogieron al programa de clemencia, como bien se sabe, la primera en brindar toda la información veraz así como una colaboración permanente hacia la autoridad competente, recibirá la exoneración total de la multa, mientras que las subsiguientes un porcentaje del mismo en menor proporción.

Las empresas consideran al programa de clemencia con una especie de “salvavidas” cuando no verifican otra salida más que comparecer y brindar toda la información sobre los actos colusorios y anticompetitivos que cometieron, que en todo caso, tiene grandes resultados debido a que se desintegran grandes cárteles que han estado operativos por una gran cantidad de tiempo en el mercado, pero hay que tener en consideración que se han acogido a clemencia, las mismas empresas integrantes del cártel, por lo que conllevaría una fiscalización más exhaustiva para que no vuelvan a reincidir o que cumplan con la normativa interpuesta por Indecopi. La fiscalización post-clemencia hacia las empresas exoneradas necesita más atención, esto debido a que estos

agentes económicos necesitan ser supervisadas, aparte de seguir con la investigación pertinente a nuevos actos colusorios de nuevos cárteles. Por lo ya expuesto se debe considerar a los programas de cumplimiento como una especie de seguro para estas empresas, pero no se debería considerar suficiente para determinar la correcta aplicación de mecanismos o políticas impuestas después de haber solicitado el programa en cuestión.

Indecopi debe redoblar la competencia de sus entes competentes con la finalidad de determinar y fiscalizar a las empresas que se hayan acogido al programa de clemencia, como una acción preventiva a determinar añadiéndolo al art. 26 de la Ley de represión de conductas anticompetitivas sugiriendo una nueva entidad verificadora o brindarle más competencia al ente ya existente en este caso a la Comisión de Defensa de Libre Competencia.



## **2.2. Tratamiento legal a nivel comparado sobre la exoneración de la multa referente a los programas de clemencia que se someten las empresas que incurren en prácticas anticompetitivas.**

### **2.2.1 Perú**

Al optar por un enfoque comparado sobre el papel de la autoridad competente, que es en este caso Indecopi, al realizar una investigación detallada sobre la exoneración de la multa o sanción referente a los programas de clemencia que se someten las empresas pertenecientes a un cártel o realizando actos anticompetitivos en contraste con diferentes países de la región nos brindará un conocimiento mucho más amplio y detallado sobre los principales inconvenientes o vulneraciones sobre las posibles exoneraciones sometidas a este programa por parte de las empresas mediante pruebas objetivas. A nivel comparado la promoción de los programas de cumplimiento resulta variado. Si bien se resalta su importancia, no significa que por su implementación se debe dar un trato especial a las empresas (Michael Luyo, 2021). Por lo que hay tener en consideración la implementación del programa de clemencia y su fiscalización post-clemencia en los países de la región.

En Perú, la labor de la Comisión de Defensa de Libre Competencia es la encargada de investigar sobre posibles conductas anticompetitivas que se pueden realizar dentro de determinadas empresas del mismo rubro en el mercado perjudicando la libre competencia, teniendo como finalidad impulsar procedimientos administrativos sancionadores como multas hacia los agentes económicos que realizan conductas anticompetitivas, así como su prevención para evitar su reincidencia.

El inicio de este procedimiento está estipulado en el art. 18 de la Ley de represión de conductas anticompetitivas que señala que el procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Dirección de Investigación y Promoción de Libre Competencia o por denuncia de parte.

Tomemos en cuenta que la denuncia presentada ya sea por iniciativa de la Dirección que es la encargada de investigar y apoyar a la Comisión de Defensa de Libre Competencia informando la presunta infracción de estas empresas, o por denuncia de parte, lo que hará es impulsar, promover y colocar en las redes a estas empresas supuestamente imputadas. Se optará por emitir un pronunciamiento, es decir, se iniciará el mismo en base a criterios razonables conforme a ley.

De acuerdo al pronunciamiento de la Comisión se impondrá una serie de requisitos que la empresa o las empresas deben cumplir, tales como los programas de cumplimiento que son una serie de procedimientos dirigidas a las empresas para prevenir infracciones que vayan en contra de la ley, detectar la existencia de riesgos o conductas ilícitas en la empresa y controlar posibles eventualidades y verificar que los protocolos establecidos se cumplan con normalidad y responder ante situaciones que vulneren la libre competencia para que dentro de un futuro cercano las empresas implicadas obtengan una cultura de cumplimiento en base a que sus reglas internas estén sujetas a la misma armonía que la ley vigente. Más aun en 2015, se estableció un marco normativo más específico sobre el proceso de solicitud de reducción o exoneración de sanciones (INDECOPI, 2017) esto para que a su vez las empresas vinculadas a cualquier tipo de actividad anticompetitiva opten por decidir en ser descubiertos por la autoridad y pagar multas de un monto considerable o acogerse al programa de clemencia en donde se le podrá exonerar o reducir la multa interpuesta.

La autoridad competente Indecopi dentro de su guía indicó una serie de requisitos que son entregados para el programa de cumplimiento tales como el compromiso real para cumplir que

debe evidenciar el involucramiento de los altos directos de empresa y la asignación de recursos suficientes para materializarlo (Guía Indecopi, pg. 20), así como la identificación de riesgos por lo que se debe determinar una área que identifique las posibles conductas anticompetitivas que se podrían realizar, las capacitaciones al personal que resulten muy utilizadas dentro de los programas para causar un ambiente de dialogo para el inicio de la cultura de cumplimiento ya mencionada permitiendo a los trabajadores obtener mayor información de lo que está permitido y de lo que está prohibido por las normas de libre competencia y por ultimo pero no menos importante los constantes monitores del programa para supervisar la correcta implementación de todo lo antes mencionado así como verificar los resultados del programa dentro de un determinado periodo de tiempo, optando por indicar a un oficial de cumplimiento que sea el encargado de su oportuna fiscalización. Esta cultura busca, a través de todo lo comentado, transparencia y compromiso por parte de las empresas exoneradas y también sancionadas para que logren cumplir con sus funciones sin afectar la libre competencia dentro de un determinado sector del mercado, se logra fomentando una cultura corporativa señalando que es una parte integral y vital de la empresa, la responsabilidad por cada acto es otra forma de fomentar esta cultura debido a que se cumplirían con las normas éticas y legales, además de añadir programas de incentivos dentro de determinadas áreas de la empresa para iniciar proyectos de motivación, sin mencionar las sanciones que serán impartidas a quienes no cumplan con lo establecido. Todo con la única finalidad de promover una adecuada cultura empresarial y fomentarla a través del ejemplo.

Por otro lado, de acuerdo con la Comisión de Libre Competencia, a través de la Guía de programa de cumplimiento de las normas de libre competencia, frente a la detección oportuna del

incumplimiento, la empresa podría acogerse a los beneficios de exoneración o reducción de la sanción previstos en la norma para quienes colaboren con la detección y sanción de carteles vía el Programa de clemencia (Guía de programas de cumplimiento, Indecopi, pg.41)

Sabiendo la sanción o la multa interpuesta por parte del órgano mencionado, el cálculo de la multa resultas ser un factor primordial para que el monto no sea considerado sobre pagado, si es que la empresa en mención ha realizado correctamente el Programa de cumplimiento efectivo cuando haya cometido el acto ilícito, para ello se establecen las siguientes consideraciones:

- Cumplimiento de componentes esenciales: será establecido de acuerdo con la empresa y su impacto en el mercado (grandes empresas, mypes).
- Hecho infractor aislado: el hecho en mención debe ser aislado de los objetivos de la empresa, es decir, que ninguna alta dirección haya ocupado o realizado una serie de conductas ajenas al programa.
- Acción oportuna frente al incumplimiento: la empresa, al notar una serie de irregularidades a causa de las prácticas anticompetitivas, ha efectuado una serie de investigaciones a nivel interno con la finalidad de adoptar medidas para frenar la infracción de manera oportuna, y a su vez identificada la conducta inmediatamente comunicarle a Indecopi para que realice las acciones del caso, que, en muchos casos, resulta ser el programa de clemencia.

