



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ



INFORME 020-2017/ST-CLC-INDECOPÍ

A : **Ivo Sergio Gagliuffi Piercechi**
Presidente del Consejo Directivo

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

ASUNTO : Opinión sobre el Proyecto 997/2016-CR, que propone la «Ley que modifica los artículos 43 y 46 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas e incentiva la reducción de conductas indebidas de proveedores».

REFERENCIA : Oficio 855-2016-2017-CODECO/CR

FECHA : 22 de marzo de 2017

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Oficio 855-2016-2017-CODECO/CR del 6 de marzo de 2017, el señor congresista Juan Carlos Gonzáles Ardiles, Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos (en adelante, la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso), solicitó a la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi una opinión sobre el Proyecto 997/2016-CR, que propone la «Ley que modifica los artículos 43 y 46 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas e incentiva la reducción de conductas indebidas de proveedores» (en adelante, el Proyecto de Ley).
2. Mediante Hoja de Trámite 34167, la Presidencia del Consejo Directivo solicitó a esta Secretaría Técnica un informe absolviendo la solicitud de la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso.

II. OBJETO DEL INFORME

3. El presente informe tiene por objeto absolver la solicitud realizada por la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso en relación con el Proyecto de Ley.

III. ANÁLISIS

4. El Proyecto de Ley busca introducir modificaciones a dos artículos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹, con la finalidad de reforzar las sanciones aplicables por la comisión de infracciones a dicha Ley:

¹ Aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 y modificada mediante Decreto Legislativo 1205.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

- (i) En primer lugar, el Proyecto de Ley propone modificar el artículo 43 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, elevando los topes aplicables a las multas que se encuentran actualmente vigentes.
- (ii) En segundo lugar, el Proyecto de Ley propone modificar el artículo 46, introduciendo la posibilidad de que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Comisión) pueda disponer como medida correctiva la inhabilitación para contratar con el Estado, en un rango de 5 a 10 años.

5. En tal sentido, a continuación se analizarán estas propuestas del Proyecto de Ley.

3.1. Sobre la propuesta de modificación del artículo 43 (topes a las multas)

3.1.1. Finalidad de la propuesta

6. El artículo 1 del Proyecto de Ley propone las siguientes modificaciones al artículo 43 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

Texto vigente	Texto propuesto
<p>Artículo 43.- El monto de las multas.-</p> <p>43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:</p> <p>a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, <u>siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%)</u> de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;</p> <p>b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de <u>hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%)</u> de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,</p> <p>c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, <u>una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%)</u> de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.</p>	<p>Artículo 43.- El monto de las multas</p> <p>43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:</p> <p>a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, <u>siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%)</u> de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;</p> <p>b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de <u>hasta dos mil (2,000) UIT, siempre que dicha multa no supere el veinte por ciento (20%)</u> de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,</p> <p>c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, <u>una multa de hasta diez mil (10,000) UIT, siempre que dicha multa no supere el treinta por ciento (30%)</u> de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.</p>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



7. En comparación con la fórmula vigente del artículo 43 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se observa que el Proyecto de Ley busca modificar los topes máximos a las multas aplicables por la comisión de conductas anticompetitivas. Sobre el particular, es importante mencionar que el Proyecto de Ley se encuentra enfocado en las sanciones que resultan aplicables a las personas jurídicas, manteniendo la actual regulación sobre sanciones a personas naturales y asociaciones. De esta manera, en tanto el Proyecto de Ley se encuentra enfocado exclusivamente en los topes legales para las sanciones a personas jurídicas por infracciones a la libre competencia, el análisis realizado por esta Secretaría Técnica se limitará a presentar y evaluar la experiencia comparada respecto a dichos agentes.
8. Al respecto, cabe observar que en la fórmula vigente el legislador ha establecido dos tipos de topes para la aplicación de las multas por infracciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Por un lado, se encuentran los **topes absolutos**, entendidos como montos fijos determinados previamente en la Ley, como son el límite de 500 UIT para las infracciones leves y 1000 UIT para las infracciones graves.

Por otro lado, se encuentran los **topes relativos**, es decir, aquellos cuyos montos se encuentran vinculados a un factor adicional para poder determinar el monto límite, siendo en este caso el porcentaje de ventas o ingresos absolutos del infractor. De esta manera, si la multa calculada supera alguno de los topes previstos, su monto será reducido en cuanto corresponda:

Ejemplo 1: La empresa A es sancionada por haber abusado de su posición de dominio. La infracción es considerada «grave» y los ingresos brutos del infractor y su grupo económico del año pasado ascienden a S/ 50 millones. La multa calculada asciende a S/ 5 millones. Sin embargo, debido a que dicho monto supera las 1000 UIT (S/ 4.05 millones), su multa será reducida a 1000 UIT conforme a la Ley, monto que no supera el 10% de sus ingresos brutos o de su grupo económico.

Ejemplo 2: La empresa B es sancionada por su participación en un cártel. La infracción es considerada «muy grave». La multa calculada para ella asciende a S/ 8 millones. A pesar de que actualmente la Ley no prevé un tope «absoluto» para las infracciones muy graves, en este caso la multa calculada supera el 12% de los ingresos brutos de la empresa infractora y de su grupo económico. Por ello, la multa debe ser reducida hasta dicho límite.

9. Como se desprende de la fórmula normativa y su exposición de motivos, el Proyecto de Ley propone incrementar tanto los topes absolutos como los relativos, con la finalidad de incrementar el efecto disuasivo de las sanciones a las infracciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
10. A criterio de esta Secretaría Técnica, el objetivo del Proyecto de Ley, consistente en modificar el esquema sancionatorio para dotarlo de un mayor efecto disuasorio, es compatible con una política de competencia que promueve y fortalece la defensa del proceso competitivo para el bienestar de los consumidores. No obstante, el sustento del Proyecto de Ley debe identificar y evaluar los efectos de la nueva regulación y las posibles alternativas que permitan alcanzar el objetivo



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

esperado. Este análisis debe estar sustentado en el análisis de información, datos y evidencia empírica para escoger la opción más eficaz y eficiente con miras a alcanzar los objetivos propuestos².

