

INCENTIVOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

Compromiso de cese, exoneración de responsabilidad y sanción en los procedimientos por infracción a las normas de libre competencia

CÉSAR HIGA¹
FRANCISCO SIGÜEÑAS²

Resumen

Los artículos 25 y 26 del Decreto Legislativo N°1034 recogen dos instituciones jurídicas que pueden contribuir con eficacia a la detección y represión de conductas contrarias a la libre competencia: la solicitud de compromiso de cese (otorga pronta solución a las denuncias por infracción a la legislación de libre competencia, los propios denunciados reconocen su conducta y, además, se comprometen a implementar medidas para el cese de la infracción y/o para corregir las distorsiones creadas en el mercado) y el pedido de exoneración de responsabilidad (se libera de responsabilidad a uno de los agentes que participó en una práctica contraria a la libre competencia, siempre y cuando aporte pruebas que permitan acreditar la existencia de la práctica anticompetitiva en la cual participó).

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano competente para sancionar aquellas conductas tipificadas como infracción al Decreto Legislativo N°1034. El sistema de defensa de la competencia busca evitar que se cometan conductas anticompetitivas antes

- 1 Abogado. Profesor de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2 Economista. Profesor de Econometría, Organización industrial y Derecho de la Competencia en universidades nacionales y extranjeras.

que sancionar aquellas que se realizan, motivo por el cual la sanción debe servir como un instrumento que prevenga la realización de futuras conductas anticompetitivas, sea por el mismo agente o por otros que vean en la sanción impuesta una acción ejemplificadora de cómo la autoridad actuará frente a este tipo de situaciones

El compromiso de cese, la exoneración de responsabilidad y la sanción son instrumentos necesarios para tratar de lograr el cumplimiento de la legislación sobre libre competencia, dado que crean incentivos para romper la cooperación entre los agentes que se unieron para realizar la conducta anticompetitiva o desalientan la participación en éstas. En efecto, el compromiso de cese y la exoneración de responsabilidad posibilitan que los infractores obtengan los beneficios de un acuerdo o colaboración con la autoridad, antes que enfrentarse a un proceso largo y desgastante que debería resultar en una fuerte sanción para los involucrados.

Palabras claves

- Decreto Legislativo N° 1034.
- El Sistema de defensa de la competencia.
- Infracción, Detección y Represión.
- Conductas Anticompetitivas.
- Compromiso de cese.
- Exoneración de responsabilidad.
- La imposición de sanciones.

I. Introducción

Al momento de diseñarse una determinada legislación que prohíbe cierto tipo de conductas, los hacedores de la política pública deberían tener en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (i) el diseño de las reglas bajo las cuales se tratará de desincentivar cierto tipo de conductas; (ii) qué aparato burocrático se encargará de ejecutar las reglas; y, (iii) el diseño de reglas para lograr el cumplimiento de la normativa. El diseño de una política pública para lograr determinados objetivos públicos no termina con la dación de la normativa sino que, a partir de ella la política pública.

En este pequeño trabajo queremos explorar el tercer factor que mencionamos anteriormente, esto es, el referido a la implementación de los mecanismos que se han ideado en la legislación de libre competencia para lograr su cumplimiento, en especial, el compromiso de cese, la exoneración de responsabilidad y la imposición de sanciones. Ello es importante por cuanto estos instrumentos tienen como primer objetivo descubrir y sancionar cárteles y, como segundo objetivo, crear desincentivos para que sea menos probable que algún agente económico quiera participar en este tipo de actos.

Cabe señalar que este es un trabajo exploratorio sobre si los instrumentos antes mencionados son herramientas adecuadas para enviar el mensaje de que mejor es cumplir la ley que infringirla.

II. El compromiso de cese y la exoneración de responsabilidad como mecanismos para descubrir y desbaratar la cooperación en la creación de conductas contrarias a la legislación de libre competencia.

Los artículos 25 y 26 del Decreto Legislativo N°1034 recogen dos instituciones jurídicas que pueden contribuir con eficacia a la detección y represión de conductas contrarias a la libre competencia, a saber, la solicitud de compromiso de cese y el pedido de exoneración de responsabilidad³.

3 Decreto Legislativo N°1034:

“Artículo 25.- Del compromiso de cese.

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

Artículo 26.- Exoneración de sanción.

26.1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento”.

Estas instituciones jurídicas también se encontraban reguladas en el artículo 20 del derogado Decreto Legislativo N°701.

En el caso de las solicitudes de compromiso de cese, dan pronta solución a las denuncias que se puedan formular por infracción a la legislación de libre competencia, dado que los propios denunciados reconocen su conducta y, además, se comprometen a implementar medidas para el cese de la infracción y/o para corregir las distorsiones creadas en el mercado. De otro lado, en el caso de las solicitudes de exoneración, se libera de responsabilidad a uno de los agentes que participó en una práctica contraria al Decreto Legislativo N°1034, siempre y cuando aporte pruebas que permitan acreditar la existencia de la práctica anticompetitiva en la cual participó.