Bajo lo mencionado, el programa de cumplimiento, si se realiza de manera oportuna y correctamente bajo las pautas establecidas, la Comisión le otorgará la reducción de un porcentaje

estimado de la multa estipulada aplicable. Esto en base a una investigación de pruebas que den como resultado el debido cumplimiento del programa correctamente enumerados.

El órgano competente peruano Indecopi con el objetivo de multar e identificar empresas coludidas (cárteles) y su propagación, otorga incentivos a los miembros pertenecientes a estas empresas, dándole la oportunidad de renunciar y cooperar a la investigación, obteniendo la reducción o incluso la exoneración de multas que se aplicarían una vez identificado el cártel.

El programa de clemencia como solicitud de exoneración puede establecerse antes de iniciar el procedimiento sancionador, si ha existido anteriormente una investigación por parte de la Dirección no tendría ninguna relevancia en este caso, estos beneficios para las empresas son de tres tipos y cada uno tiene sus propias características:

- Clemencia Tipo A.- en este caso el beneficiario obtendrá una exoneración del total de la multa por la sanción de la infracción que se le ha imputado debido a que es la primera empresa que haya proporcionado información veraz y suficiente a la autoridad para que esta pueda iniciar la investigación y se pueda comprobar la existencia de empresas coludidas denominadas comúnmente como cárteles. Los requisitos para ser sometido a este tipo de programa de clemencia es ser el primero en solicitar la clemencia, que logre proporcionar información eficaz para dar inicio a la investigación, la constante colaboración durante el proceso de toda la investigación y por último el cese definitivo e inmediato en la participación de prácticas anticompetitivas.

Una excepción beneficiosa para el agente económico en cuestión es que no se le podrá imponer medidas correctivas para su empresa, siempre y cuando desee renunciar a su confidencialidad de la identidad que posee como colaborador.

- Clemencia Tipo B.- de acuerdo con este tipo de programa se otorgará la exoneración de la multa interpuesta entre 50% y 100% por la sanción si se logra comprobar todo lo ya antes mencionado en el programa anterior, salvo una particularidad, el cártel ya ha sido detectado antes de que el agente económico desee colaborar y según la calidad de la información que brinde. Se otorgará a empresas que no hayan sido las primeras en denunciar la existencia del cártel proporcionando información relevante y adicional que contribuya activamente a la investigación, su plena colaboración y el cese definitivo de las conductas anticompetitivas son puntos no negociables en este tipo de programas.

- Clemencia Tipo C.- el beneficio será la exoneración del 50% de la multa establecida por sanción, luego de que se haya iniciado el procedimiento sancionador por parte de la Comisión, esto estará sujeto al orden en el que se reciba la solicitud. Con respecto a este tipo de programa hay que detallar los rangos de reducción establecidos por el art. 26 de la Ley de represión de conductas anticompetitivas aplicándose consecuentemente para el segundo, tercero y subsiguientes solicitantes, esto quiere decir que la segunda empresa que solicite este programa obtendrá una reducción del 30 al 50%, mientras que el tercer solicitante una reducción del 20 al 30% y lo subsiguientes obtendrán una reducción como máximo del 20% de la multa interpuesta. Cabe mencionar que deberán colaborar activamente con la autoridad competente durante todo el proceso de investigación y el cese definitivo sobre su participación en estas conductas ilícitas.

Con respecto al programa de cumplimiento, este puede ser exigido por Indecopi en relación a las empresas que se hayan acogido al programa de clemencia. Hay que tener en cuenta que este tipo de programas tienen como función la prevención de actividades anticompetitivas y la fomentación sobre una cultura de cumplimiento dentro del agente económico.

El compromiso por parte de la alta dirección de la empresa deberá mostrar una correcta predisposición para el cumplimiento de la normativa instaurada por la autoridad competente, tal es así que se implementan políticas, capacitaciones, monitores auditorías y evaluaciones continuas para la temprana detección y erradicación de estas conductas ilícitas, que, en primer término, después de haberse acogido al programa de clemencia se toma en consideración que estas empresas cumplirán con lo mencionado. La supervisión por parte de Indecopi es confusa respecto al “compliance program”, programas de cumplimiento, debido a que debería supervisar la efectividad del programa especificado dentro de lo por parte de la Comisión de defensa de libre competencia, ente competente encargado de competencia en nuestro país, las empresas estarían comprometidas a brindar informes periódicos sobre su progreso o resultados del programa, pero no hay un organismo o un poder otorgado a la Comisión para que pueda implementar fiscalizaciones cuando lo requiera. No bastaría solo con la presentación de informes y esto en un determinado periodo de tiempo que suele ser muy reducido para estas empresas, que quiere dar a entender que después de lo indicado no están en obligación de seguir con el programa de cumplimiento pudiendo volver a reincidir en actos anticompetitivos.

### ***2.1.2. Brasil***

En este país, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) es la encargada de administrar el programa de clemencia, objeto de investigación del presente trabajo. El criterio por el cual fue seleccionado el país hermano de Brasil es la similitud con nuestro país sobre el programa de clemencia, el incentivo de colaboración, la reducción total o parcial de sanciones teniendo como principal función la detección y desarticulación de cárteles, además dentro de su fiscalización post-clemencia podemos señalar que dentro del cumplimiento hacia la empresa exonerada esta deberá cumplir con los términos señalados especificados dentro de la resolución final de la autoridad competente, sin embargo, como en nuestro país no se especifica detalladamente el monitoreo post-clemencia asumiendo que las empresas cumplirán con seguir una política empresarial adecuada. El CADE es el ente gubernamental por excelencia encargada de defender la libre competencia del país. Como en Perú, el programa de clemencia está diseñado exclusivamente para la temprana detección de cárteles que hayan incurrido en prácticas anticompetitivas ofreciendo beneficios tales como la exención de multa total o parcial hacia las empresas que hayan decidido acogerse al mismo brindando toda la información referida a estas prácticas, por lo que debemos identificar la tarea del Consejo de Defensa Económica que es la investigación y su posible sanción para la prevención de prácticas anticompetitivas, como además es el ente encargada de revisar fusiones y/o adquisiciones, como otras prácticas que puedan perjudicar la libre competencia.

El programa de clemencia del Consejo Administrativo de Defensa Económica está estipulado en la Ley N° 12529 Ley de Defensa de la Competencia y por Resolución CADE N° 21/2018 donde establecen ciertos parámetros para el procedimiento o pasos a seguir de las empresas para solicitar el programa.

Ahora, debemos tener en cuenta la exoneración total de la empresa que haya decidido acogerse al programa de clemencia presentando información suficiente para que el CADE pueda iniciar una investigación acorde a ley cumpliendo con todos los requisitos tales como la cooperación inmediata hacia la autoridad, mientras que por otra parte se reducirá la multa a otras empresas en cuestión y que hayan sido participantes de los actos colusorios pero que a su vez tengan información adicional relevante, además de colaborar permanentemente en el desarrollo de la investigación serán beneficiadas por la reducción de la multa impuesta. Teniendo en cuenta esto, debemos comentar que el porcentaje exacto respecto a la reducción parcial de la multa para empresas que no hayan sido las primeras en acogerse al programa en el país de Brasil es variable debido a diversas circunstancias específicas para cada caso ya que el ente encargado CADE evalúa cada solicitud recibida de las empresas por separada y de manera individual considerando la relevancia como la importancia de la información recibida, aunado también la cooperación constante durante todo el proceso de investigación.

