

**ESCUELA DE POSTGRADO SAN FRANCISCO XAVIER ESCUELA DE
NEGOCIOS SFX**



SFX

**ESCUELA DE POSTGRADO
ESCUELA DE NEGOCIOS**

TESIS

**ANALISIS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA Y SU APLICACIÓN EN
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES INICIADOS
CONTRA CÁRTELES DE NÚCLEO DURO EN EL PERÚ DEL PERIODO 2017-
2021**

AUTOR:

Presentada por la Bachiller:

Karen Lizeth Martínez Puma

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho de la Empresa

AREQUIPA-PERU

2021

DEDICATORIA

Este trabajo investigativo va dedicada a mi familia, quien día a día en estos últimos dos años me apoyaron de muchas formas. A mis padres por siempre creer en mí, a mi abuelo Juan Carlos y a mis hermanos Alexis, Samantha y Antonella, por ser la inspiración de mi vida, de mis logros y sueños.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por acompañarme en todo momento, a mi madre y a mis hermanos Alexis, Samantha y Antonella por siempre estar a mi lado y creer en mí.

INDICE

1	RESUMEN	6
2	ABSTRACT	7
3	INTRODUCCIÓN	8
4	INTERROGANTES DEL PROBLEMA	11
4.1	Interrogante general	11
4.2	Interrogantes específicas	11
5	DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	11
5.1	Campo, Área y Línea de Acción	11
6	JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	12
6.1	Teórica	12
6.2	Práctica	12
6.3	Metodológica	12
7	ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS	13
7.1	A Nivel Internacional	13
7.2	Nivel Nacional	14
8	HIPÓTESIS	15
8.1	Hipótesis general	15
8.2	Hipótesis Específicas	15
9	OBJETIVOS	16
9.1	Objetivo general	16
9.2	Objetivos específicos	16
10	CAPÍTULO I	17
10.1	MARCO TEÓRICO	17
10.1.1	Libre Competencia	17
10.1.2	La Libre Competencia en el Perú y la libertad de empresa	18
10.1.3	ACUERDOS COLUSORIOS DE PROHIBICIÓN ABSOLUTA O CÁRTELES DE NÚCLEO DURO EN EL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA	20
10.1.4	CÁRTELES DE NÚCLEO DURO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	22
11	Cárteles en la Antigua Ley de Competencia	23
11.1	Decreto Legislativo 701	23
11.2	Decreto Legislativo N° 807	24

11.3	Cárteles que funcionaron durante la Vigencia de la Antigua Ley de Competencia	26
12	Cárteles en la Actual Ley de Competencia	28
12.1	Decreto Legislativo N° 1034	28
13	ANTECEDENTES	42
13.1	PROGRAMAS DE CLEMENCIA	42
13.2	Requisitos esenciales para que un programa de clemencia sea eficaz	44
13.3	PROGRAMAS DE CLEMENCIA A NIVEL INTERNACIONAL.....	46
14	PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL PERÚ	61
14.1	Marco legal de los antecedentes del programa de clemencia.....	61
15	CAPÍTULO II	100
15.1	METODOLOGÍA.....	100
15.1.1	TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	100
15.1.2	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN	100
15.1.3	CAMPO DE VERIFICACIÓN	100
16	CAPÍTULO III	104
16.1	RESULTADOS	104
16.1.1	Casística del Programa de Clemencia del 2017 al 2021 en el Perú.	104
17	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	124
18	CONCLUSIONES	140
	PRIMERA	140
	SEGUNDA	140
	TERCERA.....	141
	CUARTA.....	141
	QUINTA.....	142
19	RECOMENDACIONES	143
	PRIMERA.....	143
	SEGUNDA	143
20	BIBLIOGRAFÍA	144
21	ANEXOS	155

1 RESUMEN

La presente investigación de tesis lleva por enunciado: ANALISIS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA Y LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES INICIADOS CONTRA CÁRTELES DE NÚCLEO DURO EN EL PERÚ DEL PERIODO 2017-2021.

En este trabajo, se analiza y verifica la aplicación del Programa de Clemencia por parte de la Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en contra de procedimientos administrativos sancionadores iniciados en contra de cárteles de núcleo duro durante el período 2017 al 2021.

La metodología aplicada es de tipo documental. El nivel es exploratorio, descriptivo, y explicativo; la técnica para la recolección de datos que se utilizó fue el Análisis de contenido. La investigación se realizó en el Perú, con las resoluciones de primera y segunda instancia emitidas por INDECOPI sobre procedimientos administrativos sancionadores iniciados a partir del año 2017 hasta noviembre de 2021. El universo está constituido por 35 resoluciones de primera y segunda instancia emitidas por INDECOPI del año 2017 al 2021 en procedimientos administrativos sancionadores de libre competencia contra cárteles de núcleo duro que se encuentran en la página institucional del INDECOPI.

Finalmente se determinó que en el Perú se aplicó el Programa de Clemencia en tres de los seis procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra cárteles de núcleo duro del período 2017 al 2021, lo que permite establecer que el programa de clemencia se viene aplicando en el Perú, con lo se comprobó la hipótesis.

Palabras clave:

Programa de Clemencia, procedimientos administrativos sancionadores.

2 ABSTRACT

This thesis research is stated as follows: ANALYSIS OF THE LENIENCY PROGRAM AND THE APPLICATION OF THE PROGRAM IN SANCTIONING ADMINISTRATIVE PROCEDURES INITIATED AGAINST HARD-CORE CARTELS IN PERU IN THE PERIOD 2017-2021.

In this work, the application of the Leniency Program by the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property (INDECOPI) against sanctioning administrative procedures initiated against hard-core cartels is analyzed and verified. during the period 2017 to 2021.

The methodology applied in the type is documentary, the level is exploratory, descriptive, and explanatory, the technique for data collection that was used was Content Analysis. The investigation was carried out in the country of Peru, with the resolutions of first and second instance issued by INDECOPI on sanctioning administrative procedures initiated from the year 2017 to November 2021. The universe is made up of 35 resolutions of first and second instance issued by INDECOPI from 2017 to 2021 in sanctioning administrative procedures of free competition against hard-core cartels found on the INDECOPI institutional page.

Finally, it was determined that the Leniency Program was applied in Peru in three of the six sanctioning administrative procedures initiated against hard-core cartels from the period 2017 to 2021, which allows establishing that the leniency program has been applied in Peru, with the hypothesis was verified.