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la CDLC), órgano competente para sancionar aquellas conductas tipificadas como infracción en el Decreto Legislativo N°1034, se encarga de aprobar o denegar la solicitud de compromiso de cese. Desde la vigencia del Decreto Legislativo N°701, esta Comisión evaluó diversas solicitudes de compromiso de cese en casos de concertación o acuerdos de precios efectuados por agentes que participan en distintos sectores económicos⁴. Sin embargo, con relación a la figura de exoneración de responsabilidad en el marco de procedimientos por infracción a las normas de libre competencia, no existe experiencia difundida sobre su aplicación en el caso peruano⁵.

En el caso de este último mecanismo, denominado en otros países como *leniency programme* con relación a los progresos recientes en la lucha contra los denominados *hard core cartels* a nivel mundial, la Organisation for

4 Al respecto, ver: Resolución N°021-94-INDECOPI/CLC expedida el 22 de septiembre de 1994 en la investigación de oficio contra propietarios de grifos y estaciones de servicios de Arequipa seguida en el Expediente N°076-94/CLC; Resolución N°033-95-INDECOPI/CLC del 23 de agosto de 1995, expedida en el procedimiento de oficio contra la Asociación de Industriales de Panadería y el señor Gilberto Hinojosa Teves seguido bajo el Expediente N°035-95/CLC; Resolución N°003-2000-INDECOPI/CLC, expedida en el procedimiento de oficio contra Taxitel S.R.L., Empresa de TransportesFox S.R.L., Empresa de Mototaxis Kallpay S.R.L., Asociación de Mototaxis Andino, Asociación de Transportes Mototaxi Taxi Tours y Asociación de Choferes Mototaxistas de Huanta seguido bajo el Expediente N°005-2000/CLC; Resolución N°012-2001-INDECOPI/CLC, expedida en el procedimiento seguido por Maersk Perú S.A. y de oficio por la Comisión contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos, Pilot Station S.A., Seawell S.A. y Pratmar S.R.L., seguido bajo el Expediente N°003-2001/CLC.

5 En efecto, de ser el caso, la autoridad de competencia no ha dado a conocer las solicitudes de exoneración de responsabilidad y sus resultados.

Economic Co-Operation and Development (OECD) señala que este es uno de los instrumentos más utilizados por las agencias de competencia para una efectiva persecución y sanción de los acuerdos de cártel⁶. Esto resulta de especial importancia en tanto que dentro de la denominación de *hard core cartels* se encuentran los acuerdos de fijación de precios, las restricciones de producción, las licitaciones colusorias y el reparto de mercado⁷; es decir, aquellas conductas que son consideradas como las más nocivas a la competencia y, por ende, al bienestar de los consumidores.

Debido a la eficacia de este tipo de herramientas, las agencias de competencia a nivel internacional cuentan en su normativa tanto con la figura del compromiso de cese⁸, como con programas de *leniency* con el objeto

6 Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD).(2003), p. 19.

7 OECD. (2003)., p.7.

8 Al respecto, el artículo 9 del Reglamento N°1/2003 del Consejo de la Comunidad Europea del 16 de diciembre del 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, señala:

“Artículo 9.- Compromisos.

1. *Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, esta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un periodo de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión*
2. *La Comisión, previa solicitud o por iniciativa propia, podrá reabrir el procedimiento:*
 - a) *si se produce la modificación la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión;*
 - b) *si resulta que las empresas afectadas no cumplen sus compromisos, o*
 - c) *si resulta que la decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes”.*

En el caso de México, el artículo 41 del Reglamento de la Ley de Competencia Económica, establece lo siguiente:

“Artículo 41.- En cualquier etapa de un procedimiento seguido ante la Comisión y antes de que ésta dicte resolución definitiva, el presunto responsable podrá presentar escrito mediante el cual se comprometa a suspender, suprimir, corregir o no realizar la presunta práctica monopólica relativa o concentración prohibida, para lo cual, los agentes económicos deberán acreditar que:

- I. *El proceso de competencia y libre concurrencia sea restaurable al cesar los efectos de la práctica monopólica o concentración prohibida, y,*
- II. *Los medios propuestos sean los idóneos y económicamente viables para dejar sin efectos la práctica monopólica o concentración, señalando los plazos y términos para su comprobación.*

Recibido el escrito a que se refiere el párrafo anterior, el procedimiento quedará suspendido hasta en tanto la Comisión, en un plazo de quince días, emita su resolución, con la que podrá concluir dicho procedimiento sin perjuicio de que se impongan las sanciones

de facilitar la labor de represión de conductas anticompetitivas por parte de la autoridad de competencia⁹.

Cabe resaltar que, en la experiencia internacional, en claro contraste con lo ocurrido en nuestro país, existe un mayor desarrollo en el caso del *leniency programme*, lo cual se refleja en la expedición de lineamientos o directrices que permiten brindar a los agentes económicos mayor certeza sobre cuáles serán los parámetros que utilizará la autoridad de competencia para evaluar sus solicitudes.