El proceso de solicitud para acogerse al programa suele ser relativamente sencillo y complicado a la vez, debido que se inicia con una solicitud preliminar asegurando su presencia en la fila dentro del programa de clemencia, que usualmente prefieren ser el primero debido a la exoneración total de la multa, en segundo término se presenta una solicitud formal ante el CADE detallando toda la información evidenciando la práctica anticompetitiva, teniendo como resultado y último término el acuerdo de clemencia, previa revisión del Consejo Administrativo verificando que la información sea verdadera y relevante para iniciar la investigación, firma el acuerdo con la empresa especificando las condiciones como los beneficios percibidos garantizando la confidencialidad sobre la identidad del solicitante y sobre toda la información recibida, a menos que el mismo desee que sea revelado.

El valor que se fijará por la multa establecida en caso de empresas será del 0,1% y el 20% sobre los ingresos brutos de la misma, resultantes del último ejercicio dentro del proceso administrativo, cuando el CADE no obtenga el valor de los ingresos dentro de la rama que ocurrió el acto ilícito o cuando la información brindada no sea del todo clara o no esté completa.

Por otra parte, las personas naturales o jurídicas que no tengan a cargo funciones o actividades empresariales no resultarán aplicable el criterio para calcular la multa con respecto a las empresas, por lo tanto, se establece un total de 50,000 reales hasta los 2,000,000 de reales brasileños. (Ley 8884, 1994). Y, por último, las multas interpuestas sobre los administradores de la empresa infractora, la ley indica que será interpuesta entre el 1% y el 20% de la multa hacia la empresa sancionada, además la posición del administrador y su participación será estimada como agravante.

La tasa de referencia con respecto a carteles resulta muy alto debido a la magnitud del acto ilícito producido, por lo que se establece una tasa considerada para muchos juristas como alta, la tasa es del 17%, pero dependerá de circunstancias ya sean atenuantes o agravantes, estableciendo una tasa mínima en este tipo de casos el 14%. EL CADE opta por esta cantidad por el nivel de daño y perjuicio hacia los consumidores, así como la malversación del dinero.

Con respecto a las consecuencias atenuantes y agravantes, al momento del valor de la multa se debe recalcar a la persona que lidera el cartel ya sea a sabiendas o no de que opera la concertación empresarial, la duración del cartel también es una atenuante que se debe tomar en

cuenta, así como si la conducta se haya realizado dentro de un periodo breve de tiempo y la buena fe del infractor dentro de la investigación ya sea colaborando, otorgando información.

Se debe evitar las sanciones en las que se perjudique significativamente la competencia dentro del libre mercado, siendo el caso de que, si se logra obtener hechos o pruebas concretas de un cártel, será más apropiado determinar la multa solo a los que tengan un mayor grado de responsabilidad.

En Brasil, los programas de cumplimiento son promovidas por el Consejo Administrativo de Defensa Económica, como medidas para la fomentación sobre la libre competencia y la prevención de que empresas incurran en prácticas colusorias. Sin embargo, la obligatoriedad de los programas no está necesariamente vinculadas al programa de clemencia.

No es obligatorio los programas de cumplimiento, el CADE recomienda de manera muy encarecida la adopción de estos programas con la única finalidad de poder minimizar el riesgo sobre infracciones futuras que estas empresas puedan volver a realizar. Las características de estos programas son las recurrentes y las señaladas en programas en Perú tales como la capacitación de los trabajadores, monitoreos y auditorias, procedimientos que ayudan a la detección de estas conductas, pero siempre notándoles como indicaciones generales, por lo que esta recomendación es muy parecida a la de nuestro país, estos programas no suelen ser obligatorios, salvo contadas excepciones, debido a que se recurre a la buena fe de la empresa o del agente económico para instaurar una serie de cumplimientos con el fin de no volver a reincidir.

La diferencia con nuestro país es que en algunos casos específicos el programa de clemencia viene acompañado del programa de cumplimiento dentro de la resolución de la

Comisión de Defensa de Libre Competencia en primera instancia, instaurado para un determinado de tiempo a las empresas que se hayan acogido ya sean primeros, segundos o terceros.

### ***2.1.3. Chile***

La defensa de libre competencia en el país sureño está regulada en base al Decreto Ley N° 211 estableciendo normas correspondientes a este tipo de mecanismo. La entidad encargada para ello y la vinculación con el programa de clemencia es la Fiscalía Nacional Económica (FNE), es una agencia del gobierno que se encarga de la promoción y la defensa de la competencia en el ámbito de mercados chilenos, investigando y sancionando prácticas anticompetitivas y a su vez es la responsable de la revisión de fusiones y adquisiciones, tal como el ente encargado en Brasil.

Tal cual como nuestro país y el anterior integra el programa de clemencia denominándolo un incentivo dirigido a las empresas para que logren denunciar la presencia de cárteles a cambio de un beneficio tal como la exoneración total de la multa interpuesta o la reducción de esta. Además de señalar que la fiscalización post-clemencia no es específica detalladamente una vez emitida la resolución final emitida por la autoridad competente hacia las empresas exoneradas y sancionadas, pero es lógico asumir que estas deberán cumplir a cabalidad con la ley a partir de ahora, aunque, a raíz de esta investigación, lo más conveniente es que se estipule y se añada normativa nueva a la ley actual causando un precedente en la región.

El proceso para que las empresas puedan solicitar el programa de clemencia suele ser como todo en los países ya mencionados, hay una primera solicitud por parte del agente económico denunciando el cártel que integra o que guarda algún tipo de relación brindando pruebas fehacientes para que reciba la exoneración total de las multas, que es el principal objetivo por parte

de las empresas que se acogen a la clemencia, no pagar nada o pagar la menor cantidad de dinero posible, las solicitudes subsiguientes son las empresas que han ofrecido información para que solo puedan recibir reducción en las multas, claro está, dependiendo la información proporcionada.

Como se sabe, el porcentaje para la exoneración de multas hacia la primera empresa acogida al programa de clemencia será total, el 100% de la multa administrativa, siguiendo con la misma línea, la información debe ser vital para la comprobación de la existencia del cártel, así como el cese definitivo de las prácticas anticompetitivas como también la cooperación total y activa con la investigación. Mientras que la segunda recibirá una reducción de la multa entre el 30 al 50% con las condiciones ya mencionadas, la cooperación, el cese definitivo de estas prácticas y que la información sea de suma relevancia para el progreso de la investigación.

Y, por último, las terceras y las subsiguientes empresas obtendrán una multa solo del hasta el 20%, ofreciendo las condiciones sobre información relevante acorde a la investigación, cesar en la participación anticompetitiva y la cooperación plena hacia la Fiscalía Nacional Económica.

Los programas de cumplimiento son una especie de requerimientos para que la empresa pueda realizar sus actividades de acuerdo con la ley de competencia de cada país. Lo que se espera de los programas de compliance es que sean la mejor expresión de voluntad real de la organización y que cumplan cabalmente con la regulación (Santiago Mont, 2011). Hay una diferencia considerable si tratamos de comparar la realidad post-clemencia de Chile con nuestro país. En el país del sur no existe un programa de cumplimiento formalizado asociado e instaurado por la Fiscalía Nacional Económica, sin embargo, las empresas que han sido acogidas al programa de clemencia deberán cumplir una serie de condiciones para poder beneficiarse completamente de la exoneración o la reducción parcial de las multas, las cuales son el cese definitivo sobre las

participaciones anticompetitivas y a la vez cooperar activamente con la FNE durante la investigación.