Keywords:

Clemency Program, sanctioning administrative procedures.

3 INTRODUCCIÓN

Señores miembros del Jurado:

Presento a ustedes el trabajo de investigación titulado: ANALISIS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA Y LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES INICIADOS CONTRA CÁRTELES DE NÚCLEO DURO EN EL PERÚ DEL PERIODO 2017-2021

El propósito de esta investigación es analizar el estado actual del programa de clemencia, establecer los cárteles presentes en el mercado peruano y determinar en cuántos procedimientos administrativos sancionadores iniciados desde el año 2017 fecha desde la cual la agencia de competencia implementó el programa de clemencia peruano. Para ello se examinará doctrina sobre libre competencia, legislación nacional e internacional, así como resoluciones de la agencia de libre competencia peruana.

En el Perú desde el año 1993, los agentes económicos desarrollan sus actividades dentro de una economía social de mercado conforme lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, el cual dispone que “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.”

Para lograr cumplir su propio mandato de proteger y promover la libre competencia, el Estado creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI que en sus veinticinco años de creación como agencia de competencia ha descubierto alrededor de cuarenta cárteles de núcleo duro que venían funcionando en el mercado peruano.

Entre los cárteles sancionados más importantes encontramos aquellos que fijaban el precio del pollo, medicamentos, precio de los pasajes, precio del gas licuado de petróleo, precio del gas, precio del papel higiénico, cárteles para concertar posturas en licitaciones del sector salud y construcción que han afectado gravemente la competencia, la economía de los consumidores e incluso comprometido el erario nacional por pérdidas millonarias en los cárteles que establecían precios y posturas en licitaciones.

Por ello, el Decreto Legislativo 1034 en el numeral 2 del artículo 11 prohibió las cuatro prácticas colusorias horizontales propias de los cárteles duros e introdujo sanciones para desincentivar su formación o eliminar a los cárteles ya existentes. No obstante, al igual que en el resto de países de Latinoamérica, INDECOPI como agencia de libre competencia ha

tenido múltiples problemas para poder descubrir y obtener pruebas para sancionar a los cárteles que vienen funcionando de manera clandestinamente en nuestro mercado.

Por ello, con el objeto de poder investigar, erradicar y sancionar a los agentes económicos participantes de cárteles de núcleo duro el legislador peruano a través de la Ley de Represión de Libre Competencia-Decreto Legislativo N° 1034 y su modificatoria Decreto Legislativo N° 1205 introdujo a través del artículo 26 introdujo de manera formal una herramienta de detección de cárteles reactiva de beneficios por colaboración a la legislación de libre competencia del Perú con la finalidad de que los agentes económicos que participaran en prácticas colusorias pudieran obtener la exoneración de la sanción o reducción de la multa si decidían colaborar con la agencia de libre competencia.

Posteriormente, en el año 2017 Indecopi publicó la Guía del Programa de Clemencia, para dotar de mayor seguridad jurídica a integrantes de cárteles de núcleo duro que decidieran solicitar beneficios por colaboración, estableciendo la forma como se establecería el procedimiento para los solicitantes de los beneficios del programa de aplicación exclusiva para cárteles de prohibición absoluta o cárteles de núcleo duro.

Desde que el programa de clemencia fue introducido en la legislación peruana hasta la fecha no existen trabajos de investigación que evalúen la forma como ha venido funcionando en la realidad para detectar y sancionar a los cárteles presentes en el mercado peruano o en que cárteles ha sido aplicado el programa desde su implementación en el año 2017. A nivel nacional, luego de la consulta de materiales y documentos relacionados al Derecho de la Competencia únicamente hemos encontrado un documento publicado en el año 2018 por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi relacionado al cártel de papel higiénico de la empresa empresas Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. (Protisa) o cártel del papel higiénico denominado Documento de Trabajo N° 03-2018/GEE “Ahorro potencial de los consumidores por la Desarticulación del cártel de papel higiénico en el marco del programa de clemencia”, el cual tuvo origen en la primera solicitud de Clemencia que se realizó en el país en el año 2012 antes de la implementación del nuevo programa de clemencia nacional.

Sin embargo, luego de la publicación de la Guía del Programa de Clemencia y de la publicación del Documento de Trabajo Nro. 03-2018/GEE a nivel nacional no se conoce de ningún estudio específico en el cual se establezca el estado actual de programa de clemencia o cuántos procedimientos administrativos sancionadores se otorgó beneficios gracias al

programa, la forma como ésta herramienta legal ha venido funcionando en los procedimientos administrativos o si el mismo produjo resultados positivos para descubrir y sancionar a los agentes económicos participantes de conductas anticompetitivas horizontales de prohibición absoluta.

Al no encontrar ningún estudio a nivel local ni nacional que haya desarrollado el número de cárteles de núcleo duro descubiertos en los cuales se aplicó los beneficios del programa de clemencia desde que se implementó el programa en el año 2017 es que decidimos elegir como tema de investigación el “Análisis del programa de clemencia y la aplicación del programa en procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra cárteles de núcleo duro en el Perú del periodo 2017-2021”.

4 INTERROGANTES DEL PROBLEMA

4.1 Interrogante general

¿Se aplicó el programa de clemencia en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra cárteles de núcleo duro del año 2017 al 2021?

4.2 Interrogantes específicas

- a) ¿Qué se entiende por cártel de núcleo duro en el Perú?
- b) ¿Cuáles son los antecedentes del programa de clemencia peruano?
- c) ¿Cuál es el marco normativo del programa de clemencia peruano?
- d) ¿En cuántos procedimientos administrativos sancionadores la Comisión de Defensa de Libre Competencia le aplicó el programa de clemencia del año 2017 al 2021 en primera instancia?
- e) ¿En cuántos procedimientos administrativos sancionadores el Tribunal de Defensa de Libre Competencia aplicó el programa de clemencia del año 2017 al 2021 en segunda instancia?
- f) ¿Cumple el programa de clemencia peruano cumple con las buenas prácticas establecidas por la Red Internacional de Competencia?
- g) ¿Qué cambios se pueden implementar para el correcto funcionamiento del programa de clemencia peruano?