11. Sin perjuicio de que el Proyecto de Ley sustenta la fórmula propuesta en referencias a la experiencia de países de Latinoamérica, así como la experiencia de Estados Unidos y la Unión Europea, esta Secretaría Técnica considera conveniente precisar la información que sustenta la propuesta legislativa, con la finalidad de contar con mayor información respecto a la experiencia en los países analizados, de forma que la propuesta legislativa pueda contener el resultado de un análisis de las mejores prácticas a nivel internacional.
12. En ese sentido, esta Secretaría Técnica analizará a continuación la legislación vigente en las distintas jurisdicciones consideradas en el Proyecto de Ley en lo referente a los límites legales aplicables a las sanciones que las distintas agencias de competencia imponen por infracciones a sus respectivas leyes de libre competencia. Este análisis permitirá determinar con precisión las prácticas a nivel internacional en la materia objeto de análisis.

3.1.2. Topes de multa aplicables a las multas en otras jurisdicciones

a. Colombia

13. De acuerdo con la Ley de Competencia de Colombia³, la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad encargada de la protección de la competencia en dicho país, cuenta con las facultades para imponer sanciones por violaciones de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia. Al respecto, el numeral 15 del artículo 4 de la Ley de Competencia de Colombia establece que las sanciones tendrán un límite de hasta 100,000 salarios mínimos mensuales vigentes, equivalentes a aproximadamente USD 25.2 millones actuales⁴.
14. Si bien la legislación colombiana cuenta con un tope absoluto para las multas aplicables por infracciones en libre competencia, dicha regulación viene siendo objeto de revisión e incluso una propuesta para su modificación ha sido remitida al Secretario de Transparencia de la Presidencia de la República de Colombia. Al respecto, el Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, señaló que «*en el caso del cambio en la forma de imponer multas se trata de*

² OCDE, *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*, October 2008. Disponible en: <https://goo.gl/783xPR> Asimismo, OCDE, *Regulatory Policy Outlook*, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/mLpKQd>

³ Aprobada por el Decreto 2153 de 1992 y modificada por el Decreto 1340 de 2009.

⁴ En lo que se refiere a la forma de determinación de las multas, de acuerdo con la contribución para la OECD remitida por Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio sigue un procedimiento similar al establecido por la Comisión Europea en sus directrices para el cálculo de multas. Así, en una primera etapa, se parte del valor de ventas de la empresa en el mercado afectado durante el último ejercicio fiscal en el que incurrió en la conducta ilícita, hasta un porcentaje del 30%, el cual será multiplicado por la duración de la infracción. Luego, en la segunda etapa, se aplicarán factores agravantes o atenuantes de acuerdo con el análisis de cada caso en concreto. Finalmente se aplican los topes previstos en la Ley. Al respecto, véase: OECD (2013). *Latin American Competition Forum. Criteria for setting fines for Competition Law infringements. Contribution by Colombia*. Disponible en: <https://goo.gl/3AUG9N>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



adoptar el sistema europeo o americano, que ya lo tienen países de Latinoamérica como Chile, México o Brasil, el cual consiste en sancionar con unos topes porcentuales sobre las ventas involucradas en el cartel»⁵.

15. Por tanto, las sanciones aplicables en Colombia cuentan con un tope absoluto de aproximadamente USD 25 millones, monto que viene siendo materia de una propuesta de modificación para que sea reemplazado por un tope relativo o porcentual, similar al utilizado por la Comisión Europea.

b. Chile

16. Según indica el Proyecto de Ley, la Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE) puede aplicar multas por infracciones a ley de libre competencia hasta por un monto equivalente a 30,000 unidades tributarias anuales. Sin embargo, dichas disposiciones corresponden a una legislación vigente hasta el año pasado, y que han sido objeto de recientes modificaciones por el Congreso de Chile.
17. El Decreto Ley 211, Ley de libre competencia de Chile, ha sido modificado recientemente en el 2016 por la Ley 20,954. La modificación tuvo como finalidad incluir topes relativos o flexibles para la aplicación de las sanciones por infracciones a la libre competencia, debido a que la regulación anterior no era considerada suficiente disuasiva⁶. Así, actualmente la norma se encuentra redactada de la siguiente manera:

Ley de libre competencia de Chile

Artículo 26.- (...) [E]l Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales.

[Énfasis agregado]

18. Como se puede apreciar, la legislación chilena ha sido modificada para introducir topes relativos para la aplicación de sanciones por infracciones a la libre competencia, reemplazando a la antigua regulación que establecía únicamente topes absolutos.

Asimismo, la nueva fórmula de la Ley de libre competencia de Chile ha duplicado los topes absolutos aplicables de manera subsidiaria para los casos en los cuales no es posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, estableciendo como tope un monto equivalente a 60,000 unidades tributarias anuales (aproximadamente USD 50 millones).

⁵ Aumento en las multas por cartelización e inhabilidad para contratar con el Estado, pide Superindustria. Disponible en la página web oficial de la Superintendencia de Industria y Comercio: <https://goo.gl/ZeRlyB>

⁶ OECD (2016). Sanctions in Antitrust Cases. Contribution by Chile. Disponible en: <https://goo.gl/4QffvX>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

19. Cabe señalar que, a diferencia de otras legislaciones, la normativa chilena sobre libre competencia no contempla la determinación de una multa base. No obstante, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia considera en su análisis el daño causado por las infracciones, el volumen de ventas del mercado afectado y la duración de la conducta⁷.

c. México

20. La regulación sobre libre competencia en México ha sido recientemente modificada, tanto a nivel constitucional como legal. La actual regulación se encuentra contenida en la Ley Federal de Competencia Económica, vigente desde 2014.
21. De acuerdo con los numerales (iv) y (v) del artículo 127 de la Ley Federal de Competencia Económica, la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) podrá aplicar las siguientes sanciones por la comisión de prácticas monopólicas absolutas (prohibición absoluta) y prácticas monopólicas relativas (prohibición relativa):

Ley Federal de Competencia Económica de México.

Artículo 127.-

iv. Multa hasta por el equivalente al diez por ciento de los ingresos del Agente Económico, por haber incurrido en una práctica monopólica absoluta, con independencia de la responsabilidad civil y penal en que se incurra;

v. Multa hasta por el equivalente al ocho por ciento de los ingresos del Agente Económico, por haber incurrido en una práctica monopólica relativa, con independencia de la responsabilidad civil en que se incurra.