Teniendo en cuenta lo señalado, los agentes económicos suelen optar por realizar sus propios programas de cumplimiento internos para el aseguramiento de no reincidencia de conductas anticompetitivas, estas consisten con la capacitación a los empleados sobre las leyes de libre competencia y el correcto uso de las políticas de la empresa, los monitoreos y auditorías son regularmente utilizados para asegurar el cumplimiento acorde a ley. La FNE con el objetivo de que reducir significativamente la aparición de estos cárteles puede orientar y promover programas de cumplimiento de competencia, pero la principal responsabilidad recaerá en la empresa, es decir, será decisión de este si desea adoptar este programa o no.

La diferencia con nuestro país es que, en algunos casos y si la situación lo amerite, la autoridad competente Indecopi puede obligar a las empresas la implementación de programas de cumplimiento si se han acogido al programa de clemencia, en cambio en Chile este requisito no es obligatorio como parte del mismo programa. Esto a su vez nos indica que no existe una supervisión adecuada hacia las empresas post-clemencia para que no vuelvan a reincidir en estas conductas atípicas, eligiendo la buena fe de las empresas, que justamente se sometieron a la empresa, con la única finalidad de no pagar una suma cuantiosa de dinero en multas y no se vean afectadas, esto teniendo en cuenta que durante el proceso del programa de clemencia, la autoridad tanto de Chile como el de Perú busca erradicar por completo los cárteles a través de este programa otorgando una serie de beneficios por información y cooperación absoluta. Por lo tanto, habría que establecer ciertos parámetros para que la realidad de estos países también logre prevenir actos

anticompetitivos que pueden ser evitados bajo un ente que tenga competencia fiscalizadora y sancionadora si es que queremos obtener un mercado de libre competencia.



## Capítulo 3: Discusión

### 3.1. Discusión

Al establecer el problema de la presente investigación sobre las prácticas anticompetitivas en las que incurren agentes económicos dentro del mercado para su propio beneficio, se debe contemplar un alcance mayor a lo ya hecho por la autoridad competente para poder determinar, fiscalizar y sancionar adecuadamente a cada persona jurídica que intente desestabilizar la libre competencia en un determinado sector después de haber sido exonerado acogiendo al programa de clemencia. Como bien se sabe la exoneración de la sanción dentro de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contemplado en el art. 26 señala una serie de pautas sobre el inicio de oficio o por parte de una persona natural o jurídica desde el requerimiento sobre la exoneración de las posibles sanciones impuestas dentro de un proceso administrativo sancionador, estableciendo una serie de pasos que la Secretaría Técnica deberá administrar y verificar para así se logre constituir una cooperación constante en base a la información veraz y eficiente para la posterior verificación de cárteles que son las principales actores relacionados a estas prácticas, hasta el margen de porcentaje que depende estrictamente del orden de la solicitud para la mencionada exoneración, mencionando un acápite importante sobre la responsabilidad civil de los imputados que hayan sido afectados dentro del acto delictivo no limitable ni eliminable si estas personas inician un proceso aparte.

La exoneración dentro del ámbito de la Ley es una forma eficiente para visualizar y erradicar cárteles, justamente es la finalidad principal del programa de clemencia instaurado por Indecopi a través de la Comisión de Libre Competencia. Ahora, la posterior verificación de la empresa o empresas exoneradas es un concepto para tomar en cuenta debido a que no existe ningún

medio fiscalizador salvo el programa de cumplimiento o compliance diseñado para prevenir futuras infracciones y gestionar riesgos de manera general en diferentes áreas de la empresa implementándose de manera no obligatoria por la autoridad competente después de emitir resolución final. Por otra parte la sanción al incurrir en estos actos delictivos comúnmente es muy alta, ya que estas prácticas anticompetitivas tales como fijación de precio, reparto en el mercado, manipulación de licitaciones suelen ser sumamente elaboradas y premeditadas por estos agentes económicos generando ingresos exorbitantes por el apoderamiento total del algún sector del mercado, por lo que nos resulta interesante determinar si las empresas que conforman estos cárteles no poseen demasiada ventaja con respecto a otras sumándole además que se les será exonerada el total de la millonaria sanción y que no se logren o no deseen llevar a cabo un programa de compliance general una vez ya hayan sido exoneradas, que es el principal punto a detallar a continuación.

La fiscalización y posterior verificación de Indecopi a través de sus entes encargados a las empresas que ya hayan sido exoneradas mediante el programa de clemencia relacionada a la sanción se debe centrar exclusivamente en el comportamiento adecuado y la no reincidencia en las prácticas anticompetitivas, tales como el continuo monitoreo a través de la revisión de documentación presentando informes periódicos en donde demuestren que están realizando sus actividades acorde a las normas de libre competencia así como auditorías para que no se infrinjan acciones que atenten contra el mercado, por lo que en la presente investigación se estima que se debería incluir o añadir un artículo relacionado a la fiscalización a estas empresas y a posibles sanciones ejemplares a aquellas que no hayan seguido lo establecido mediante el indicado artículo.

Por lo que en la presente investigación se propondrá el análisis de las empresas exoneradas por el programa de clemencia en nuestro país, en específico las medidas y sanciones instauradas

por la autoridad competente Indecopi. La propuesta normativa tendrá como principal finalidad el mejoramiento de las auditorías y evaluaciones de riesgo periódicas, y sanciones aún más severas para las empresas que hayan recaído en estas prácticas para así poder garantizar la integridad del libre mercado, teniendo en cuenta que en ningún momento se cuestiona el programa de clemencia, al contrario ha sido una medida eficaz para combatir las prácticas anticompetitivas y la detección de los cárteles, además de fomentar transparencia en el mercado, sin embargo la exoneración de la sanción vinculada a las empresas que se hayan acogido al programa generará una preocupación que debe ser atendida sobre la posible reincidencia de infracciones como también la fomentación respecto a los mecanismos de fiscalización y de control.

Las auditorias periódicas dentro de un año calendario por parte de la autoridad competente es completamente viable dentro de las funciones de fiscalización que posee, ya que podrían asegurar que estas empresas cumplen con las normas de libre competencia, además de ayudar a detectar de manera temprana cualquier intento de volver a incurrir en prácticas anticompetitivas, y también ofrecer nueva información que puede ser muy valiosa en cuanto a la efectividad de las políticas realizadas. En relación con los costos, estas obligatoriamente deben ser periódicas debido a que si son frecuentes podrían generar mayores costos hacia las empresas y hacia la propia autoridad. Tal es así, que se debería considerar costos directos tales como los honorarios de los auditores, el gasto del personal como los indirectos el tiempo de gestión, la interrupción de actividades, por lo que se entendería que este tipo de acciones que buscan una mejor fiscalización post-clemencia sería viablemente accesible si se toman en cuenta todo lo indicado.

Además de indicar los programas de compliance obligatorios a las empresas exoneradas post-clemencia buscará esencialmente el aseguramiento de que las mismas tengan como principal finalidad prevenir este tipo de prácticas, por lo que se contemplaría como un acto viable en

beneficio de la misma autoridad y de las empresas cuestionadas. Con relación a los precios, se establecerían ciertos parámetros tales como el análisis de riesgos, capacitaciones, diseños del programa, tomando en consideración que variarán dependiendo de cada empresa.