5 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

5.1 Campo, Área y Línea de Acción

- a. Campo : Derecho
- b. Área : Derecho de la Empresa
- c. Línea : Derecho de la Competencia

6 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

6.1 Teórica

Es importante mencionar que a nivel nacional no existe un estudio con información actual del marco regulatorio actual del programa de clemencia y cárteles de núcleo duro. Por otra parte, tampoco existe otra investigación que establezca en que procedimientos administrativos sancionadores INDECOPI aplicó el programa desde que este fue implementado. Por lo tanto, esta investigación encuentra su justificación en la utilidad de la información que se obtendrá, la misma que permitirá incrementar la producción intelectual y doctrinal sobre un tema poco investigado a nivel nacional como lo es el programa de clemencia en la lucha contra los cárteles de núcleo duro ya existentes en el mercado peruano y la forma como se ha venido aplicando el programa de clemencia.

6.2 Práctica

El resultado de la presente investigación permitirá conocer a los abogados y agentes económicos que cárteles han venido funcionando en el mercado peruano y la forma como la agencia de competencia peruana ha venido aplicando el programa de clemencia en el Perú para sancionar a cárteles de núcleo duro.

De la misma forma, el trabajo permitirá que el interesado pueda acudir directamente a las fuentes de las resoluciones contenidas en la presente investigación para aplicarlas en sus propias investigaciones o en sus propios casos relacionados a defensa de la competencia.

De esta manera se podrá incentivar a que más agentes económicos utilicen este programa para poder beneficiarse antes de ser detectados por la autoridad de competencia.

6.3 Metodológica

Para llevar a cabo esta investigación se elaborarán tablas y cuadros de elaboración propia, con información inédita, que será debidamente validado por lo que podrá ser utilizado por cualquier investigador que se interese en el tema, constituyendo un verdadero aporte desde esta perspectiva.

7 ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

7.1 A Nivel Internacional

Borrel, J., Jiménez, J. y Ordoñez, J. (2014) realizaron la investigación “Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de Clemencia”, para ello buscaron describir la difusión, evolución y efectos del programa de clemencia en el mundo durante los últimos veinte años.

Concluyendo, luego de un análisis descriptivo que la efectividad de las políticas de competencia de los países mejora con la introducción de los programas de clemencia. Específicamente en la Unión Europea, durante los últimos diez años que analizó dicho estudio de 100 cárteles investigados y sancionados, 47 de ellos fueron descubiertos por solicitudes que se hicieron al programa de clemencia. Mientras que en España del período del 2008 a 2013, de los 100 cárteles investigados, 20 fueron descubiertos por infractores que aplicaron al programa de clemencia (Borrel et. al, p.35).

Borrel, J., García, C; Jiménez, J. y Ordoñez, J. (2019) realizaron la investigación “Una revisión de 25 años de aplicación de los programas de clemencia en política de competencia en el mundo”, para ello buscaron describir efectividad del programa de clemencia en el mundo durante los últimos veinticinco años.

La investigación señala que los programas de clemencia son la herramienta más efectiva de las autoridades de competencia a nivel mundial para luchar contra los cárteles entre competidores y han sido adoptadas por el resto de países luego del éxito obtenido en Estados Unidos y en la Unión Europea.

Los investigadores de igual modo concluyeron que el programa de clemencia en la Unión Europea, se convirtió en la primera herramienta para disuadir a la no formación de cárteles y para detectar y sancionar a los cárteles que funcionaban de modo clandestino. Para ellos los programas de “clemencia han tenido un claro efecto de desestabilización de los cárteles, que estos duran menos tiempo y que los miembros de cárteles que solicitan los programas de clemencia no han conseguido aumentar de manera significativa sus ingresos o beneficios durante el período de cartelización”.

En el trabajo se observa que, en la Unión Europea, desde el año 1998 al 2015 el programa fue utilizado en el 95% de los casos sancionados de cárteles entre competidores. Ya que concluyen que, de 89 casos, en 60 tramitados por la Unión Europea se aplicó el programa de clemencia y en España fueron 15 (Borrel et. al, 2019, 64).

7.2 Nivel Nacional

Lalopu Balarezo, J. (2019), realizó la investigación de enfoque cualitativo “El programa de clemencia y las prácticas colusorias horizontales en el Perú, 2017. Para para obtener el título profesional de abogado en la Universidad César Vallejo.

Concluyendo que el programa de clemencia en el Perú no reduce las prácticas colusorias horizontales y de que resulta necesario incorporar “nuevos mecanismos, lineamientos idóneos y eficaces para combatir a los cárteles empresariales que realizan prácticas colusorias horizontales” (Lalopu, 2019, p.101).

De modo similar, señala en su trabajo de investigación que los beneficios otorgados por el programa de clemencia no son atractivos para los agentes económicos y que las medidas correctivas del programa de clemencia son insuficientes.

Guillén Lazo, A. (2019), realizó el estudio “El Programa de Clemencia en el Perú: propuestas para una implementación efectiva”, para obtener el título profesional de abogada en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La investigadora buscó analizar el diseño del Programa de Clemencia, concluyendo que para diseñar un programa de clemencia exitoso debe evaluarse las razones, los aspectos emocionales y sesgos cognitivos que llevan a los agentes económicos a formar parte de un cártel. Para lo cual concluye es necesario analizar las particularidades de una empresa, sus trabajadores y cual sería incentivos que tendrían para delatar su conducta (p.303).

Piña Mayuri, L. E. (2020) Este estudio tuvo como objetivo responder a la hipótesis de una relación causal entre los programas de clemencia y la complicidad y evaluar su efectividad en el Perú. Para ello, se revisan diversas literaturas económicas teóricas y empíricas. Más específicamente, se enfoca en el hecho de que la efectividad de estos programas resulta de su efecto disuasorio y desestabilizador sobre la colusión, como lo atestigua la historia de los Estados Unidos, los Estados Unidos y Europa. En cambio, este a su vez, tiene el efecto contraproducente de fomentar la formalización de los cárteles. Como resultado, los resultados pueden ser poco claros y confusos. Aun así, el programa de clemencia se considera efectivo y necesario para combatir los cárteles, sin embargo, complementará otras

herramientas de cumplimiento. Nuevamente, entre otras medidas, se requiere legislación basada en normas que hagan transparente y creíble el esquema (Piña, 2020).