[Énfasis agregado]

22. Como se puede apreciar, México cuenta con topes relativos para la determinación de máximos legales en cuanto a las sanciones aplicables por infracciones a la libre competencia. No obstante, la legislación de México, al igual que Chile, mantiene la aplicación de topes absolutos de manera subsidiaria, es decir, cuando los ingresos del agente económico infractor no puedan ser determinados, conforme se puede apreciar en el artículo 128 de la Ley Federal de Competencia Económica. Así, en el caso de una práctica monopólica absoluta (p.e. un cártel de precios), la multa resultante podrá ascender a 1.5 millones de salarios mínimos diarios (aproximadamente USD 6.5 millones).
23. Finalmente, el artículo 130 de la Ley Federal de Competencia Económica establece los criterios a ser utilizadas para la determinación de la sanción aplicable a los infractores. Así, entre los criterios se encuentran el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica, entre otros.

⁷ OECD (2013). Latin American Competition Forum. Criteria for setting fines for Competition Law infringements. Contribution from Chile (TDLC). Disponible en: <https://goo.gl/A3sN79>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



d. Argentina

24. Conforme a la legislación sobre defensa de la competencia de Argentina, las sanciones aplicables por las infracciones se encuentran sujetas a un tope absoluto. De acuerdo a la Artículo 46, inciso b) de la Ley 25,156, las personas naturales o jurídicas que incurran en violaciones a las normas sobre libre competencia serán pasibles de sanciones hasta 150 millones de pesos, monto equivalente a USD 9.6 millones, aproximadamente.
25. No obstante, Argentina, al igual que Colombia, se encuentra revisando su legislación para introducir modificaciones en los aspectos relacionados con los topes aplicables a las multas, con la finalidad de establecer topes relativos.
26. Si bien actualmente la legislación argentina cuenta con un tope absoluto para la determinación del máximo legal de las sanciones por infracciones a las normas de libre competencia (150 millones de pesos argentinos), este es considerado insuficiente en aquellos casos donde el daño ocasionado o el beneficio ilícito es mucho más elevado. Debido a esto, una propuesta legislativa se presentará ante el Congreso Nacional de Argentina para modificar esta regulación, estableciendo que el tope legal sea el monto más alto que resulte de aplicar: (i) hasta el 30% del volumen de negocios del producto o servicio afectado multiplicado por la duración de la conducta ilícita, o (ii) hasta el 30% del valor total del volumen de negocios a nivel nacional del grupo económico al que pertenece el infractor, o (iii) el doble del beneficio ilícito obtenido por el infractor⁸.

e. Brasil

27. La Ley de Competencia de Brasil, la Ley 12.529 de 2011, establece un rango para la determinación de la sanción aplicable por infracciones a su legislación. De acuerdo con el artículo 37, inciso 1, las sanciones aplicables para las personas jurídicas se encuentran en un rango de 0.1% a 20% de los ingresos brutos del agente económico o su grupo económico relacionados con en el mercado afectado por la infracción que correspondan al año previo al inicio del procedimiento administrativo. La multa resultante nunca podrá ser menor al beneficio ilícito obtenido por el infractor, siempre que su determinación sea posible⁹.
28. Como se puede apreciar, al igual que los demás países de la región, la legislación de competencia de Brasil establece topes relativos para la determinación de las sanciones aplicables por infracciones a la libre competencia. No obstante, también cuenta con topes absolutos para aquellos casos en los cuales no se posible estimar de manera adecuada los ingresos brutos del agente económico infractor.
29. Finalmente, para la determinación de la sanción, el artículo 47 establece que el Consejo Administrativo de Defensa Económica deberá considerar una serie de criterios, entre los cuales se encuentran la gravedad de la infracción, el beneficio derivado de la infracción, los efectos de la infracción en el mercado, entre otros.

⁸ OECD (2016). Sanctions in Antitrust Cases. Contribution by Argentina. Disponible en: <https://goo.gl/H8hufa>

⁹ OECD (2016). Sanctions in Antitrust Cases. Contribution by Brazil. Disponible en: <https://goo.gl/nFo65c>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

f. Estados Unidos

30. En Estados Unidos de América, la legislación que establece la prohibición de conductas anticompetitivas es la Ley Sherman (Título 15 del Código de los Estados Unidos)¹⁰, la cual establece en el artículo 1, además de las conductas consideradas anticompetitivas, el tope aplicable para las multas por dichas infracciones, precisando que en caso de empresas el tope legal será de USD 100 millones, así como de USD 1 millón para individuos, además de penas de cárcel hasta por 10 años.
31. No obstante, las conductas anticompetitivas señaladas en el artículo 1 de la Ley Sherman no solo son considerados como infracciones a nivel administrativo sino también son sancionadas penalmente. Ello implica que, adicionalmente, es aplicable la regulación sobre multas establecida en la legislación sobre Delitos y Procedimientos Penales (Título 18 del Código de los Estados Unidos)¹¹.
32. Así, según el inciso d) del artículo 3571 de la Ley sobre Delitos y Procedimientos Penales establece que:

(d) Fuentes alternativas basadas en ganancias o pérdidas.

Si una persona obtiene ganancias pecuniarias del delito, o si el delito resulta en pérdida pecuniaria a una persona que no sea el demandado, el acusado puede ser multado no más que el doble de la ganancia bruta o el doble de la pérdida bruta.

33. Esto ha permitido que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos pueda aplicar multas que ascienden hasta USD 500 millones, excediendo el tope establecido por la Ley Sherman.

g. Unión Europea

34. La regulación para la aplicación de sanciones por infracciones a las normas sobre libre competencia de la Unión Europea se encuentra establecida en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 1/2003 de Comisión Europea.
35. De acuerdo a las mencionadas directrices, el límite máximo legal aplicable para las multas establecidas por la Comisión Europea está constituido por el 10% del volumen de negocios total realizado por el agente económico infractor.
36. El 10% del volumen total de ventas del agente económico será el límite para la determinación de la multa aplicable, la cual se obtendrá luego de seguir el siguiente procedimiento: (i) determinar el importe base de la multa para cada empresa, el cual podrá alcanzar hasta el 30% de las ventas afectadas por la infracción; y (ii) ajustar el importe base considerando los criterios establecidos en la regulación para su incremento o reducción.