II.1. Regulación legal del compromiso de cese en el Decreto Legislativo N°1034

Con relación a la regulación legal para acogerse a la solicitud de compromiso de cese, el artículo 25.3 del Decreto Legislativo N°1034 establece que se deben cumplir, de manera concurrente, las siguientes condiciones¹⁰:

correspondientes por la realización de la práctica monopólica o concentraciones prohibidas y sin perjuicio de que el denunciante pueda reclamar daños y perjuicios”.

En similar sentido, el artículo 36 de la Ley N°25156, Ley de Defensa de la Competencia de Argentina, señala:

“Artículo 36.- Hasta el dictado de la resolución del artículo 34 el presunto responsable podrá comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ello.

El compromiso estará sujeto a la aprobación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia a los efectos de producir la suspensión del procedimiento.

Transcurridos tres (3) años del cumplimiento del compromiso del presente artículo, se archivarán las actuaciones”.

- 9 Así por ejemplo, ver: Department of Justice of United States. (1993). *Corporate Leniency Policy*. Obtenido de: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>, y Department of Justice of United States. (1993). *Corporate Leniency Policy*. Obtenido de: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>, en el caso del Departamento de Justicia de Estados Unidos. Unión Europea. (año). *Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cartel (2002/C 45/03)*. Obtenido de: www.europa.eu.int/eur_lex/pri/es/oj/dat/2002/C_045/CO4520020219es000300005.pdf); y *Leniency in cartel cases. A guide to the leniency programme for cartel cases under de Competition Act 1998 de la Office of Fair Trading* (ver: www.oft.gov.uk).
- 10 Cabe indicar que estas condiciones fueron establecidas inicialmente en la Resolución N°039-2005/CLC del 11 de julio del 2005. Este procedimiento se inició de oficio contra Hansaperú Consulting S.A.C. y otra empresa de aviación comercial por una presunta concertación de la fecha de reducción de las comisiones pagadas a las agencias de viaje en abril del año 2000.

- Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes, en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese;
- Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores; y,
- Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.

A continuación se analizará cada uno de los requisitos antes señalados.

a) Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite

En el caso del compromiso de cese, el reconocimiento de los hechos es una condición necesaria para aprobar la solicitud. Ahora bien, se podría cuestionar si este reconocimiento podría vulnerar el derecho a la autoincriminación.

En la Sentencia N°003-2005-PI/TC¹¹, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) evaluó las disposiciones aplicables sobre colaboración eficaz y los derechos eventualmente comprometidos¹². Entre los diversos aspectos

11 Sentencia expedida por el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional con relación a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Legislativos N°921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927.

12 Específicamente, las disposiciones sobre colaboración eficaz establecidas en el Decreto Legislativo N°925, norma que regula la colaboración eficaz en delitos de terrorismo, publicado el 20 de febrero del 2003.

que analiza esta sentencia, el TC señaló que no se vulneraba el derecho a no autoinculparse cuando el inculpado confiesa su culpabilidad o declara contra sí mismo. En concreto señaló lo siguiente:

"272. El derecho a no autoincriminarse no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, también se puede inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (IV Disposición Final y Transitoria)^[48]. Así, por ejemplo, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce expresamente como parte de las 'Garantías Judiciales' mínimas que tiene todo procesado, el g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...).

(...)

277. (...) Como se ha dicho antes, el derecho a no confesar la culpabilidad garantiza la incoercibilidad del imputado o acusado. Sin embargo, dicho ámbito garantizado no es incompatible con la libertad del procesado o acusado para declarar voluntariamente, incluso autoincriminándose.

278. Claro está, siempre que ello provenga del ejercicio de su autonomía de la voluntad o, dicho en sentido negativo, no sea consecuencia de la existencia de cualquier vestigio de coacción estatal o de autoincriminaciones inducidas por el Estado por medio del error, engaño o ardid".

(El subrayado es nuestro)

Como puede apreciarse, el TC señaló que el derecho a no autoinculparse garantiza que el Estado no obligue a una persona para que se declare culpable. Sin embargo, dicho ámbito garantizado no es incompatible con la libertad del procesado o acusado para declarar voluntariamente su responsabilidad sobre los hechos que le son imputados. Dicha actuación debe ser producto de la autonomía del denunciado o, expresado de

otra forma, que no sea consecuencia de la existencia de cualquier vestigio de coacción estatal o de autoincriminaciones inducidas por el Estado por medio del error, engaño o ardid.

En este caso, se puede asimilar la figura del compromiso de cese principalmente a la figura del arrepentimiento o confesión (situación del investigado – imputado) analizada por el TC, toda vez que la lógica de ambas es la misma, la cual consiste en que la[s] persona[s] que incurrió[eron] en una conducta infractora del ordenamiento jurídico reconozca[n] su conducta y, en virtud a ello, pueda[n] acceder a los beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico. Ciertamente, dicho reconocimiento, además, debe resultar verosímil a la luz de los elementos probatorios que obren en el expediente o que los propios denunciados hayan aportado para la evaluación de su solicitud de compromiso de cese.