8 HIPÓTESIS

8.1 Hipótesis general

Dado que el programa de clemencia fue implementado en el año 2017; es probable que Indecopi venga aplicando el programa eficazmente en procedimientos iniciados en contra de cárteles de núcleo duro

8.2 Hipótesis Específicas

H1 Es probable que Indecopi Si venga aplicando eficazmente el programa en procedimientos iniciados en contra de cárteles de núcleo duro.

HO Es probable que Indecopi No venga aplicando eficazmente el programa en procedimientos iniciados en contra de cárteles de núcleo duro.

9 OBJETIVOS

9.1 Objetivo general

Determinar la aplicación eficaz de los programas de clemencia en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra cárteles de núcleo duro.

9.2 Objetivos específicos

- a) Cuál es la naturaleza y regulación de los programas de clemencia.
- b) Establecer que se entiende por cártel de núcleo duro.
- c) Establecer como se han llevado a cabo los procedimientos administrativos sancionadores contra cárteles de núcleo duro.
- d) Establecer cuáles son las limitaciones en la normatividad del programa de clemencia peruana.

10 CAPÍTULO I

10.1 MARCO TEÓRICO

10.1.1 Libre Competencia

En la actualidad gracias a la globalización la mayoría de países tienen regulaciones diseñadas para garantizar el libre acceso de los agentes económicos a su mercado, para poder lograr desarrollo económico y eficiencia en la asignación de sus recursos.

En cuanto al concepto de mercado, debemos entenderlo como el área o lugar donde se enfrentan los agentes económicos ofreciendo sus productos y servicios. Según la OCDE el mercado es el área donde dos o más agentes económicos rivalizan o el espacio donde se realizarán las transacciones potenciales o reales entre compradores y vendedores (UNCTAD, 2004, p.35).

La política tradicional de competencia basada en precios para determinar el daño a los consumidores (principio de la Escuela de Chicago) ya no es suficiente en áreas dinámicas como en las nuevas empresas de Internet, innovando nuevas regulaciones de competencia (UNCTAD, 2020).

La libre competencia, debemos entenderla como la disputa, la contienda, el enfrentamiento entre agentes económicos que se producirá en el mercado para obtener la preferencia de los consumidores. Como resultado de la rivalidad entre empresarios se generarán diversos efectos positivos como la eficiente asignación de recursos entre los consumidores, las empresas conseguirán la preferencia de los consumidores y ganancias económicas, el mercado se regulará sólo y no se necesitará la intervención del Estado.

Sin embargo, el concepto de libre competencia sólo puede entenderse en un mercado de competencia perfecta en el que existen productos homogéneos o de similares características, existe un gran número de compradores y vendedores, existe simetría de la información del producto, los vendedores pueden entrar a competir de manera libre al mercado y decidir en qué momento retirarse; y el precio es establecido por la oferta y la demanda.

Sin embargo, en la realidad no existen mercados donde exista competencia perfecta. Por lo que, si un país quiere lograr mejorar y desarrollar la economía de su país resulta necesario que se establezcan políticas de competencia efectivas que garanticen la libre competencia entre agentes económicos.

Para la OCDE, una política de competencia es un proceso que busca fomentar mercados competitivos e innovación para lo cual los gobiernos buscarán establecer un ambiente donde se garantice la competencia entre agentes económicos prohibiendo aquellas prácticas de los agentes económicos que restrinjan la competencia (2011, p.18).

Mientras la UNCTAD establece que la política de competencia es un instrumento que comprende iniciativas gubernamentales dirigidas a facilitar la rivalidad empresarial efectiva y asegurar el crecimiento de los mercados (2004, p.3).

La política de competencia a su vez deberá incluir legislación de competencia que promueva la libre participación de los agentes económicos en el mercado y sancione drásticamente las conductas que busquen limitar o eliminar la libre competencia como las conductas anticompetitivas entre agentes económicos o el abuso de posición de dominio.

10.1.2 La Libre Competencia en el Perú y la libertad de empresa

El régimen económico del Perú consagrado en el Título III de la Constitución es la de una economía social de mercado donde se promueve la inversión privada y donde el Estado solamente puede intervenir de manera subsidiaria como está establecido en el artículo 58 y siguientes. En dicho cuerpo legal, también se reconoce como derechos fundamentales de los agentes económicos a la libertad de empresa y la libertad de trabajo, donde el Estado se convertirá en el encargado de facilitar y vigilar la libre competencia entre los agentes económicos.

En nuestra opinión, la libre competencia es una garantía que brinda el Estado a los agentes económicos para que puedan ingresar al mercado peruano a participar en el proceso competitivo. Estos agentes económicos concurrirán al mercado para enfrentarse a otros agentes económicos ofertando sus productos y servicios a mejores precios, calidades u otras condiciones con la finalidad de ganar la preferencia de los consumidores y lograr una correcta asignación de recursos en el Perú. Encontrándose los agentes económicos limitados únicamente por la oferta y la demanda; y la legislación de competencia peruana.

Es necesario entender que en el Perú, la libertad de empresa y la libre competencia son conceptos muy ligados, ya que el derecho de libertad de empresa como derecho fundamental permite a los agentes económicos acceder libremente al mercado y participar en la vida económica de la Nación como quedó establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente Nro. 3116-2009-PA/TC (2009, p.2), mientras que la libre competencia es la garantía que tienen los agentes económicos para poder enfrentarse en el mercado peruano.

Respecto al contenido esencial de la libre competencia, debemos mencionar que el Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 3315-2004-AA/TC ha señalado que este comprende:

- a) Que el agente económico pueda acceder al mercado de manera libre, por decisión propia sin que el Estado u otro agente económicos pueda limitar su ingreso al mercado.
- b) Una vez que el agente económico acceda de manera libre al mercado debe poder decidir independiente cómo actuar en el mercado y siempre rigiéndose por la ley de la oferta y la demanda. No obstante, el derecho a la libertad de empresa no puede ni debe ser entendido como un derecho ilimitado por lo que el derecho de la competencia nacional se encargará de promover y garantizar que los agentes económicos puedan ingresar al mercado a competir de manera libre y reprimirá las conductas de los agentes económicos que atenten contra la libre competencia (2004, p.11).

Ahora pues, para poder cumplir con la obligación de combatir actos contrarios a la libre competencia el Estado se ha visto en la necesidad de crear y aplicar legislación de libre competencia comprendida actualmente en los Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Ley 26876 y la Ley Nro. 31112. Estas normas son mecanismos legales que fueron establecidos por el Estado para que el mercado funcione correctamente frente a conductas que amenacen la libre competencia (Quintana, 2011, p.21).