¹⁰ Sherman Act. (15 USC 1). Disponible en: <https://goo.gl/ZS4IYA>

¹¹ Crime and Criminal Procedure (18 USC 3571). Disponible en: <https://goo.gl/Sgk2uK>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

h. Síntesis

37. Finalmente, de acuerdo con la revisión efectuada sobre la experiencia comparada, es posible obtener el siguiente cuadro con información consolidada:

País	Máximo legal
Colombia	100,000 salarios mínimos mensuales (USD 25.2 millones).
Chile	Hasta 30% de las ventas del producto afectado o el doble del beneficio ilícito.
México	Hasta el 10% de los ingresos del agente económico.
Argentina	Hasta 150'000,000 de pesos (USD 9.6 millones).
Brasil	Hasta el 20% de los ingresos brutos del agente económico en el mercado afectado.
Estados Unidos	Hasta el doble del beneficio ilícito obtenido o el doble del perjuicio causado.
Unión Europea	Hasta el 10% del importe de los ingresos totales de la empresa.

38. A partir del análisis efectuado por esta Secretaría Técnica, es posible observar que las legislaciones de los diversos países de la región, recientemente modificadas o en proceso de modificación, se encuentran encaminadas a establecer multas más elevadas, con el fin de dotar de un mayor efecto disuasivo a las decisiones que emitan sus respectivas agencias de competencia como resultado de las investigaciones y procedimientos iniciados a los agentes económicos involucrados en infracciones en materia de libre competencia.

Así, por ejemplo, diversas legislaciones sobre libre competencia en América Latina vienen transitando de una regulación que establece únicamente topes absolutos a una que establece topes relativos. Estas modificaciones responden a la necesidad de dotar a las agencias de competencia con topes legales más flexibles que permitan emitir decisiones que contengan disposiciones que cumplan con uno de sus principales objetivos: el efecto disuasivo.

39. El cuestionamiento al uso exclusivo de topes absolutos se sustenta en que son considerados como poco disuasivos frente a los beneficios económicos que un cártel puede obtener como resultado de conducta ilegal. Así, si bien podrían generar un efecto disuasivo en mercados pequeños, pierden su finalidad frente a los ingresos económicos obtenidos por agentes económicos que operan a nivel nacional o supranacional, es decir, agentes económicos que participan en mercados mucho más amplios en términos económicos. Precisamente, por su importancia y su capacidad de afectar a un mayor número de consumidores, son estos los mercados que se encuentran frecuentemente en la mira de las agencias de competencia.
40. Esta deficiencia en el carácter disuasivo de las multas sujetas a topes únicamente objetivos ha sido señalada, por ejemplo, por la FNE (Chile) en el Informe de la Comisión de Economía ante la Cámara de Diputados¹²:

¹² Historia de la Ley N° 20.945, Ley que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. Informe de Comisión de Economía. Disponible en: <https://goo.gl/H5CdNY>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



Respecto del aumento del monto máximo de las multas, explicó que actualmente **existen topes máximos fijos para este tipo de sanciones**, que alcanzan las 30.000 UTA (US\$ 25 millones) para los casos de colusión y las 20.000 UTA (US\$ 17 millones) tratándose de otras infracciones. **Estos montos, a la luz de la experiencia de los últimos años, han sido insuficientes para disuadir los ilícitos más graves. A modo de ejemplo, en el "Caso Pollos" (pendiente ante la Corte Suprema), la FNE estimó en US\$ 1.500 millones el daño causado al mercado, mientras que el TDLC multó con un total de US\$ 60 millones a las tres empresas coludidas.**

[Énfasis agregado]

41. Como se puede observar, el tope máximo fijo establecido por la anterior versión de la Ley de libre competencia de Chile no permitió al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDLC) de dicho país sancionar con una multa que permita tener un efecto adecuadamente disuasivo sobre los agentes económicos que se coludieron en el mercado de pollos, o una multa que por lo menos permita extraer todo el beneficio ilícito obtenido por la comisión de su conducta ilegal.

3.1.3. Oportunidades de mejora en el Proyecto de Ley

42. Si bien el Proyecto de Ley tiene por objeto incrementar los topes legales para la imposición de multas establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, con la finalidad de incrementar el factor disuasivo de tales sanciones por infracciones a dicha Ley, esta Secretaría Técnica considera necesario realizar determinadas precisiones.

a. En lo que respecta a los umbrales absolutos propuestos

43. Esta Secretaría Técnica considera necesario enfatizar una inconsistencia que, probablemente sin tener esa intención, el Proyecto de Ley podría generar. Concretamente, el Proyecto de Ley propone modificar la actual redacción del inciso c) del artículo 43.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en los siguientes términos:

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1.000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta diez mil (10.000) UIT, siempre que dicha multa no supere el treinta por ciento (30%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

44. Al respecto, es necesario precisar que la fórmula vigente actualmente en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no establece un tope absoluto para las infracciones consideradas muy graves, sino que únicamente establece un umbral mínimo aplicable a este tipo de infracciones. Esta interpretación de la Ley vigente ha sido recogida por la Comisión en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI (caso de las Farmacias).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

45. En consecuencia, las multas que la Comisión puede aplicar a las infracciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no tienen tope absoluto alguno, sino que únicamente tienen como tope el 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor o su grupo económico durante el año anterior a la decisión de la Comisión sancionando la conducta infractora. Con ello, las multas que la Comisión puede imponer actualmente por infracciones muy graves podrían superar largamente las 10,000 UIT que el Proyecto de Ley propone como límite aplicable.

Cabe observar que el tope de 10,000 UIT del Proyecto de Ley podría resultar considerablemente bajo en relación con los ingresos económicos obtenidos por los agentes económicos que participan en algunos de los mercados más importantes en la economía nacional y que vienen siendo materia de investigación y persecución por parte de la Secretaría Técnica y la Comisión.