Resulta importante señalar que el derecho a no autoincriminarse no faculta al denunciado a mentir, o a presentar pruebas falsas que, de algún modo, no permitan conocer cómo se llevó a cabo la infracción¹³. Aceptar que el denunciado pueda mentir para no ser condenado implicaría amparar conductas que entorpezcan el descubrimiento de los hechos investigados. Las conductas de obstrucción, entre ellas la declaración de hechos falsos en la recopilación de pruebas, pueden afectar no sólo la eficacia del sistema, sino también su credibilidad. En efecto, si el sistema se construye sobre la búsqueda de la verdad –lo cual no afecta el derecho del imputado a mantener silencio–, aceptar que el investigado pueda mentir u obstruir es una clara contravención a dicho objetivo, y tendrá como consecuencia que la palabra de las personas no tenga mayor valor y que todo tenga que constar por escrito o en algún documento, implantándose la cultura de la desconfianza, lo que haría que el sistema pierda credibilidad. Es por ello que en algunos sistemas no se construyen sólo sobre la base de la búsqueda de la verdad, sino también sobre la sanción de la falsedad u obstrucción del sistema de justicia¹⁴.

De esta manera, en el caso de la figura del compromiso de cese, el requisito establecido por el Decreto Legislativo N°1034 sobre la necesidad del

13 Una posición distinta se puede leer en Eguiguren, Francisco. (2002), pp. 240-243.

14 Al respecto, ver: Legrenzi, Paolo. (2000), pp. 86-104.

reconocimiento de los hechos denunciados no sólo es inherente a la existencia de dicha figura, sino que también resulta acorde con lo señalado por el TC sobre el derecho a no autoincriminarse.

- b) Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores.**

Con relación al segundo de los requisitos, esto es, que la conducta imputada no haya causado una grave afectación al mercado, su justificación se encontraría en que este mecanismo estaría diseñado para reparar los efectos y evitar nuevas prácticas anticompetitivas cuya ejecución no haya tenido o tenga mayor repercusión sobre el interés económico general, por cuanto es preferible que la actuación estatal se concentre en la persecución de las prácticas de mayor impacto en la economía, aceptando aquellas solicitudes que involucran infracciones a la ley que no han tenido mayor repercusión sobre la sociedad. Más aun, si es que los investigados reconocen su infracción y se comprometen a implementar medidas idóneas que mitiguen los efectos que ha tenido su conducta en el mercado. Asimismo, en aquellas prácticas anticompetitivas de alcance limitado en los mercados, el cálculo sobre su impacto en el interés económico general es más fácil de efectuar y cuantificar (desde una perspectiva análoga al análisis de equilibrio parcial de la economía), motivo por el cual las medidas destinadas a reparar los daños ocasionados son de más fácil consecución.

Por el contrario, el impacto de conductas que han dañado gravemente el interés económico general es de más difícil cuantificación y evaluación de su efecto sobre la economía (dadas las múltiples relaciones e interacciones de los mercados, en los que un cambio de gran magnitud puede tener efectos sobre mercados aparentemente no relacionados), lo cual se convierte en un obstáculo para determinar de manera certera cuáles son las medidas que pueden reparar el daño causado, así como las medidas que se deben imponer a futuro para evitar que este tipo de conducta se vuelva a repetir, siendo por ello necesario que dicha conducta sea evaluada en el procedimiento sancionador principal cuyo período probatorio, de evaluación y discusión es mucho más amplio que el período en el cual se ofrece

un compromiso de cese. A lo anterior, se debe aunar el mensaje que se les quiere enviar a los agentes económicos cuanto cometen prácticas que pueden dañar gravemente el bienestar social, que consistiría en que si se cometen infracciones graves serán procesados y sancionados de manera rigurosa por el Estado.

- c) **Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Los solicitantes deberán ofrecer medidas complementarias que evidencien su propósito de enmienda.**

Con relación al tercer criterio, los denunciados tienen que mitigar los daños que han ocasionado al proceso competitivo, motivo por el cual es necesario que ofrezcan las medidas correctivas que permitan el cese de conducta en el mercado o, de no ser posible ello, que eviten que se vuelvan a repetir. Ciertamente, la autoridad evaluará las medidas propuestas e incluso podrá proponer otras en caso considere que éstas no son las más adecuadas o son insuficientes para mitigar el daño causado.

Dos aspectos que vale la pena llamar la atención sobre la regulación del compromiso de cese son los referidos a la inimpugnabilidad de la denegatoria del compromiso de cese¹⁵ y a que las declaraciones y datos que aporten los investigados durante el incidente del compromiso de cese no podrán ser utilizados en el expediente principal, bajo sanción de nulidad de este último¹⁶.

15 Decreto Legislativo N°1034.

"Artículo 25.- Del compromiso de cese.

(...)

25.4. La Secretaría Técnica evaluará la propuesta y, en caso de estimarla satisfactoria, propondrá a la Comisión la suspensión del procedimiento administrativo principal, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnable debido a su naturaleza eminentemente discrecional".

16 Op.Cit.

"Artículo 25.- Del compromiso de cese.

(...)