De la misma manera, el Estado ha delegado la tarea de vigilar el mercado y castigar las conductas contrarias a la libre competencia desde 1992 a un organismo público denominado Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, quien tiene a su cargo vigilar, fiscalizar y sancionar las siguientes conductas:

- ❖ El control del abuso de posición de dominio de los agentes económicos presentes en el mercado para restringir, impedir o falsear la competencia regulado por el artículo 10 del D.L.1034.
- ❖ El control de las prácticas colusorias horizontales de prohibición relativa y absoluta reguladas por el artículo 11 del D.L.1034.
- ❖ El control de las prácticas colusorias verticales relativos reguladas por el artículo 12 del D.L.1034.
- ❖ El control previo de concentraciones empresariales regulado por la Ley Nro. 31112 y su reglamento vigente desde el 15 de junio de 2021.
- ❖ El control previo de concentraciones empresariales horizontales y verticales el sector eléctrico regulado por la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico aplicable a los procedimientos tramitados antes de la vigencia de la Ley Nro. 31112.

10.1.3 ACUERDOS COLUSORIOS DE PROHIBICIÓN ABSOLUTA O

CÁRTELES DE NÚCLEO DURO EN EL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA

Como vimos en el capítulo anterior la libre competencia garantiza a los agentes económicos el derecho a ingresar al mercado a competir con los otros agentes económicos al mercado y decidir cómo comportarse en el mercado.

Pero qué sucede con el proceso competitivo cuando los agentes económicos deciden no rivalizar en el mercado para volverse amigos, compañeros y colaboradores para eliminar el proceso competitivo. Cuando además los agentes económicos deciden regular sus precios y condiciones de contratación de manera conjunta para obtener beneficios económicos a costa de los consumidores que se convierten en sus enemigos y burlarse de las normas de derecho de la competencia establecidas por el Estado. Entonces, podemos afirmar que los agentes económicos se han unido para formar un cártel en perjuicio de la libre competencia.

Los cárteles de núcleo duro son acuerdos ilícitos entre competidores que se encuentran en la misma cadena de producción, que en circunstancias normales serían rivales y competirían para obtener la preferencia de los consumidores en el mercado. Pero que luego de haber llegado a un acuerdo previo y clandestino entre competidores, legalmente no permitido por las leyes de competencia, aparentan que se encuentran compitiendo artificialmente en el

mercado. Cuando en realidad actúan de manera coordinada con la finalidad de obtener mayores beneficios económicos como integrantes de un cártel.

Como afirma la OCDE un “cártel de núcleo duro” es un acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva, o acuerdo anticompetitivo entre competidores que busca fijar precios, hacer ofertas amañadas (licitaciones colusorias), establecer restricciones o cuotas de producción, o compartir o dividir mercados mediante la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio; (1998, p. 2).

Mientras que en el Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General se sostiene que los cárteles de núcleo duro son aquellos comportamientos coordinados entre firmas que de no mediar acuerdo serían competidoras y que son intrínsecamente nocivos porque fijan precios, restringen la producción, se divide el mercado, existe adjudicación de clientes y donde los agentes económicos participan cometiendo fraude en las licitaciones con la finalidad de eliminar o reducir la competencia (OEA, 2002, p.91).

En consecuencia, en esta clase de acuerdos los únicos beneficiarios son aquellos agentes económicos integrantes del cártel que obtienen ganancias económicas superiores a las que normalmente deberían obtener, eliminando el riesgo que generaría la normal competencia entre ellos mientras que los efectos negativos son asumidos por los consumidores que ven afectada su economía y sus condiciones de vida al verse obligados a pagar sobrepagos por bienes o servicios. Lo mismo ocurre con el mercado que se ve afectado la asignación de recursos se vuelve ineficiente y la libre competencia desaparece.

Para la OCDE (2010, p.21), los cárteles generan los siguientes perjuicios:

- ❖ Los cárteles de núcleo duro causan daño, elevando los precios y creando escasez artificial;
- ❖ La naturaleza del daño a los compradores: los bienes y servicios se vuelven completamente inaccesibles para algunos e innecesariamente caros para otros;
- ❖ La naturaleza del daño a los mercados nacionales e internacionales: creando desperdicio e ineficiencia, ralentizando el crecimiento económico y el logro de otros objetivos sociales amplios, y distorsionando el comercio mundial.

Los comportamientos desplegados por los cárteles de núcleo duro son comportamientos que de acuerdo al Derecho de la Competencia son reprochables, por la ineficiencia económica y los perjuicios que conlleva para los consumidores. Por lo que, en algunos países son

sancionados administrativamente con multas y en otros severamente con penas privativas de la libertad.

Con base en el Reporte de los Cárteles de núcleo duro, la presencia de cárteles en los mercados es más frecuentes de lo que se piensa y generan millones de dólares en ganancias por cobros excesivos que se realizan a los consumidores individuales y compradores comerciales. Por ejemplo, el cártel mundial de ácido cítrico aumentó los precios hasta en un 30% y recaudó sobrecargos estimados en casi \$1.500 millones de dólares y el cártel global elevó el precio de los electrodos de grafito por cinco años en un 50% en varios mercados obteniendo ganancias en ventas a nivel mundial estimadas en \$7 mil millones de dólares (OCDE, 2000, p.5).

Por otra parte, en el informe “Perjuicios causados por los cárteles y aplicación de sanciones eficaces”, se sostiene que los perjuicios causados por los cárteles son difíciles de medir, pero en una encuesta realizada por el Comité de Legislación y Política de Competencia de la OCDE realizada entre sus miembros determinó que del año 1996 al 2000, de 119 casos de cárteles procesados, sólo 16 de ellos controlaban un volumen de transacciones comerciales superiores a 55.000 millones de dólares en el mundo entero. En este mismo sentido, en dicho informe se precisó que, si bien el beneficio obtenido en cada cártel era variable, en algunos casos era superior al 50%, por lo que anualmente los cárteles generaban ganancias de miles de millones de dólares (OCDE, 2002, p.3).

Para concluir podemos señalar que los cárteles de núcleo duro son uno de los problemas más graves con los que han tenido que lidiar durante décadas las agencias de competencia a nivel mundial por la dificultad que representa su detección y por los efectos dañinos que producen en la economía y a los consumidores.