Por lo ya mencionado, el objetivo principal de esta investigación es efectuar una evaluación sobre el sistema de control y sanciones hacia las empresas exoneradas proponiendo una serie de mejoras que ayudarán a las empresas, personas jurídicas y naturales consumidoras respecto al art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

### **3.2. Validación de hipótesis**

Considerando que el programa de clemencia apoya enormemente a la detección de cárteles y a su futura sanción mediante proceso administrativo sancionador, debemos establecer si después de que estas empresas se hayan acogido al programa de clemencia evitando pagar el total o parcial de la multa establecida, estas no volverán a incurrir en estos actos delictivos. Por lo que, en primer lugar, debemos de señalar las acciones que realiza Indecopi a través de la Comisión de Defensa de Libre Competencia después que hayan emitido resolución final y archivado el caso concreto.

De manera muy sucinta, la labor de la autoridad competente Indecopi a través de la Comisión de Defensa de Libre Competencia es la encargada de recepcionar las denuncias por parte de terceros o ya sea de oficio, investigar a la empresa o empresas denunciadas, recopilar toda la información brindada además analizar evidencia o pruebas para finalizar la investigación y emitir resolución final, esto sin contar que antes o durante la investigación las empresas se pueden acoger al programa de clemencia cooperando y ofreciendo información relevante y veraz para así llegar a una decisión final. Ahora bien, ¿quién es la encargada de fiscalizar y verificar que las empresas

exoneradas cumplan a cabalidad con lo estipulado por ley? ¿existe una fiscalización firme o las empresas se apartan volviendo a la normalidad sin que la autoridad competente sepa si está cometiendo o no actos anticompetitivos?

La Dirección Nacional de Investigación y Promoción de Libre Competencia es el ente encargado de la recepción de estas denuncias sobre las supuestas prácticas anticompetitivas por parte de terceros o personas naturales integrantes de empresas que se hayan acogido a este programa de clemencia, si existiera indicios de reincidencia mediante una exhaustiva investigación se da inicio un proceso de investigación para lograr verificar si efectivamente estas empresas han vuelto a incurrir en este acto delictivo. Esta Dirección emite un informe final una vez terminada la investigación refiriéndose a las presuntas infracciones cometidas por las empresas, una vez se hayan emitido las resoluciones finales la misma tiene como una de sus funciones el seguimiento a la empresa para verificar que todos sus actos a partir de ahora sean acordes a ley. Además, cabe mencionar que existe una cooperación con la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP si se tratará de una posible infracción sobre las empresas en este mercado específico. Considerando que la Comisión de Libre Competencia es un ente distinto que a su vez se encarga de velar por la aplicación de la propia Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que se encarga de la investigación y la futura sanción al cártel en primera instancia, que es su principal responsabilidad incluyendo la existencia de la infracción e imponer las sanciones ejemplares dependiendo siempre del tiempo en que han incurrido en las prácticas y los ingresos efectuados dentro de ese tiempo, como también de señalar a las empresas que se hayan acogido al programa de clemencia estipulando su cooperación directa así como la exoneración total o parcial de la sanción. Se emite tal resolución en primera instancia pudiéndose apelar ante la Sala Especializada de Defensa de la Competencia actuando en segunda instancia y definitiva.

Teniendo en cuenta la diferencia entre la Dirección y la Comisión, que son entes de Indecopi diferentes, el primero se encarga de una función más operativa, investigando y recabando información, tales como elaborar informes técnicos e iniciar el proceso administrativo sancionador, mientras que el segundo es un órgano resolutorio de primera instancia teniendo como principal función emitir resoluciones declarando que existe la infracción e imponiendo las sanciones. Por lo que nos concierne en la presente investigación la labor de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de Libre Competencia que es el organismo encargado de la posterior verificación y fiscalización de las empresas exoneradas, a través del continuo monitoreo, la elaboración de informes e investigaciones adicionales que contemplan como sus funciones a realizar.

Las atribuciones por parte de la Dirección pueden ser consideradas como las adecuadas dentro del marco normativo, sin embargo, no existe información detallada ni pública en la que la misma haya establecido una nueva investigación por reincidencia ya sea por la confidencialidad que contempla el programa de clemencia que de cierto modo ayuda a las empresas infractoras a mantenerse el anonimato, además de la información usualmente en este tipo de investigaciones suele no ser pública por la propia autoridad competente quedándose restringida solo en expedientes administrativos, siendo también otra de las causas en nuestro país la muy difícil detección de reincidencia, ya que frecuentemente las empresas cambian sus estrategias para ocultar sus actividades requiriendo claramente un monitoreo constante por parte de la autoridad, y como último pero no menos importante los casos documentados inexistentes sabiendo únicamente que Indecopi ha multado por más de 250 millones de soles desde el año 2010 a empresas que hayan incurrido en prácticas anticompetitivas pero no se detalla si las mismas hayan

reincidido o no por lo que la modalidad preventiva de la investigación sigue estando vigente para que la información logre ser pública a fin de detectar adecuadamente a reincidentes.

Sobre el Programa de Cumplimiento Normativo (PCN) en el ámbito de libre competencia, está promovida por la autoridad correspondiente Indecopi que busca ayudar a las empresas a cumplir con las normas de competencia y a la vez prevenir actos anticompetitivos. Esta es la denominada Guía de Programas de Cumplimiento de Normas de Libre Competencia, publicada por Indecopi, que tiene como principal objetivo fomentar que estas empresas adopten voluntariamente un PCN.

Estas guías buscan prevenir posibles infracciones y también mejorar la reputación empresarial. Debe contener elementos necesarios para que sea considerado un programa efectivo tales como el compromiso de alta dirección de la empresa, la identificación de riesgos, otros procedimientos internos alternativos y capacitación de personal.

Están disponibles en el sitio web oficial de la autoridad Indecopi y otras plataformas que tengan relación con la promoción de libre competencia en nuestro país, para que logren contribuir a generar un entorno más eficiente y justo en el marco de la libre competencia.

Estos programas usualmente son voluntarios, pero existen ciertas condiciones en donde las PCN son obligatorias, las condiciones son las siguientes: cuando las empresas hayan sido exoneradas cuando han colaborado con la autoridad para la detección de cárteles, si pueden ser obligadas a implementar este programa y la otra forma de implementación es la incorporación del programa como parte de las medidas correctivas.

Ahora, con respecto a otros países de la región tales como Brasil y Chile. Con respecto al primero, el Conselho Administrativo de Defesa Económica (CADE) se basan en diferentes puntos a tomar en cuenta.

Los mecanismos de detección de reincidencia en Brasil a través del CADE se basan, en primer lugar, de la recepción de denuncias sobre cierta empresa o empresas a través de terceros, los mismos consumidores o empresas competidoras de un determinado sector, considerándose un paso inicial determinante para la posible investigación. Ahora bien, si CADE considera que tiene la suficiente información para formalizar la investigación inicia con la apertura de un procedimiento administrativo recopilando la mayor cantidad de pruebas y la evaluación de la información recabada contemplándose interrogatorios a terceros, denunciantes, personas relacionadas de alguna manera con las empresas con la finalidad de obtener información adicional, las famosas inspecciones también suelen ser tomadas en consideración y la revisión de toda documentación relevante para el caso, tales como contratos, mensajes o cualquier otro documento en el cual se logre evidenciar la posible práctica colusoria. En caso fuere necesario el mismo órgano podrá solicitar autorización judicial para lograr interceptar cualquier llamada telefónica sospechosa o mensajes por correo electrónico de las empresas involucradas.