46. En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera necesario que el Proyecto de Ley no introduzca umbral absoluto alguno para el caso de las infracciones muy graves, pues podría disminuir las multas que efectivamente podría imponer la Comisión y, con ello, el efecto disuasivo de sus decisiones.

b. En lo que respecta a los umbrales relativos propuestos

47. En lo que corresponde a los umbrales relativos o porcentuales, como se ha señalado el Proyecto de Ley plantea un incremento en los topes aplicables sobre la base de los ingresos brutos del infractor o de su grupo económico, pasando de 8% (infracciones leves), 10% (infracciones graves) y 12% (infracciones muy graves), a 10, 20 y 30%, respectivamente.
48. Sobre el particular, resulta importante notar que a pesar de que se trata de incrementos sustanciales en los topes aplicables a las multas que se impongan por la comisión de conductas anticompetitivas, el Proyecto de Ley no contiene respaldo suficiente que permita a esta Secretaría Técnica reconocer, por un lado, que los topes propuestos resultan coherentes con las mejores prácticas internacionales en materia de multas, como tampoco le permiten afirmar que tales topes cumplan con ser razonables y que permiten asegurar el restablecimiento del proceso competitivo.
49. Al respecto, en primer lugar, debe observarse que en ninguna de las legislaciones analizadas los topes de las multas podrían alcanzar los límites propuestos por el Proyecto de Ley. Conforme se ha señalado en el cuadro que contiene la información consolidada, aquellos países que utilizan umbrales relativos consideran dos posibles criterios para la determinación de la sanción: (i) un porcentaje del total de las ventas o (ii) un porcentaje de las ventas del producto afectado por la infracción.
50. La distinción realizada por jurisdicciones como Chile, México, Brasil y la Unión Europea tiene no poca transcendencia a efectos de la determinación de la sanción, debido al impacto económico que puede llegar a alcanzar la sanción. Así, los porcentajes que consideran únicamente las ventas relacionadas con el bien o servicio afectado por la infracción suelen ser superiores debido a que representan



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

una proporción menor respecto al patrimonio total del agente económico (por ejemplo, cuando el agente económico participa en más mercados no relacionados con el bien o servicio afectado); mientras que los porcentajes que utilizan las ventas totales suelen ser menores debido a que para su cálculo consideran todas las ventas o ingresos obtenidos por los agentes económicos durante un determinado año.

51. A efectos de esclarecer la distinción antes mencionada, se propone el siguiente ejemplo:

Ejemplo: La Comisión ha determinado que la empresa A, junto con B y C, ha incurrido en prácticas anticompetitivas en la modalidad de acuerdo de precios. En tal sentido, continuando con el procedimiento corresponde determinar la sanción aplicable. La Comisión cuenta con la información de los ingresos de A, respecto al total de sus ventas en el 2016 y las ventas relacionadas con el producto afectado por el acuerdo de precios, los cuales son los siguientes:

Ingresos totales de A: USD 150 millones.

Ingresos derivados de la venta del producto afectado: USD 40 millones.

En este ejemplo, es posible aplicar los umbrales relativos establecidos por la legislación chilena (ventas relacionadas al producto afectado del infractor) y por la Unión Europea (total de ventas del infractor). En el primer caso, correspondería aplicar el 30% a las ventas del producto afectado, es decir, el 30% de USD 40 millones, lo cual resulta en **USD 12 millones**. Por otro lado, en el segundo supuesto, correspondería aplicar el 10% al total de ventas del infractor, es decir, el 10% de USD 150 millones, lo cual resulta en **USD 15 millones**.

52. Como se puede apreciar, los porcentajes utilizados como umbrales varían en función a las ventas que vayan a ser utilizadas para establecer los topes o máximo legal aplicable para la sanción. La experiencia comparada evidencia que los porcentajes que se usan como topes se encuentran como máximo en 30%, pero no del total de ventas del infractor, sino únicamente de las ventas del producto afectado. Si se tomase en cuenta el total de ventas del infractor, el tope aplicado por jurisdicciones como la Unión Europea llegaría únicamente al 10%.
53. El Proyecto de Ley no analiza esta diferencia, y propone incrementar los topes establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, llegando a considerar el 30% del total de ventas del infractor y de su grupo económico, porcentaje tres veces superior al establecido en jurisdicciones como la Unión Europea.
54. En tal sentido, esta diferencia debe ser oportunamente analizada pues, en principio, las multas a aplicarse no deberían ser de tal magnitud que, por regla general, afecten la capacidad financiera de las empresas infractoras y fueren su salida del mercado. Una situación así no solo resultaría contradictoria con el objetivo de disuadir la comisión de infracciones en la empresa sancionada (pues simplemente elimina sus posibilidades de revertir su conducta y continuar compitiendo en el mercado), sino que podría generar una mayor concentración del mercado afectado, al eliminar a un participante, en perjuicio de los consumidores.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



55. Esta situación ha sido tomada en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, la cual ha precisado que las sanciones impuestas son limitadas en función a los ingresos de las empresas, asegurándose que las multas no superen el 10% del total de ventas de los infractores «para no afectar su estabilidad financiera y evitar su posible salida del mercado»¹³. La aplicación de estos topes se puede observar en las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, donde se indica el porcentaje de los ingresos que la sanción representa para los agentes económicos sancionados¹⁴.
56. Finalmente, es importante reiterar que el Proyecto de Ley no contiene suficiente motivación respecto a los porcentajes propuestos como topes absolutos (en particular, relativos para las multas aplicables a las conductas anticompetitivas, especialmente si se toma en cuenta que la experiencia comparada evidencia regulaciones distintas a las disposiciones propuestas en el Proyecto de Ley).
57. Por tal motivo, esta Secretaría Técnica considera que el Proyecto de Ley no se encuentra adecuadamente sustentado, debido a que no ha considerado la información precisa sobre las regulaciones aplicables en otras jurisdicciones y tampoco ha considerado los posibles efectos que sobre la estructura del mercado podría tener la introducción de los topes propuestos a las multas por infracciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

3.1.4. Consideraciones finales

58. En relación con esta primera propuesta contemplada en el Proyecto de Ley, esta Secretaría Técnica considera que el Proyecto de Ley tiene como finalidad reforzar el marco normativo aplicable para la defensa de la libre competencia, para lo cual propone el incremento en los posibles topes aplicables a las multas que se impongan como consecuencia de una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
59. No obstante, resulta indispensable que la propuesta antes señalada cuente con un mayor sustento y que, además, evalúe el impacto que puedan generar las medidas a introducirse, así como las posibles alternativas menos restrictivas que puedan cumplir con la finalidad que la propuesta persigue.
60. En primer lugar, debe observarse que el Proyecto de Ley propone establecer un umbral absoluto (un monto fijo en UIT) aplicable a las infracciones muy graves. Sin embargo, la Ley vigente no contempla dicho umbral absoluto, sujetando tales infracciones únicamente a un umbral relativo (es decir, un porcentaje de los ingresos brutos del agente infractor o su grupo económico). En tal sentido, la medida propuesta, contrariamente a su objetivo propuesto, podría disminuir la capacidad disuasiva de las multas que la Comisión podría aplicar, en particular, en mercado investigados donde los agentes reportan ingresos considerablemente superiores en relación con el umbral propuesto.