De acuerdo a la OCDE, se excluyen de los cárteles de núcleo duro a los acuerdos, prácticas concertadas o arreglos; i) que están razonablemente relacionados con la realización legal de eficiencias de reducción de costos o mejora de la producción ii) están excluidos Cárteles de núcleo duro directa o indirectamente de la cobertura de las leyes propias de un país Miembro iii) están autorizados de conformidad con dichas leyes (1998, p. 2-3).

10.1.4 CÁRTELES DE NÚCLEO DURO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En el Perú Indecopi estableció una política de competencia en contra de los cárteles de núcleo duro desde el año 1992, reprimiendo los acuerdos entre agentes económicos que

participan en la misma cadena de producción o comercialización para dejar de competir y que tienen como finalidad eliminar la libre competencia para obtener beneficios económicos distintos o superiores a los que obtendrían de participar en un mercado en el cual la competencia no ha sido distorsionada por el acuerdo de los agentes económicos.

Por ello, a lo largo de la expedición del Decreto Legislativo 701 y del Decreto Legislativo 1034 se intentó garantizar que los agentes económicos participen en el mercado en libre competencia, prohibiendo las cuatro conductas que internacionalmente se encuentran clasificadas como prohibidas por el daño que producen en la libre competencia como son la fijación de precios, limitación de la producción, el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas y los cárteles para cometer fraude en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública.

Sin embargo, la forma como se sancionó a los cárteles no fue homogénea y tampoco las herramientas de detección para poder descubrir y sancionar a los cárteles presentes en el mercado peruano como podremos ver a continuación:

11 Cárteles en la Antigua Ley de Competencia

11.1 Decreto Legislativo 701

La legislación en materia de libre competencia peruana tuvo sus orígenes en el Decreto Legislativo 701, vigente desde el 5 de noviembre de 1991 al 24 de junio de 2008, que dispuso la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

Durante la vigencia del artículo 6 del texto original de la Antigua Ley, no se contempló en apartado especial las conductas propias de los cárteles de núcleo duro y tampoco se les sancionó con prohibición absoluta.

Pero se estableció que se encontraban prohibidas las prácticas anticompetitivas hoy clasificadas como cárteles de núcleo duro en los incisos “a”, “b” y “c” de la norma, que prohibía la concertación injustificada de precios u otras condiciones de comercialización; el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento y el reparto de las cuotas de producción que podían encontrarse en acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas que realizaran las empresas en contra de la libre competencia.

La Antigua Ley de Competencia permitía imponer sanciones contra las personas naturales y jurídicas que hubiesen realizado las anteriores conductas anticompetitivas por montos que no podían superar las cincuenta Unidades Impositivas Tributarias y excepcionalmente las multas podían ser duplicada en casos reincidencia.

Durante el período de vigencia de la Antigua Ley de Competencia, la persecución y detección de las conductas anticompetitivas ya mencionadas estuvo basado en un sistema represivo de conductas y se utilizó una herramienta de detección proactiva que consistía en las inspecciones e investigaciones que realizaba la Secretaría Técnica de la Comisión a las empresas investigadas para obtener elementos probatorios e información.

Adicionalmente, la agencia de competencia peruana utilizaba una herramienta reactiva de detección de cárteles que consistía en la denuncia que podían realizar los otros competidores afectados que no participaban del cártel o de los consumidores.

11.2 Decreto Legislativo N° 807

El 18 de abril de 1996, el artículo 6 del D.L. 701 sufrió modificaciones en el contenido de conductas prohibidas pertenecientes a los cárteles de núcleo duro. Para empezar, se modificó la redacción del inciso “a” de la prohibición de fijación de precios y condiciones comerciales, se conservaron los incisos “b” y “c” que prohibían el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento y el reparto de las cuotas de producción.

Finalmente, se introdujo el inciso “i” que contemplaba la prohibición de formar cárteles entre competidores para cometer fraude en licitaciones, concursos, remates o subastas públicas. Prohibición que previamente no se encontraba contemplada en la Antigua Ley de Competencia original.

Artículo 6.-

- a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
- c) El reparto de las cuotas de producción;
- (...)

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

Aunque el D.L. 807 no estableció de forma concreta una prohibición absoluta para sancionar a los cárteles de núcleo duro Indecopi asumió dos criterios.

El primer criterio fue el de instituir en 1997, la ilegalidad per se en contra de los cárteles formados por competidores luego de la expedición de la Resolución Nro. 276-97-TDC-INDECOPI en el cártel del pollo pero sin considerar la regla para aquellos acuerdos accesorios o complementarios de otros acuerdos lícitos, como los acuerdos de integración o asociación cuya finalidad fuese la obtener más eficiencia de la actividad productiva en cuyo caso debería analizarse la racionalidad de los acuerdos y de sus efectos antes de sancionarlos como se estableció en la Resolución Nro. 206-97-TDC-INDECOPI de la denuncia interpuesta por la empresa de transportes Civa en contra de la Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.

En 2003 mediante Resolución Nro. 224-2003-TDC-INDECOPI en el cártel formado por la Asociación Peruana de Seguros dimitió del criterio antes establecido e instauró la necesidad de la evaluación de los efectos de las conductas antes señaladas en el perjuicio del interés económico general (INDECOPI, 2013,193).

De igual modo, se modificó el artículo 23 de la Antigua Ley para elevar los montos de las multas por infracciones graves cometidas por personas naturales y jurídicas que realizaran las conductas prohibidas propias de un cártel que podían ser superiores a las mil Unidades Impositivas Tributarias siempre que no se superasen el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el agente económico infractor en el ejercicio anterior a la resolución de la Comisión en caso de infracciones muy graves.

Se introdujo la facultad de imponer multas de hasta cien Unidades Impositivas Tributarias para los representantes legales o personas que integraran órganos directivos de las empresas si tuvieron responsabilidad en que sus representadas participaran en las conductas anticompetitivas antes mencionadas. Las mismas que podían ser duplicadas en casos de reincidencia.

Durante el período de vigencia de la Antigua Ley de Competencia y su modificatoria la agencia de libre competencia añadió una herramienta de detección reactiva de beneficios por

colaboración o clemencia que consistió en la exoneración de responsabilidad del infractor que colaborará conforme lo dispuesto en el último párrafo del artículo 20.