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

El punto referido a la inimpugnabilidad se encuentra recogido en el artículo 25.4 del Decreto Legislativo N°1034. Desde nuestro punto de vista, esta regulación es correcta, por cuanto la negativa a conceder o no una solicitud de compromiso de cese no responde a un derecho de los investigados sino que tiene como fundamento una política pública, que consiste en culminar, de modo rápido, con procedimientos que no han vulnerado gravemente el bienestar social. Por esa razón, resulta correcto que no se pueda impugnar la decisión de denegar otorgar el compromiso de cese.

Con relación a que no se utilicen las declaraciones y datos que aporten los investigados en el procedimiento principal, ello tiene como objetivo no desincentivar la presentación de éstas solicitudes. En efecto, dado que la aceptación de un compromiso de cese es una actividad discrecional de la autoridad, ésta podría denegar la solicitud y utilizar la información y pruebas presentadas en este incidente en contra de los solicitantes, lo cual obviamente desincentivaría la utilización de este tipo de mecanismos y, además, iría contra la buena fe con la que participarían las partes en este tipo de negociaciones.

II.2. Exoneración de responsabilidad

El artículo 26.1. del Decreto Legislativo N°1034 establece que cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento.

Esta norma tiene como objetivo crear incentivos para romper con la cooperación de los infractores. En efecto, cuando un grupo de personas desea cometer una infracción debe enfrentar dos problemas: (i) cómo diseñar el plan para realizar la infracción; y, (ii) cómo evitar ser descubiertos. Para

procedimiento de investigación y sanción de la conducta anticompetitiva, bajo sanción de nulidad de este último”.

ello, los infractores deberán diseñar un conjunto de acciones que les permitan afrontar ambos problemas.

En ese sentido, el artículo 26.3 antes citado tiene como objetivo romper la cooperación que puede existir entre los infractores o, al menos, introducir incertidumbre respecto al cumplimiento de los acuerdos realizados, situación que desincentivaría la participación de los agentes en actos contra la libre competencia.

Consideramos también que, quizás, a futuro, sería bueno establecer que si una persona, distinta a los infractores, tiene información valiosa de la comisión de una infracción, la autoridad le podría dar algún tipo de beneficio por esa información. Ciertamente, el beneficio a otorgar dependería de la calidad de la información para descubrir la infracción. Actualmente, una persona no tendría muchos incentivos por denunciar infracción porque no recibiría ningún beneficio a cambio de proporcionarla. Por el contrario, existía el riesgo de recibir represalias en caso se descubra que ella proporcionó información que perjudica a otros¹⁷.

Al igual que en el caso de la solicitud de compromiso de cese, el reconocimiento que puede realizar una persona por los hechos que le fueron imputados no es suficiente para que la autoridad le imponga una sanción, sino que es necesario que existan otras pruebas que corroboren su reconocimiento, tal como señala el Tribunal Constitucional¹⁸:

“286. En ese sentido, y por lo que aquí importa, el Tribunal recuerda que para supuestos como los advertidos, pero también para aquellos casos en los que se efectúe una autoincriminación, o cuando la incriminación de terceros se efectúe sin faltar a la verdad, una exigencia mínima que se deriva del contenido constitucionalmente garantizado del principio/derecho de presunción de inocencia, es que la información proporcionada por los arrepentidos sólo se considere como prueba de cargo que sustente una pena, si se corrobora mínimamente con otras pruebas actuadas en el proceso penal¹⁹, pruebas que, además, se hayan actuado en el proceso con el respeto de los derechos

17 Para mayor información ver: McAfee P., Mialon H. y Mialon S. (2008).

18 Ver: Sentencia del 18 de enero del 2006, recaída en el Expediente N°10107-2005-HC.

19 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Labila contra Italia. Sentencia del 06 de abril del 2000.

fundamentales procesales durante el juicio oral. Por tanto, el Tribunal considera que este extremo de la pretensión debe desestimarse. Y, mutatis mutandis, también la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 8.2 del Decreto Legislativo N°922, cuyo pronunciamiento se reservó para ser analizado con las disposiciones analizadas del Decreto Legislativo N°925”.

(El subrayado es nuestro)

De la lectura del fundamento 286 de esta sentencia del Tribunal Constitucional se desprende que la declaración por la cual una persona reconoce su participación en los hechos que se le imputan puede ser utilizada como una prueba de cargo; sin embargo, dicho reconocimiento no es suficiente para declarar la responsabilidad del imputado sino que es necesario, además, que la declaración del denunciado sea corroborada con otras pruebas que existan en el expediente, y que hayan sido debidamente actuadas y contrastadas durante el procedimiento.

Ello podría ser relevante en los casos que se imputen cargos a personas naturales, tales como los gerentes o directores de las firmas involucradas. En este caso, algunos de estos ejecutivos podrían señalar que ellos diseñaron, planificaron y ejecutaron la infracción pero, en realidad, ellos podrían ser sólo los ejecutores de las órdenes de los accionistas o dueños de la empresa. Por ello, la autoridad debe ser bastante cuidadosa en determinar los niveles de responsabilidad de cada una de las personas involucradas en la práctica infractora.