El CADE además efectúa auditorías “programadas o sorpresivas” que suelen ser periódicas a estas empresas que han incurrido en prácticas anticompetitivas y fueron exoneradas asegurándose que estén cumpliendo a cabalidad con las condiciones y términos de acuerdo con ley y que a su vez no reincidan en estas conductas, cabe resaltar que no mencionan cuantas auditorías por año calendario se realizan. Las evaluaciones también periódicas sobre su comportamiento en el mercado es otro punto a considerar ya que el órgano competente analiza

estas conductas cuando se presentan licitaciones y/o contratos meramente públicos verificando si existe alguna señal de colusión tales como precios equitativos y sincronizados, que quiere decir, que las empresas coludidas se presentan a estas licitaciones con un precio bastante similar o como las abstenciones coordinadas determinando si existen empresas que se han abstenido en participar de forma sistemática de la licitación. Los análisis de datos presentados son muy importantes dentro de los mecanismos de detección de reincidencia logrando determinar con un análisis de datos comprobados irregularidades dentro de las licitaciones, que suele ser el acto más perpetrado por parte de las empresas integrantes del cártel, incluyendo la comparación de ciertas ofertas que se presenten dentro de las mismas detectando posibles patrones inusuales que de cierta forma no tienen mucho sentido si se relacionan con las condiciones normales del libre mercado, como además el historial de las empresas participantes para verificar la frecuencia de su participación o también de su abstención dentro de estas licitaciones.

Advirtiendo además que la reincidencia para el CADE es un factor agravante para la imposición de sanciones más drásticas o severas, basándose en el porcentaje de ingresos percibidos por las empresas o también en el daño causado dentro del periodo de tiempo estimado que duró la reincidencia, prohibiendo la participación de las empresas reincidentes de poder participar en licitaciones o contratos públicos por parte del gobierno con la finalidad de que sigan beneficiándose a costa de otros bajo estos actos delictivos, estas prohibiciones pueden tener un tiempo de duración temporal o inclusive permanente, dependerá de la naturaleza de la acción y del daño causado. Otro punto que toma en cuenta el órgano competente de libre competencia de Brasil es el requerimiento de un programa de cumplimiento o de compliance en donde se logre implementar medidas y términos correctivos para inculcar las políticas internas de la empresa y la capacitación del personal en cada una de sus áreas.

No está de más señalar que todo lo concerniente a la posible infracción de las empresas se llevará a cabo bajo un constante monitoreo y seguimiento sobre las medidas impuestas. Una característica relevante para la presente investigación es que, si CADE logra verificar que estas empresas han reincidido, estas pueden presentar una denuncia ante su sistema judicial en donde el Tribunal impondrán todo lo ya explicado, desde las sanciones o multas más graves hasta las prohibiciones de participación de las licitaciones e inclusive hasta la misma disolución de la empresa si nos referimos a casos muy extremos.

Ahora bien, habiendo explicado lo hecho por la autoridad competente en Brasil, en Chile la detección de reincidencias con respecto a actos colusorios o prácticas anticompetitivas está a cargo de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y también del Tribunal de Defensa de Libre Competencia (TDCL). La primera se encarga de la investigación de los hechos o actos que de alguna manera impidan la libre competencia dentro del mercado, reciben denuncias de consumidores, personas relacionadas de alguna manera a las empresas, terceros o empresas competidoras.

Las auditorías suelen ser la acción más común dentro de las funciones de la Fiscalía Nacional ya que se encargan de realizarlas justamente a las empresas que ya hayan incurrido en prácticas anticompetitivas, como el CADE también logran impartir un análisis de comportamiento en el mercado esto con relación a las licitaciones y/o contratos públicos como la participación o abstención de las empresas coludidas. Y el TDLC es el tribunal que se especializa en resolver conflictos sobre la libre competencia y que tiene autoridad para imponer sanciones a las empresas que hayan cometido actos colusorios en las que incluyen prohibiciones para la participación de licitaciones y multas.

El Tribunal de Defensa de Libre Competencia tiene un rol fundamental dentro del mecanismo de reincidencia de la empresa exonerada ya que cuando recibe un nuevo caso en donde esté involucrada la empresa o las empresas que hayan sido sancionadas o exoneradas, la misma evaluará su historial de sanciones y se iniciará con una evaluación previa para considerar si realmente hubo una reincidencia, claramente con pruebas fehacientes o sustanciales que permiten la corroboración del acto ilícito. Testimonios de testigos, terceros o consumidores, documentos, mensajes de texto, correos se incorporan como pruebas para determinar además de un análisis de datos en donde se logre demostrar un patrón de comportamiento delictivo llegando a concluir que si hubo tal acto anticompetitivo imponiendo una sanción más severa dependiendo la gravedad de la situación y el historial de las empresas. La constante colaboración por parte de estos dos órganos es primordial para la detección de empresas reincidentes ya que la FNE se encarga de la investigación y presentación de casos concretos mientras que el TDLC es la encargada de la resolución y las sanciones impuestas.

El programa de cumplimiento o de compliance también se toma en cuenta como un compromiso real por parte de la empresa que deseen comprometerse con la interacción de un libre mercado, suele ser considerado, si este logra ser efectivo, para la evaluación de responsabilidad de cada una de las empresas con una característica única de que si un trabajador de clase media o baja dentro de la empresa logra incurrir en estas prácticas, la propia empresa puede argumentar que este programa instaurado es el correcto y que no representa en lo absoluto su cultura empresarial dentro de un determinado sector del mercado.

Sabiendo el proceder de las autoridades competentes de países de la región con respecto a sus mecanismos de detección de reincidencia siendo que en Brasil existe el CADE y en Chile la FNE y la TDLC, y en Perú la Comisión de Defensa de Libre Competencia y la Dirección Nacional

de Investigación y Promoción de Libre Competencia son los entes encargados de la supervisión y fiscalización así como el proceder de la actuación de la autoridad competente Indecopi en estos casos, resulta interesante señalar que puntos serían los adecuados a implementar dentro del art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para que así se logre una captación más amplia y específica hacia las empresas infractoras como una medida de prevención que ayudará a no solo mantener un entorno de competencia y la integridad del mercado sino la mejora en la protección de los intereses de los consumidores.

Además de que, de acuerdo a lo ya explicado, la alternativa más apropiada que pueda apoyar al cumplimiento de las empresas post-clemencia, es la implementación de ciertos puntos a la Ley de represión de conductas anticompetitivas, tal como lo hemos venido explicando en la presente investigación, son tareas y acciones fiscalizadores viables encomendadas hacia la autoridad a favor de un mercado de libre competencia.

### **3.3. Propuesta normativa**

Se necesita un adecuado mecanismo de detección, fiscalización y verificación por parte de Indecopi a través de sus entes competentes para lograr garantizar el cumplimiento de las condiciones ya impuestas hacia las empresas exoneradas y evitar así su posible reincidencia. Así como se contempla un mecanismo de incentivo hacia la empresa que decide cooperar y brindar información sobre el cártel al que perteneció tal como el programa de clemencia en donde se logra exonerar total o parcialmente la multa cuantiosa, estas empresas deberían comprometerse con la autoridad encargada para establecer una cultura organizacional eficiente, así como una cultura

empresarial de libre mercado con el propósito de pertenecer a una competencia adecuada en beneficio del consumidor.