Es importante mencionar que durante la vigencia de esta norma administrativa también se encontraba vigente el “*delito de abuso de poder económico*”, contenido en el artículo 232 del Código Penal que sancionaba a las personas partícipes de prácticas y acuerdos restrictivos que atentaran contra la libre competencia con una pena privativa de libertad de dos a seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación.

11.3 Cárteles que funcionaron durante la Vigencia de la Antigua Ley de Competencia

Entre los principales cárteles nacionales que funcionaron en el mercado peruano durante la vigencia del D.L.701 se encontraban los cárteles para para incrementar el precio del pan, incremento del precio de pasajes locales e interprovinciales, el fraude en licitaciones públicas relacionadas a construcciones de carreteras. Comportamientos que también eran un problema en otros países vecinos pero que en un país como el nuestro generaban perjuicios millonarios en el erario nacional y en los consumidores peruanos.

Como refiere Quintana en su trabajo “Una mirada descentralizada al enjuiciamiento de cárteles en el Perú”, del año 1993 al 2009 la agencia de competencia peruana resolvió nueve casos de cárteles. De 1993 al 1999 resolvió seis en los cuales sólo impuso multas en tres casos y entre el 2000 al 2009, se declaró fundados tres casos de prácticas colusorias de competidores sancionándose con multas a los tres cárteles. (2015, p.280)

Resolución	CONDUCTA DE LOS CÁRTELES SANCIONADOS DEL PERIODO 1993 al 2008	SANCIÓN
Resolución Nro. 029-94-INDECOPI/CLC	Recomendación de precios de pan en Arequipa.	Sin multa
Resolución Nro. 050-96-INDECOPI/CLC	Concertación de precios de transporte en Puno.	Sin multa

Resolución Nro. 024-97-INDECOPI/CLC	Acuerdo de precios del pan en Yungay.	Sin multa
Resolución Nro. 003-99-INDECOPI/CLC	Concertación de postores en un concurso público para el asfaltado de una avenida en Huancayo.	Multa
Resolución Nro. 016-95-INDECOPI/CLC REVOCADA	Concertación de precios de transporte en Lambayeque.	Multa
Resolución Nro. 068-96-INDECOPI/CLC	Fijación de sueldos mínimos de químicos farmacéuticos.	Multa
Resolución 003-2000-INDECOPI/CLC	Concertación de precios de transporte en Huanta.	Multa
Resolución Nro. 017-2000-INDECOPI/CLC	Concertación de postores en el proceso de selección para la renovación de redes de distribución de electricidad en Puerto Maldonado.	Multa
Resolución Nro. 052-2004-INDECOPI/CLC REVOCADA	Concertación de precios de transporte en Iquitos.	Multa

Fuente: Quintana (2015)

Elaboración propia.

Vivaldi et al (2014) afirman en el reporte de “Medición de los efectos económicos de los cárteles en los países en desarrollo” que el impacto de los cárteles en las economías en desarrollo fue sustancial y la tasa de sobrecosto del precio medio fue del 20%. Mientras que

en el caso específico del Perú las ventas afectadas por los carteles detectados por la agencia de competencia peruana llegaron hasta 0,023% del Bruto Interno del Perú en 2002 y los beneficios excedentes de los cárteles en 2002 fueron un 0,007% del Producto Bruto Interno del Perú (p. 6-7).

12 Cárteles en la Actual Ley de Competencia

12.1 Decreto Legislativo N° 1034

El 25 de junio de 2008 entró en vigencia D.L. 1034, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

La Ley de Competencia estableció en el numeral “2” del artículo 11, las cuatro conductas clasificadas internacionalmente como las que desarrollan los cárteles de núcleo duro, por lo que las sancionó de la manera más drástica con prohibición absoluta. Las mismas que no deben ser ejecutadas por los agentes económicos en el mercado peruano por ser sumamente nocivas y contrarias a la libre competencia.

Asimismo, se estableció en el numeral 1 del artículo 11, las modalidades que podían revestir las prácticas colusorias entre competidores.

Capítulo III De las Prácticas Colusorias Horizontales

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales. -

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los **acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas** realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

(...)

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,

d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

Las cuatro modalidades establecidas por el D.L. 1034 que podían revestir las prácticas colusorias realizadas entre agentes económicos según Deza eran las que se detallan a continuación:

- ❖ Acuerdo, contrato, pacto, convenio, arreglo mediante el cual dos o más competidores expresan de manera inequívoca su voluntad para coordinar su comportamiento para restringir la competencia. No importa la forma de manifestación de la voluntad que puede ser oral o escrita o el instrumento en el cual se encuentre contenido el acuerdo.
- ❖ Una decisión, es aquel acuerdo o convenio emitido por algún órgano de gobierno de un gremio empresarial, colegio profesional o federación de empresarios que de acuerdo a sus estatutos es exigible a sus miembros.
- ❖ Recomendación, es aquel acuerdo o convenio emitido por algún órgano de gobierno de un gremio empresarial, colegio profesional o federación de empresarios que sin ser de obligatorio cumplimiento por sus miembros ejerce influencia en los miembros de la agremiación.
- ❖ Práctica concertada, requiere cierto grado de coordinación entre los agentes económicos competidores y reciprocidad. Aunque no supone la celebración de un acuerdo, decisión o recomendación (Deza, 2009,35-45).

Respecto a las cuatro prácticas prohibidas entre agentes económicos independientes no complementarias o accesorias a acuerdos lícitos que se encuentran prohibidas en el Perú tenemos a las siguientes:

a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;

La legislación de competencia busca proteger que sean los competidores los que establezcan sus precios y sus condiciones comerciales de manera autónoma bajo sus propios criterios y no mediante un acuerdo preestablecido con sus competidores que no se justifique en sus costos y ganancias.

Al respecto, debemos señalar que las prácticas más comunes entre competidores son los acuerdos para incrementar los precios por generar mayores beneficios y

rentabilidad a los agentes económicos o mantener precios fijos para no competir y evitar invertir en innovación o en el desarrollo de mejores productos.