Desde nuestro punto de vista, además, la autoridad debería detectar quienes en la firma dispusieron el acuerdo, planificaron y ejecutaron la infracción, y cada uno de ellos debería ser incorporado en el procedimiento e incluso sancionado respecto de la gravedad de su participación. Si la sanción a las personas naturales es alta ya que incluso puede llegar a la inhabilitación de su cargo por varios años, es muy probable que quieran participar en un acuerdo de exoneración de responsabilidad. Estas son herramientas muy potentes que la autoridad debería utilizar en la investigación de casos.

De otro lado, el artículo 26.2. establece que el compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el interesado y la Secretaría Técnica, y contendrá la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en

el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de sanción respecto de la conducta llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional, seguirle o iniciarle procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.

Desde nuestro punto de vista, cuando un investigado presenta una solicitud de exoneración de responsabilidad, ésta debe adjuntar los medios probatorios suficientes para acreditar la infracción objeto de investigación o, al menos, indicar cómo se podrían recabar esos medios probatorios; de esta manera, la Secretaría Técnica podría formular una acusación que contenga una tesis verosímil sobre la probable comisión de una violación al Decreto Legislativo N°1034.

La aceptación de la solicitud debería depender de la calidad de la información y de los medios entregados a la autoridad. En función de ellos, la autoridad determinará qué beneficios le otorgará al colaborador.

El artículo 26.3 establece que si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva así como la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad. La Secretaría Técnica analizará, en cada caso, la pertinencia de la reducción de la multa.

III. Las sanciones como instrumentos disuasivos de conductas anticompetitivas

Luego de que se ha demostrado que un agente económico realizó una conducta anticompetitiva, sea abuso de posición de dominio o práctica colusoria, corresponde a la autoridad de competencia determinar la sanción a imponer.

Determinar la sanción a imponer requiere identificar previamente el objetivo que se le está asignando a la sanción dentro del sistema de defensa de la competencia. Comúnmente a la sanción se le asignan objetivos tales como desincentivar la realización de conductas anticompetitivas o resarcir los daños originados por su realización²⁰, entre otros. En el Perú, a la sanción se le ha asignado principalmente el objetivo de desincentivar la realización de conductas consideradas dañinas, motivo por el cual se analizará dicho instrumento bajo este objetivo²¹.

El sistema de defensa de la competencia busca evitar que se cometan conductas anticompetitivas antes que sancionar aquellas que se realizan, motivo por el cual la sanción debe servir como un instrumento que prevenga la realización de futuras conductas anticompetitivas, sea por el mismo agente o por otros que vean en la sanción impuesta una acción ejemplificadora frente a este tipo de situaciones²².

Para imponer una sanción es necesario conocer qué objetivos persiguen los agentes que se involucran en la realización de la conducta sancionada. La teoría económica caracteriza a los agentes que participan en el

20 Resarcir los daños por la realización de una conducta anticompetitiva puede implicar, además de compensar a un agente directamente afectado, compensar a la sociedad por la vulneración del principio de libre competencia y el alejamiento de los resultados que se esperan de su aplicación.

21 Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N°27444.
*“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción”.

22 Cabe señalar que en la mayoría de los casos el daño total por la realización de la conducta anticompetitiva supera al beneficio obtenido por el infractor, por lo tanto, una sanción sobre la base del daño total servirá también para desincentivar la realización de la conducta pero no viceversa ya que una sanción sobre la base del beneficio no compensaría el daño total. Sin embargo, normalmente los agentes que se sienten afectados por la conducta anticompetitiva poseen mecanismo alternos a la legislación de libre competencia para lograr un resarcimiento. Por lo tanto, se continuará el análisis bajo el supuesto de que la sanción de conductas anticompetitivas tiene como principal objeto desincentivar su realización.

mercado como maximizadores de beneficios²³; entonces, si los agentes que participan de una conducta anticompetitiva son también partícipes del mercado, por definición, son también agentes maximizadores de beneficios.

Por lo tanto, la realización de una conducta anticompetitiva está orientada a obtener un beneficio anticompetitivo, el que resulta adicional al beneficio económico obtenido en un entorno competitivo. En efecto, el beneficio total de una firma (π_T) puede ser definido en función de dos beneficios: (i) el beneficio anticompetitivo (π_a) y (ii) el beneficio económico (π_e).

$$\pi_T = \pi_a + \pi_e$$

El beneficio económico que obtiene la firma se calcula mediante la diferencia entre los ingresos y los costos en un entorno competitivo²⁴, mientras que el beneficio anticompetitivo es la diferencia entre el beneficio total y el beneficio económico. Es decir, el beneficio anticompetitivo es el beneficio adicional al beneficio económico que obtiene la firma por haber impuesto condiciones comerciales que no serían posibles de imponer en un entorno competitivo.

Desde una perspectiva monetaria, el beneficio económico es la diferencia entre los ingresos y los costos, y el beneficio anticompetitivo es el ingreso adicional por imponer condiciones comerciales que no serían posibles en un entorno competitivo. Por lo tanto, el beneficio anticompetitivo es el ingreso extraordinario por la realización de la conducta anticompetitiva.