Por lo que el añadir un nuevo numeral al art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas será la mejor opción para el cumplimiento de la norma y que a su vez se intente instaurar un precedente para que los demás países de la región busquen una forma más explícita al momento de detectar a empresas reincidentes. Por lo que la propuesta sería la siguiente:

*26.8 “Las empresas que hayan sido exoneradas de las multas interpuesta por la Comisión de Libre Competencia ya sea total o parcialmente, estarán sujetas a un régimen de fiscalización y verificación encargado por la Dirección Nacional de Investigación y Libre Competencia. Esta tarea deberá incluir:*

*- Continuo monitoreo: La Dirección Nacional de Investigación y Libre Competencia llevará a cabo un continuo seguimiento de manera sistemática a las empresas exoneradas para el aseguramiento de las condiciones ya impuestas durante la exoneración en resolución final. Se incluirán auditorías periódicas semestrales durante año calendario y a su vez la revisión de prácticas comerciales semestrales de estas mismas empresas.*

*- Programas de compliance: Toda empresa exonerada por el programa de clemencia deberá instaurar de manera obligatoria un programa de cumplimiento general concerniente a cada área de forma permanente adecuado al rubro del sector del mercado al que pertenece. Se presentará ante la misma Dirección que dará el visto bueno para su publicación, así como algunas sugerencias a mejorar. El programa de cumplimiento tendrá un rol permanente, todo cambio deberá ser previamente notificado con treinta (30) días de antelación*

*- Consecuencias por incumplimiento: En caso se logre determinar incumplimiento por reincidencia de parte de la empresa exonerada, la Dirección Nacional emitirá informes a la*

*Comisión de Libre Competencia para que este inicie un proceso administrativo sancionador nuevo impartiendo sanciones severas dependiendo la situación, así como multas y señalar a la empresa o empresas como reincidentes teniendo en cuenta que pueden verse perjudicada su participación en licitaciones públicas dentro de un determinado periodo de tiempo.*

*- En concordancia con el Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas N.º 1034 que determina una infracción a dicha Ley calificada como muy grave, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) procederá a la inscripción de infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado por el periodo de un año. Por lo tanto, añadiendo a la inhabilitación por tal periodo, se impartirá también la sanción estimada por la conducta anticompetitiva y el periodo de tiempo en el que se efectuaron los actos anticompetitivos.*

*Toda practica anticompetitiva y su posible reincidencia será forma agravante para el inicio de un nuevo proceso, además de perder la confidencialidad que imparte el programa de clemencia hacia estas empresas siendo información pública al momento de abordar un nuevo proceso administrativo sancionador”*

Por lo mencionado se establecerá un programa de fiscalización y verificación completo para que estas empresas que han sido exoneradas de sanción sigan cumpliendo a cabalidad las condiciones impuestas por el ente competente y así prevenir la reincidencia sobre estos actos ilícitos.

El monitoreo continuo es primordial ya que determinará un seguimiento eficaz para la posterior verificación de las normas impuestas dentro de la resolución final, así como la temprana detección de comportamientos anticompetitivos, le permitirá a la Dirección Nacional identificar de forma rápida y detallada las irregularidades que logren aparecer para que no se convierta en un

inconveniente mayor. Las auditorías y la revisión de prácticas comerciales implementará una cultura de cumplimiento, así como un estándar determinado para la contribución de un entorno más competitivo en el mercado.

Los retos prácticos con respecto al monitoreo continuo en este determinado acápite serían los costos adicionales, los gastos directos e indirectos que la autoridad debería asumir. Contemplando esta dificultad, la misma autoridad a través de sus entes tendrá que reconocer e impartir una serie de tareas compartidas para que pueda llevarse a cabo tal seguimiento a través de auditorías semestrales.

El programa de compliance y su instauración fomentarán una cultura de cumplimiento más eficaz y productiva en las empresas. Cabe mencionar que estos programas no son de carácter obligatorio para las empresas exoneradas ni tampoco para las empresas sancionadas por estos actos anticompetitivos, así que instaurarlas de manera mandatorio ayudará a prevenir la reincidencia imponiendo métodos claros y protocolos necesarios que todo empleador deberá seguir. El requerimiento de que la Dirección tendrá la última palabra al momento de su aprobación asegurará que este cumpla con todos los requisitos y que a su vez sea efectivo desde el primer momento fortaleciendo además el sistema de libre competencia dentro del mercado.

Este punto también traería consigo una serie de riesgos hacia la autoridad competente pero principalmente a las empresas involucradas, debido a que ellos deberán impartir e iniciar un programa de compliance, con todos los costos y gastos pagados por los mismos, igualmente sería recomendable buscar un acuerdo formal y adecuado dentro del cual la empresa exonerada pueda seguir con sus funciones y que la autoridad verifique que se sigue con lo constituido.

Otro punto a tomar en consideración es establecer consecuencias reales al tratarse de un incumplimiento a la resolución determinada por la Comisión de Libre Competencia, es sumamente

importante para lograr disuadir a las empresas exoneradas ya que de esta forma no volverán a cometer prácticas anticompetitivas porque no les convendrá en un futuro ser descubiertos y pagar una multa exorbitante, además de no poder participar en licitaciones públicas tal como lo indica el D.L. N.º 1034 sobre la inhabilitación de empresas inhabilitadas para contratar con el Estado por el periodo de un año, subrayándose además que se considera como una forma agravante se tomará con más seriedad la imposición de medidas correctivas dependiendo el tiempo en el que se perpetró esta práctica y el daño ocasionado al libre mercado, la competencia y a los consumidores.

La confidencialidad es un fuerte incentivo para las empresas ya que en ningún momento visualizarán el nombre de su empresa en algún encabezado y tampoco se ven afectados debido a la cooperación impartida bajo el programa de clemencia, pero si la pierden sería una importante desincentivo para ellas sabiendo que hacer pública una información sobre la reincidencia ya comprobada afectará enormemente la imagen reputacional así como se generará una presión social significativa afectando enormemente sus relaciones comerciales. Por lo que las empresas lograrán ser más responsables por sus acciones fomentando un entorno transparente y competitivo.

En la presente investigación no se debe tomar la idea de que la tarea de la autoridad competente Indecopi es ineficiente, todo lo contrario, en base a sus regulaciones y normas se busca establecer un margen de cumplimiento normativo para la libre competencia en el mercado, así como la detección de cárteles instaurando el programa de clemencia como un incentivo para la temprana detección de estas. No obstante, esta norma y este artículo en específico puede mejorar siendo más explícito y detallado al momento de la reincidencia ya que la norma actual peca de ser muy general e incompleta, hay que tener muy en cuenta que la exoneración no debe implicar una liberación total de la supervisión o fiscalización de los entes competentes, sino que estas mismas empresas deban estar sujetas a un eficiente y riguroso régimen de verificación y fiscalización.

En resumen, la fiscalización por parte de la Dirección Nacional de Investigación hacia las empresas exoneradas en relación con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas busca impartir un proceso integro garantizando que las empresas impartan una nueva cultura de cumplimiento competitivo y ética en el mercado. A través de todo lo mencionado como una nueva propuesta a la norma no solo se buscará proteger a los consumidores afectados por esta práctica, sino que además funcionará como una medida integradora de agentes económicos promoviendo la igualdad dentro de una competencia libre.

La implementación de esta propuesta normativa deberá traer consigo potencial para lograr transformar el entorno empresarial en nuestro país. Debido a que al establecer un marco para la fiscalización y verificación de las empresas exoneradas esta fomentará una cultura organizacional que priorizará el cumplimiento normativo y la competencia real en el mercado. Esto, claramente beneficiará no solo al consumidor al poder garantizar un mercado más justo, sino a la interacción empresarial en el Perú. El beneficio en general será impartido netamente al consumidor, debido a que se establecerán relaciones de proveedor-usuario acorde a la libre competencia en el mercado, por lo que la misma persona podrá escoger dentro de una amplia gama de productos o servicios el que considere más conveniente.