¹³ OECD (2013). *Latin American Competition Forum. Criteria for setting fines for Competition Law infringements. Contribution by Colombia*. Disponible en: <https://goo.gl/3AUG9N>

¹⁴ Así, por ejemplo, véase: Resolución N° 43218 de 2016. Disponible en: <https://goo.gl/CiJ3LI>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



61. En relación con el incremento en los topes relativos, si bien el Proyecto de Ley ha hecho referencia a las reglas vigentes en otras jurisdicciones, debe tenerse en cuenta que en ninguna de dichas jurisdicciones podrían aplicarse multas en base a los topes propuestos por el Proyecto de Ley. En particular, si bien es cierto que, por ejemplo, recientemente Chile ha introducido un tope de multas del 30% de los ingresos del infractor, este monto únicamente considera las ventas derivadas del producto o servicio afectado y no, como en el caso peruano, de las ventas totales que reporte el infractor o su grupo económico por todas las líneas de productos en que participe.

Multas con topes demasiado elevados podrían generar un efecto no deseado, consistente en la salida de los agentes económicos del mercado, en perjuicio de los consumidores que se verán enfrentados a mercados concentrados o con mayor escasez en la oferta.

62. De acuerdo con la revisión de la experiencia comparada realizada por esta Secretaría Técnica, es posible concluir que las legislaciones en materia de libre competencia se encuentran transitando de una regulación con topes o umbrales absolutos para las sanciones por conductas anticompetitivas hacia una regulación que contiene umbrales relativos, debido a la necesidad de fortalecer el efecto disuasivo de las sanciones por infracciones a las normas de libre competencia y debido al menor impacto que los topes absolutos podrían producir en determinados casos.
63. En tal sentido, actualmente esta Secretaría Técnica no puede emitir una opinión favorable sobre la medida propuesta, pues considera necesario que se encuentre debidamente sustentada y que tome en consideración el impacto efectivo que podría tener sobre el desenvolvimiento de los mercados en perjuicio de los consumidores.

3.2. Sobre la propuesta de modificación del artículo 46 (medida correctiva de inhabilitación para contratar con el Estado)

3.2.1. Finalidad de la propuesta

64. El artículo 2 del Proyecto de Ley propone la introducción de un numeral 5 al artículo 46 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

Artículo 2. Inclusión del párrafo 46.5 en el artículo 46 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Inclúyase el párrafo 46.5 en el artículo 46 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

Artículo 46. Medidas correctivas

(...)

46.5 Además de la multa, se podrá disponer que los proveedores sancionados queden inhabilitados para contratar con el Estado por un periodo de mínimo 5 (cinco) años, hasta un máximo de 10 (diez) años, lo que es informado al



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). En caso de reincidencia la inhabilitación para contratar con el Estado será definitiva.

[Énfasis agregado]

65. Como se puede observar, el Proyecto de Ley propone incluir expresamente la posibilidad de que la Comisión pueda disponer, como medida correctiva, que los proveedores sancionados por la comisión de una infracción prevista en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas puedan quedar inhabilitados para contratar con el Estado en un rango de 5 hasta 10 años. Asimismo, también se propone que, en caso de reincidencia, el proveedor pueda ser inhabilitado de forma definitiva para contratar con el Estado.

En cualquiera de ambos supuestos, la medida correctiva de inhabilitación deberá ser comunicada al OSCE para que proceda con la inscripción en el registro de proveedores inhabilitados para contratar con el Estado.

66. Cabe precisar que esta Secretaría Técnica también comparte la opinión señalada en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, en el sentido de que, en el caso de las conductas anticompetitivas especialmente graves, se deberían adoptar medidas especiales que permitan a la autoridad de competencia prevenir futuras restricciones o eliminar las condiciones que las produjeron y que podrían facilitar la reincidencia de dichas prácticas.

3.2.2. Oportunidades de mejora en la propuesta

67. Las medidas correctivas en el marco de los procedimientos sobre conductas anticompetitivas tienen por finalidad restablecer la situación afectada por la comisión de tales infracciones, eliminando las condiciones que provocaron o permitieron la ocurrencia de la infracción, o introduciendo mecanismos para prevenir futuras restricciones, promoviendo de esta manera el respeto a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por parte de los agentes infractores en el mercado en el cual se produjo la restricción sancionada.

Por ello, la Comisión, al ordenar una medida correctiva, evalúa cada caso concreto para poder determinar la medida que resulte más razonable y eficiente para el cumplimiento de dicha finalidad.

68. Si bien la «inhabilitación de proveedores para contratar con el Estado» podría resultar eficaz para evitar la reincidencia del infractor en futuras prácticas anticompetitivas, a criterio de esta Secretaría Técnica ciertamente debe entenderse que la posibilidad de inhabilitar a una empresa para desenvolverse en un mercado debería ser excepcional pues, al igual que en el caso de multas sujetas a topes demasiado elevados, este tipo de medidas correctivas provocan la salida inmediata de un participante en el mercado, promoviendo su concentración y evitando los beneficios que el mayor dinamismo de la competencia pueda reportar a los consumidores (en este caso, también el Estado).
69. Cabe precisar que, de una lectura detenida del Proyecto de Ley y su exposición de motivos, esta Secretaría Técnica, no ha podido observar que se hayan



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

evaluado otras medidas alternativas, así como tampoco se han señalado cuáles fueron los parámetros utilizados para definir los rangos de inhabilitación propuestos o si se ha observado evidencia empírica en otras jurisdicciones que permita sustentar una aplicación exitosa de la propuesta formulada.

70. Una medida como la propuesta básicamente podría generar que se excluya del mercado a un competidor, lo cual evidentemente podría tener un impacto significativo sobre el proceso competitivo –en este caso en particular– en aquellos mercados vinculados con la comercialización de productos o servicios requeridos en las contrataciones públicas, pues se reducirían el número de oferentes que podrían participar en dichos procesos y, con ello, los precios podrían incrementarse significativamente, perjudicando no solo a los consumidores sino también al Estado en su labor de administrar eficientemente los recursos de origen contributivo.

Con mayor razón, en mercados altamente concentrados, como –por ejemplo– el de comercialización de medicamentos de alta tecnología para el tratamiento de enfermedades crónicas, la aplicación de esta medida podría generar que se elimine a una parte sustancial o a todos los postores que participan en los procesos de selección convocados por el Estado, perjudicando gravemente a los pacientes.