Para obtener beneficio anticompetitivo es necesario, primero, que el agente económico infractor realice una serie de conductas destinadas a excluir a la competencia, lo que luego le permitirá, en un segundo momento, imponer condiciones a sus clientes que no hubieran sido posibles en un escenario competitivo (como por ejemplo, incrementar los precios de sus productos, acortar los plazos de pago, no otorgar descuentos por volumen, entre otros), debido

23 Aspectos como la existencia de un problema de agencia entre directivos y accionistas o el rol de los accionistas en un modelo de equilibrio general podrían desviar al agente de su objetivo de maximizar beneficios.

24 Los ingresos a los que se hace referencia son aquellos obtenidos por la firma por la venta de sus bienes o servicios, y los costos a que se hace referencia son aquellos en los que incurre la firma por la elaboración o prestación de sus bienes o servicios.

a que en un entorno competitivo sus clientes hubieran tenido la posibilidad de acudir a sus competidores. Esta situación le permite obtener mayores márgenes, lo que resulta acorde con el objetivo de maximizar beneficios²⁵.

Si el análisis anterior es correcto, esto es, que el agente infractor realizó la conducta anticompetitivo para maximizar su beneficio anticompetitivo²⁶, y el principal objetivo de la sanción es desincentivar la realización de este tipo de conductas, se puede colegir que se logrará ese objetivo si los agentes perciben que no obtendrán ningún beneficio por involucrarse en ellas. En efecto, si los agentes que pretenden involucrarse en una conducta anticompetitiva perciben que no obtendrán ningún beneficio por esta acción, e incluso que pueden perder parte de lo ganado en un entorno competitivo, no tendrán incentivos para realizar conductas anticompetitivas.

En consecuencia, una sanción que desincentive la realización de conductas anticompetitivas debe ser equivalente o mayor al beneficio anticompetitivo esperado por la realización de la conducta²⁷.

Al respecto, considerando que los beneficios por la realización de una conducta anticompetitiva son principalmente monetarios, las sanciones pecuniarias resultan, en muchos casos, el mejor mecanismo para desalentar este tipo de conductas. Así, la multa impuesta debe ser equivalente o mayor al beneficio extraordinario monetario obtenido por el infractor por la realización de la conducta anticompetitiva (beneficio anticompetitivo).

$$Multa \geq \pi_a$$

Si bien es cierto que una multa igual o superior al beneficio anticompetitivo serviría para desalentar la realización de conductas anticompetitivas,

25 Maximizar beneficios no solo implica incrementar el margen ingreso-costo, sino también evitar que este se reduzca o que se reduzca a una menor tasa.

26 Su objetivo es solo maximizar su beneficio anticompetitivo pues para maximizar su beneficio económico no requiere participar de una conducta anticompetitiva.

27 Si la multa es equivalente al beneficio anticompetitivo el agente será indiferente entre realizar la conducta anticompetitiva o no. Un supuesto en este escenario es que el agente preferirá comportarse de acuerdo a ley pues no obtendrá ningún beneficio de infringirla, por lo tanto, imponer una multa que tenga como límite inferior un equivalente al beneficio anticompetitivo servirá para desalentar la realización de este tipo de conductas.

también es cierto que no todos los agentes involucrados en una conducta anticompetitiva reciben una multa. Que se imponga una multa a un agente que ha realizado una conducta anticompetitiva depende de la capacidad de la autoridad de detectar y probar la realización de dicha conducta lo cual, como es lógico suponer, no ocurre en todos los casos.

Imponer una multa debería eliminar el beneficio anticompetitivo y desalentar la realización de conductas anticompetitivas; sin embargo, dado que no es totalmente seguro que se puedan detectar y probar todas las conductas anticompetitivas que ocurren en la realidad, los agentes aún se verán tentados a continuar realizándolas pues existe la posibilidad de no ser atrapados por la realización de la conducta anticompetitiva. Entonces, para que la multa cumpla su rol disuasivo, no basta con que sea igual o simplemente superior al beneficio anticompetitivo sino que debe ser ajustada por la percepción que los agentes posean respecto a que la autoridad conozca y sancione su actuación ilícita, es decir, debe ser ajustada por la probabilidad de detección.

Si un agente percibe que su actuación anticompetitiva no va a ser sancionada, o que solo será sancionado por la acción particular que la autoridad detectó y no por las otras que en función de la probabilidad de detección la autoridad no pudo conocer, se verá incentivado a realizar una conducta anticompetitiva, pues en el largo plazo solo le quitarán el beneficio anticompetitivo de las conductas detectadas y conserva el beneficio de las otras que no se pudieron conocer; por lo que, en el largo plazo, obtendrá un beneficio anticompetitivo neto a su favor.

La forma de contrarrestar el beneficio anticompetitivo neto positivo es ajustar la multa de forma inversa a la probabilidad de detección; así, en conductas con una baja probabilidad de detección se espera un beneficio neto mayor por lo cual la multa tiene que ser muy superior al beneficio anticompetitivo de la práctica detectada; por el contrario, en conductas con una alta probabilidad de detección, la multa no debe divergir mucho del beneficio anticompetitivo de esa práctica en particular²⁸.