Claramente es importante reconocer una serie de desafíos que traerá consigo estos cambios. La resistencia por parte de algunas empresas además de la ardua capacitación por parte del personal de la autoridad correspondiente resultará una serie de complejidades para llevar a cabo y asegurar que las propias auditorías y verificaciones sean realizadas efectivamente. Sin embargo, todo esto dependerá de la cultura empresarial y organizacional por parte de los agentes económicos y la ardua labor de la autoridad.

## Conclusiones

1. La propuesta normativa que incluye una serie de obligaciones para la verificación y fiscalización de la autoridad competente y de su órgano resolutorio e investigador, la Comisión de Libre Competencia y la Dirección Nacional de Investigación, así como las sanciones por incumplimiento a las empresas exoneradas post-clemencia en el art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se considera un paso importante para la creación de un marco regulatorio más efectivo relacionado a la supervisión de empresas que hayan sido exoneradas de las sanciones por prácticas anticompetitivas. Esta adición a la norma no solo busca instaurar como objetivo la prevención de reincidencia de actos anticompetitivos, sino que desea fomentar una cultura empresarial que logre priorizar el cumplimiento normativo.
2. Las prácticas anticompetitivas, como los cárteles y por consiguiente el abuso de posición de dominio que implementan dentro del mercado son problemáticas y afectan gravemente a los consumidores como a las mypes en general, si queremos referirnos a un entorno más completo. En Perú, la Comisión de Libre Competencia es la entidad responsable de detectar y sancionar estas conductas emitiendo resoluciones con multas cuantiosas a los agentes económicos que efectúen actos anticompetitivos así como brindar recomendaciones para instaurar el programa de cumplimiento por un periodo determinado de tiempo, previa investigación por parte de la Dirección Nacional de Investigación, encargada de verificar mediante pruebas contundentes la actuación delictiva de los cárteles, además de ofrecer un programa de clemencia que permite a las empresas colaborar con la autoridad a cambio de las ya mencionadas exoneraciones

parciales o totales sobre las multas correspondientes. En ese sentido, es de suma relevancia reconocer que las empresas exoneradas puedan volver a reincidir en actividades anticompetitivas si no existe un mecanismo efectivo para la posterior verificación y fiscalización hacia estos agentes económicos. Por tanto, al añadir obligaciones que se basen netamente en acciones y sanciones que puede proponer e imponer la autoridad competente, a través de la Comisión de Libre Competencia, a empresas que hayan reincidido en actos anticompetitivos creará un entorno empresarial igualitario donde los agentes económicos responsables se verán perjudicados por no elegir no cumplir las normas.

3. Por consiguiente, estas medidas contribuirán el desarrollo sostenible del mercado de nuestro país al promover una significativa mejora al cumplimiento normativo y a su vez fomentar prácticas comerciales justas.

Dentro del análisis comparado en la presente investigación hemos podido apreciar que dos de los países de nuestra región que tienen una cultura de libre competencia muy parecida a la nuestra como el caso de Brasil y Chile, cuentan con el programa de clemencia y que prácticamente el camino hacia su implementación es también muy parecido.

Debemos de considerar que el CADE en Brasil y la Fiscalía Económica en Chile tampoco exige de forma obligatoria y permanente los programas de cumplimiento a las empresas que hayan sido exoneradas post-clemencia, por lo que la presente investigación determina que tanto estos programas como las sanciones por haber reincidido deben estar estipuladas bajo la norma actual, logrando así un precedente en la región.

4. Sabemos que las empresas pueden reincidir debido a que se puede considerar al programa de clemencia como una especie de apoyo para coordinar y cooperar con la autoridad competente y no pagar multas cuantiosas dentro de un proceso administrativo sancionador mediante una resolución final, por lo que dentro del art. 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas referida a los programas de clemencia se debe añadir las acciones y sanciones posteriores a tener en cuenta al momento de que, si alguna de las empresas o un cártel vuelva a reincidir en actos anticompetitivos, sepan que existe una verificación y fiscalización post-clemencia eficaz y eficiente para el otorgamiento de un libre mercado en nuestro país.

En esto último, añadir estas disposiciones normativas tendríamos un precedente para sentar las bases para la imposición de un sistema más eficiente que beneficie a todo el marco empresarial involucrado.

5. Por lo tanto, se debe visualizar esta propuesta como una oportunidad para lograr transformar el marco empresarial en el Perú, asegurando así que todas las empresas busquen operar bajo principios éticos que beneficien el libre mercado. La implementación de este régimen no solo logrará fortalecer el marco regulatorio ya establecido, sino que contribuirá con el desarrollo económico a nivel empresarial.

## Referencias bibliográficas

- Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Ley N° 26876, Artículo 26, 28, El Peruano (2019)  
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01034.pdf>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). (2008). Resolución N° 030-2018-CLC-INDECOPI.
- Stucchi López Raygada, P. (2008). El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: apuntes sobre el decreto legislativo 1034 - Ley de represión de conductas anticompetitivas (LRCA). *THEMIS Revista De Derecho*, (56), 309-330. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9217>
- OECD. (1993). Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law. Paris: OECD.
- Gobierno del Perú (1991), Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del INDECOPI (Decreto Legislativo N° 1033, Artículo 2).
- Hinloopen, J. (2003). An economic analysis of leniency programs in antitrust law. *De Economist*, 151(4), 415-432.
- Spagnolo, G. (2004). Divide et impera: Optimal leniency programs. CEPR discussion papers, 1- 38.
- Chávez, Lucero. (18 de Setiembre de 2019). Indecopi: ¿Cuántas solicitudes de clemencia se ha recibido por concertación de precios? Obtenido de El Comercio: <https://elcomercio.pe/economia/peru/indecopi-solicitudes-clemencia-recibidoconcertacion-precios-cartel-noticia-ecpm-677136-noticia/>

- Brenner, S. (2009). An empirical study of the European corporate leniency program. *International Journal of Industrial Organization* 27, 639–645.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). (2016). Indecopi publica comentarios para el proyecto de Guía de Programa de Clemencia. Repositorio.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). (2013). Libre Competencia. Repositorio.
- Stucchi, P., & Ballón, F. (2019). SÍNTESIS DE LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ: CONTENIDO Y APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1034.- LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (LRCA). *Revista De Derecho*, 18(1), 9–73. Recuperado a partir de <https://revistas.udelpe.edu.pe/derecho/article/view/1606>
- Nota de opinión. (2014, noviembre 29) ¿Sindicatos o cárceles? El Comercio. <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/sindicatos-carteles-alfredo-bullard-308218-noticia/>
- Borrel, Garcia, Jimenez & Ordóñez de Haro (2019). Una revisión de 25 años de aplicación de los programas de clemencia en política de competencia en el mundo. *Revista de Derecho*.
- Drago-Alfaro, M. F., & Pescetto-Bustamante, C. (2015). ¿Colusores por naturaleza?: sobre cómo el behavioral antitrust puede ayudar a disuadir la cartelización de los mercados. *Advocatus*, (031), 109-130. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n031.4353>
- Montt Oyarzún, S. (2011). Programas de Compliance y responsabilidad en el Derecho de la Competencia chileno. *Revista De Derecho Administrativo*, (10), 277-290.

Recuperado a partir de

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13666>

- Luyo Castañeda, M. (2021). El impulso de los programas de cumplimiento normativo: entre la promoción y la imposición. *Advocatus*, (041), 223-234.

<https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5661>

- Ley de Defensa de la Competencia de Brasil, Ley N° 12529 (2011)
- Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de libre competencia Chile (1973)
- Ley Antitrust Brasil, Ley N° 8884 (1994)
- Guías de programa de cumplimiento de las normas de libre competencia, Indecopi (2021)
- Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria. (2021). *Los beneficios de los programas de clemencia en Chile, Colombia, España, México y Perú.*