71. Sin embargo, como se ha señalado previamente, esta Secretaría Técnica considera que es necesario que la autoridad de competencia pueda aplicar medidas eficientes que permitan garantizar el correcto funcionamiento del proceso competitivo, así como prevenir futuras restricciones o una eventual reincidencia por parte de los infractores. De hecho, recientemente, en el «caso Farmacias», además de imponer multas a las cinco empresas que participaron en la concertación de precios, la Comisión también ordenó como medida correctiva que las empresas sancionadas establezcan programas de cumplimiento¹⁵ (*compliance*) con la finalidad de evitar que reincidan en la comisión de prácticas anticompetitivas¹⁶.
72. En esa línea, esta Secretaría Técnica considera que deben explorarse y evaluarse, de manera complementaria o sustitutoria, otras medidas que podrían cumplir con la misma finalidad que persigue el Proyecto de Ley. Así, por ejemplo, podría evaluarse sanciones o medidas severas complementarias a la multa, tales como el retiro de funcionarios con poder de gestión o decisión en procesos de selección.
73. Concretamente, esta Secretaría Técnica considera factible estudiar la posibilidad de la incorporación de una inhabilitación temporal, no de la empresa, sino de las

¹⁵ El programa de cumplimiento ordenado por la Comisión involucra, esencialmente, dos áreas. En primer lugar, las empresas están obligadas a realizar capacitaciones en temas de libre competencia para todos los funcionarios que puedan tener alguna participación en la formación de precios o que puedan tener contacto con sus competidores. En segundo lugar, el programa de cumplimiento involucra el realizar un análisis de los riesgos de incumplimiento de la normativa de libre competencia a los cuales las empresas pueden verse sujetas, implementar mecanismos para resolver tales riesgos y mantener un monitoreo constante por un espacio de 3 años.

¹⁶ Resolución 078-2016/CLC del 12 de octubre de 2016, fundamento 843-846.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



personas que participaron de forma decisiva en la comisión de prácticas anticompetitivas, quienes podrían estar temporalmente prohibidas de ocupar un cargo que les permita dirigir o gestionar a cualquier empresa (estatal o privada) o una asociación gremial o profesional. Sin embargo, incluso para proponer una medida como esta es necesario realizar un análisis exhaustivo de las implicancias que podría generar su introducción en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

74. De manera preliminar, esta Secretaría Técnica considera que esta medida podría sustentarse en que, a pesar de que el agente económico resulta responsable por la comisión de una conducta anticompetitiva, son las personas naturales quienes tienen un papel determinante en el planeamiento y la materialización de una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, más aún si tales personas ocupan cargos que les permite decidir o ejercer control sobre la empresa.
75. Cabe precisar que, en otras jurisdicciones representativas en materia de aplicación de las normas de competencia, como el Reino Unido, se ha previsto la posibilidad de inhabilitar de forma temporal únicamente a los administradores o directores que participan o contribuyen con la comisión de una conducta anticompetitiva, evitando que vuelvan a ejercer, por un periodo determinado, un cargo de dirección en una empresa, así como participar, de forma directa o indirecta, en la promoción, formación o gestión de una empresa¹⁷.

Asimismo, recientemente en Chile, se ha incluido como una sanción penal la inhabilitación para ocupar el cargo de director o gerente de una empresa pública o del Estado, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional, a aquellas personas naturales que participaron en «cárteles duros»¹⁸, es decir, prácticas que nuestra Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sancionaría como prohibiciones absolutas.

76. Sin perjuicio de lo señalado, esta Secretaría Técnica, considera que podría evaluarse una medida como la propuesta en el Proyecto de Ley, pero siempre y cuando su aplicación sea de forma excepcional pues, como se ha señalado, podría restringir significativamente la competencia, disminuyendo el número de participantes en un mercado, en particular en mercados de por sí altamente concentrados.
77. Para efectos del análisis de la posibilidad de introducir medidas de inhabilitación, en primer lugar, deberá analizarse si el rango de inhabilitación propuesto por el Proyecto de Ley –desde 5 hasta 10 años– resulta razonable.

¹⁷ Al respecto, véase la Guía de Descalificación de Directores en casos de competencia, disponible en: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/324978/oft510.pdf

¹⁸ Al respecto, véase la Ley 20945, Ley que Perfecciona el Sistema de la Libre Competencia, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1094093&buscar=20945>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



78. Al respecto, debe observarse que, bajo el anterior Reglamento de Contrataciones del Estado¹⁹, se consideraba expresamente que el Tribunal de Contrataciones del Estado podía inhabilitar a un agente por su participación en prácticas anticompetitivas. Sin embargo, el Reglamento estableció para esta sanción un umbral mínimo de 1 año y, como tope máximo, 3 años. En cambio, el Proyecto de Ley, no solo ha establecido un umbral mínimo de 5 años, sino que se ha extendido el tope máximo de inhabilitación a 10 años, sin presentar justificación o sustento que respalde la razonabilidad de esta propuesta.
79. Otro aspecto que también debe evaluarse, desde una perspectiva de técnica legislativa de la fórmula normativa propuesta, es determinar si la «inhabilitación de proveedores para contratar con el Estado» debería ser considerada –como se propone– como una medida correctiva o, en cambio, debería ser considerada como una sanción adicional a las multas contempladas en el artículo 43 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
80. Al respecto, debe considerarse a modo de ejemplo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 del Código Penal, la inhabilitación temporal o definitiva constituyen sanciones autónomas o sustitutivas de una sanción de pena privativa de la libertad. Con ello, dicho cuerpo normativo reconocería el carácter punitivo y disuasivo de la inhabilitación, a diferencia de la calificación que se propone a través del Proyecto de Ley, y que también podría diferir de la finalidad de las medidas correctivas reconocidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
81. De hecho, cabe observar que, durante la vigencia del Reglamento de la anterior Ley de Contrataciones del Estado, la inhabilitación temporal de un proveedor por participar en la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia declaradas por el Indecopi (en el rango de 1 a 3 años), era considerada como una sanción por la comisión de una infracción expresamente tipificada y no como una medida correctiva, en los siguientes términos:

Artículo 237.- Infracciones y sanciones administrativas

1. Infracciones

Se impondrá **sanción administrativa** a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

h) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos, según lo establecido en el Reglamento.