28 Este razonamiento se basa en el trabajo realizado por Becker, Gary. (1968), pp. 169-217.

En consecuencia, la multa para desalentar la realización de conductas anti-competitivas debe estar directamente relacionada al beneficio anticompetitivo e inversamente relacionada a la probabilidad de detección tal como se muestra a continuación:

$$Multa \geq \frac{\pi_a}{P_{det}}$$

Así, la multa calculada sobre la base del beneficio anticompetitivo y la probabilidad de detección servirá para desalentar la realización de conductas anticompetitivas.

Cabe señalar que, en general, la legislación sobre libre competencia no se restringe a imponer sanciones sobre la base del beneficio anticompetitivo y la probabilidad de detección sino que, atendiendo a diversas consideraciones, incorpora atenuantes y agravantes que varían la multa final a imponer, e incluso agrega consideraciones relacionadas con el daño por la realización de conductas anticompetitivas. Sin embargo, conforme se ha desarrollado a lo largo de la presente sección, para que la multa final cumpla su rol disuasivo, basta con que no sea menor que el beneficio anticompetitivo esperado.

IV. Palabras finales

El compromiso de cese, la exoneración de responsabilidad y la sanción son instrumentos necesarios para tratar de lograr el cumplimiento de la legislación sobre libre competencia, dado que crean incentivos para romper la cooperación entre los agentes que se unieron para realizar la conducta anticompetitiva o desalientan la participación en éstas. En efecto, el compromiso de cese y la exoneración de responsabilidad posibilitan que los infractores obtengan los beneficios de un acuerdo o colaboración con la autoridad, antes que enfrentarse a un proceso largo y desgastante que debería resultar en una fuerte sanción para los involucrados.

Sin embargo, estos instrumentos por sí mismos podrían ser insuficientes, dado que se requiere que los agentes económicos se formen una expectativa cierta de que su conducta será descubierta y de que se les impondrá una sanción lo suficientemente alta como para eliminar el beneficio

anticompetitivo obtenido. Para procurar el cumplimiento de la ley por parte de los agentes económicos es necesario que la autoridad de competencia cuente con poderes de investigación bastante amplios, la posibilidad de otorgar beneficios a quienes delaten este tipo de conductas, la imposición de multas altas, presunciones procesales, etc., de forma que se cree en los agentes económicos la expectativa de que no les conviene infringir la ley o, al menos, si son descubiertos, les resulte una mejor alternativa aceptar su responsabilidad.

V. Referencias

Publicaciones

Becker, Gary. (1968). "Crime and punishment: an economic approach".
En: *Journal of Political Economy* N°76. March – april 1968.

Eguiguren, Francisco. (2002). "El derecho fundamental a no autoincriminarse y su aplicación ante comisiones investigadoras del Congreso".
En: *Estudios Constitucionales*. Lima, Ara.

Legrenzi, Paolo. (2000). *Cómo funciona la mente*. Madrid, Alianza Editorial.

McAfee P., Mialon H. y Mialon S. (2008). Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis. *Journal of Public Economics*. Atlanta, Emory University. Department of Economics.

Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD). (2003). *Hard Core Cartels, Recent progress and challenges ahead*. París, OECD Publications.

Normas legales

- Unión Europea. (año). *Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cartel (2002/C 45/03)*. Obtenido de: www.europa.eu.int/eur_lex/pri/es/oj/dat/2002/C_045/CO4520020219es00030005.pdf.
- Decreto Legislativo N°925.
- Decreto Legislativo N°1034.
- Expediente N°003-2001/CLC.
- Expediente N°005-2000/CLC.
- Expediente N°035-95/CLC.

- Expediente N°076-94/CLC.
- Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N°27444.
- Ley N°25156, Ley de Defensa de la Competencia de Argentina.
- Reglamento de la Ley de Competencia Económica de México.
- Reglamento N°1/2003 del Consejo de la Comunidad Europea.
- Resolución N°003-2000-INDECOPI/CLC.
- Resolución N°012-2001-INDECOPI/CLC.
- Resolución N°021-94-INDECOPI/CLC.
- Resolución N°033-95-INDECOPI/CLC.
- Resolución N°039-2005/CLC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de enero del 2006, recaída en el Expediente N°10107-2005-HC.
- Sentencia expedida por el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional con relación a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Legislativos N° 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Labila contra Italia, Sentencia del 06 de abril del 2000.

Internet

- Department of Justice of United States.(1993). *Corporate Leniency Policy*. Obtenido de: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>,
- Department of Justice of United States.(1993). *Corporate Leniency Policy*. Obtenido de: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>,
- Unión Europea. (año). *Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cartel (2002/C 45/03)*. Obtenido de: www.europa.eu.int/eur_lex/pri/es/oj/dat/2002/C_045/CO4520020219es000300005.pdf).
- Office of Fair Trading. (s/f). *Leniency in cartel cases. A guide to the leniency programme for cartel cases under de Competition Act 1998 de la Office of Fair Trading*. Obtenido de: www.oft.gov.uk.

LISTADO DE ACRÓNIMOS

CDLC	Comisión de Defensa de la Libre Competencia
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
TC	Tribunal Constitucional