2. Sanciones

En los casos que la Ley o este Reglamento lo señalen, el Tribunal impondrá a los proveedores, participantes, postores y contratistas las sanciones siguientes:

Los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los literales a), b), c), d), e), f), h), i), j) y k) del numeral 1) del artículo

¹⁹ Aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF. Actualmente este Reglamento se encuentra derogado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



51 de la Ley y en los literales a), b), c), d), e), f), h), i), j) y k) del numeral 1) del presente artículo, **serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años.**

[Énfasis agregado]

82. En tal sentido, si bien esta Secretaría Técnica se encuentran a favor de la introducción expresa de medidas que fortalezcan la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y, de esta manera, garanticen en mejor medida el desempeño de los mercados, resulta necesario que se evalúen los aspectos que se han señalado en el presente Informe y que, en ese sentido, se analicen exhaustivamente, otras medidas que también puedan cumplir con la misma finalidad y que podrían resultar complementarias o sustitutorias a la formula normativa propuesta a través del Proyecto de Ley.

3.2.3. Consideraciones finales

83. En relación con esta segunda propuesta contemplada en el Proyecto de Ley, esta Secretaría Técnica se encuentra a favor de la introducción de medidas que fortalezcan la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y, de esta manera, garanticen en mejor medida el desempeño de los mercados en beneficio de los consumidores.
84. Sin embargo, respecto a la propuesta del Proyecto de Ley 997/2016-CR de incluir como una medida correctiva la inhabilitación de proveedores para contratar con el Estado, es necesario que se evalúen aspectos esenciales, como si el rango de inhabilitación propuesto por el Proyecto de Ley –desde 5 hasta 10 años– resulta razonable. Asimismo, debe evaluarse si esta medida debería ser considerada – como se propone– como una medida correctiva o, en cambio, debería ser considerada como una sanción adicional a las multas contempladas en el artículo 43 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Además, es necesario que se analice evidencia empírica en otras jurisdicciones que permita sustentar y garantizar una aplicación exitosa de la propuesta formulada, así como determinar si este tipo de medidas podrían aplicarse ante cualquier infracción a las normas de libre competencia o deberían ser de aplicación excepcional a las conductas anticompetitivas consideradas especialmente graves²⁰.

85. Al respecto, esta Secretaría Técnica, considera factible estudiar como una medida complementaria o sustitutoria que también podría cumplir con la finalidad del problema identificado, la incorporación de una inhabilitación temporal, no de la empresa, sino de las personas que participaron de forma decisiva en la comisión de prácticas anticompetitivas, para que dejen de ocupar cargos que les permitan gestionar cualquier empresa o asociación gremial o profesional. Sin embargo, incluso para proponer una medida como esta es necesario realizar un análisis

²⁰ Al respecto, en Chile también se ha incluido como una medida que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede ordenar en su sentencia en los casos que se han sancionados por «cárteles duros», la prohibición a los infractores de contratar a cualquier título con órganos de la administración pública.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



exhaustivo de las implicancias que podría generar su introducción en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

IV. CONCLUSIONES

86. Por las razones expuestas, esta Secretaría Técnica ha llegado a las siguientes conclusiones:

- (i) El Proyecto de Ley tiene como finalidad adecuada el reforzar el marco normativo aplicable para la defensa de la libre competencia, para lo cual propone el incremento en los posibles topes aplicables a las multas que se impongan como consecuencia de una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, así como la introducción de medidas correctivas para inhabilitar para contratar con el Estado a los infractores, de manera temporal o definitiva.
- (ii) No obstante, resulta indispensable que las propuestas antes señaladas cuenten con un sustento adecuado y que, además, evalúen el impacto que puedan generar las medidas a introducirse, así como las posibles alternativas menos restrictivas que puedan cumplir con la finalidad perseguida.
- (iii) En relación con la primera propuesta, el Proyecto de Ley plantea establecer un umbral absoluto (un monto fijo en UIT) aplicable a las infracciones muy graves. Sin embargo, la Ley vigente no contempla dicho umbral absoluto, sujetando tales infracciones únicamente a un umbral relativo (es decir, un porcentaje de los ingresos brutos del agente infractor o su grupo económico). En tal sentido, la medida propuesta, contrariamente a su objetivo propuesto, podría disminuir la capacidad disuasiva de las multas que la Comisión podría aplicar, en particular, en mercado investigados donde los agentes reportan ingresos considerablemente superiores en relación con el umbral propuesto.
- (iv) En relación con el incremento en los topes relativos, si bien el Proyecto de Ley ha hecho referencia a las reglas vigentes en otras jurisdicciones, debe tenerse en cuenta que en ninguna de dichas jurisdicciones podrían aplicarse multas en base a los topes propuestos por el Proyecto de Ley. Multas con topes demasiado elevados podrían generar un efecto no deseado, consistente en la salida de los agentes económicos del mercado, en perjuicio de los consumidores que se verán enfrentados a mercados concentrados o con mayor escasez en la oferta.
- (v) Respecto a la segunda propuesta del Proyecto de Ley 997/2016-CR de incluir como una medida correctiva la inhabilitación de proveedores para contratar con el Estado, es necesario que se evalúen aspectos esenciales, como si el rango de inhabilitación propuesto por el Proyecto de Ley –desde 5 hasta 10 años– resulta razonable. Asimismo, debe evaluarse si esta medida debería ser considerada – como se propone– como una medida correctiva o, en cambio, debería ser considerada como una sanción adicional a las multas contempladas en el artículo 43 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Además, es necesario que se analice evidencia empírica en otras jurisdicciones que permita sustentar y garantizar una aplicación exitosa de la propuesta formulada, así como determinar si este tipo de medidas podría aplicarse ante



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



cualquier infracción a las normas de competencia o únicamente para las conductas anticompetitivas especialmente graves.

- (vi) En tal sentido, esta Secretaría Técnica, considera factible estudiar como una medida alternativa o complementaria a la propuesta en el Proyecto de Ley –que también podría cumplir con la finalidad del problema identificado–, la incorporación de una inhabilitación temporal, de las personas que participaron de forma decisiva en la comisión de prácticas anticompetitivas, para que dejen de ocupar cargos que les permitan gestionar cualquier empresa o asociación gremial o profesional. Sin embargo, incluso para proponer una medida como esta es necesario realizar un análisis exhaustivo de las implicancias que podría generar su introducción en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.


Jesús Eloy Espinoza Lozada

Secretario Técnico

Comisión de Defensa de la Libre Competencia