Como se ha señalado en el fundamento 134 de la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, para analizar los acuerdos de fijación de precios se debe tener en cuenta los esquemas de fijación de precios del Departamento de Justicia de los Estados Unidos que son los siguientes:

La fijación o adhesión a un descuento coordinado, el acuerdo para mantener los precios vigentes, las coordinaciones para eliminar o reducir descuentos, la adopción coordinada de una fórmula para determinar los precios, la coordinación sobre diferenciales de precios entre productos de distinto tipo o tamaño o en cantidades distintas (Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, p.31).

Las consecuencias de fijación de precios resultan dañinas en la economía de un país en vías de desarrollo como el nuestro porque en muchas ocasiones muchos consumidores por sus escasos recursos tendrán que dejar de adquirir un bien o un servicio por el precio elevado, cuando en situaciones de competencia normales hubiesen podido adquirir el bien o servicio de no haber mediado previamente un acuerdo entre competidores o adquirir un sustituto.

b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;

Estas conductas involucran un acuerdo entre agentes competidores para limitar el volumen de bienes o servicios en el mercado.

Esta conducta podemos apreciarla cuando los agentes económicos se ponen de acuerdo para producir cada uno cantidades reducidas de bienes o servicios para generar escasez en el mercado y así poder incrementar el precio del bien o servicio como sucedió con el cártel del pollo en el cual limitaban la producción para incrementar sus ganancias.

c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,

El reparto de zonas geográficas se encuentra prohibido por la legislación de competencia porque genera que los agentes económicos actúen de forma arbitraria imponiendo sus precios y condiciones en la zona que previamente se han asignado los integrantes del acuerdo anticompetitivo.

Al mismo tiempo, el agente económico cuenta con la seguridad de que sus competidores directos no entrarán en la zona asignada para ofrecer a sus clientes bienes o servicios con mayor valor agregado, a diferentes precios o con mejores condiciones que los impuestos por él, por lo que puede actuar en su sector como si tuviera un monopolio. Lo propio hará su competidor en el mercado que ya le fue asignado porque sabe que en términos reales no tiene un competidor en su misma área.

INDECOPI ha señalado en el fundamento 25 de la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI, que mediante este tipo de acuerdos los agentes económicos dividen entre sí el mercado en el que deberían competir, asignándose cuotas o segmentos entre los competidores, en función al ámbito geográfico, en cuyo caso cada uno se comprometerá a no competir dentro del territorio asignado a otro agente. También puede ocurrir que se repartan los clientes o proveedores en función de relaciones comerciales pre existentes. (Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI, p.7)

El reparto del mercado en zonas geográficas y clientes es grave porque impide que los consumidores puedan elegir libremente a sus proveedores, elegir entre diferentes productos o servicios, calidades y precios.

d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates

La legislación de libre competencia busca que los contratos que firme entre el Estado peruano y otros agentes económicos se celebren en real y verdadera competencia entre postores. Es trascendental mencionar que en esta clase de contratos se encuentran involucrados recursos económicos públicos motivo por el cual los contratos deben estar libres de fraude y corrupción para que no se perjudique al Estado.

En la Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, la competencia ayuda a “garantizar que los bienes y servicios ofrecidos a las entidades públicas se ajusten al máximo a sus preferencias, generando ventajas como precios más bajos, mejor calidad, un incremento en la innovación, mayor productividad”. (2012, p.2)

Lamentablemente en nuestro país, la realidad demuestra que en nuestro mercado han venido funcionando numerosos cárteles empresariales en licitaciones públicas como el cártel de reparto del mercado de oxígeno medicinal, el cártel de los centros de hemodiálisis, cártel de las impresiones de libros educativos y el cártel de las empresas constructoras.

Acuerdos que no sólo enriquecieron a los agentes económicos participantes de dichas conductas anticompetitivas, sino que generaron perjuicios económicos millonarios en el tesoro público y comprometiendo gravemente los intereses de la población que no pudieron disfrutar de los servicios que el Estado pretendía brindar a través de las licitaciones en las cuales se coludieron los agentes económicos que participaron como postores.

Por esta razón, INDECOPI publicó en el año 2018 la “Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas”, según este documento las disposiciones que rigen el procedimiento deben permitir una competencia efectiva que permita al Estado conseguir la oferta más favorable y a los postores el deber de no incurrir en conductas contra la libre competencia. (2018, p.11)

De acuerdo a este documento los acuerdos más comunes son los acuerdos de precios entre postores al momento de enviar sus ofertas, reparto de mercado, acuerdos de no competir y asociaciones colusorias.

Los acuerdos anticompetitivos de prohibición absoluta que ejecutan aquellos agentes económicos que deberían encontrarse compitiendo independientemente en el mercado, pero deciden participar en un cártel no necesitan de un previo análisis de la autoridad de competencia para ser sancionados, porque son considerados ilegales por sí mismos y es suficiente con acreditar su existencia.

No obstante, la Secretaría Técnica, la Comisión y el Tribunal realizarán un análisis económico en cada procedimiento para determinar el beneficio obtenido por el integrante del cártel, para poder determinar la multa que se impondrá a los infractores en el procedimiento administrativo sancionador.

La norma señala que se excluye de los cárteles de núcleo duro a los acuerdos entre agentes económicos complementarias o accesorios a acuerdos lícitos. La razón, se encuentra en la Recomendación de la OCDE que dispuso que no debe incluirse dentro de esta categoría a

los acuerdos entre agentes que buscan mayor eficiencia, reducción de costos o mejora de la producción (1998, p. 2-3).

En cuanto a las sanciones a imponer la Actual Ley de Competencia, la agencia de libre competencia puede sancionar a las personas naturales y jurídicas integrantes de un cártel con multas que pueden ser superiores a las mil Unidades Impositivas Tributarias siempre que no se superase el 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el agente económico infractor en el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión en caso de infracciones muy graves.

De igual modo, puede multar a los colegios profesionales, gremios o agentes económicos con montos que no deben ser superiores a las mil Unidades Impositivas Tributarias cuando participen de conductas propias de un cártel duro.

Por otra parte, se contempló multas de hasta cien Unidades Impositivas Tributarias para las personas naturales que actuaran como representantes legales o que integraran órganos directivos o de administración de personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades que hayan formado parte de cárteles. Las multas pueden ser duplicadas en casos de reincidencia.

Durante el período de vigencia del texto original de la Actual Ley de Competencia hasta su modificatoria en el año 2015, la persecución y detección de los cárteles por la agencia de competencia peruana estuvo basado en una herramienta de detección proactiva que consistía en las inspecciones e investigaciones que realizaba la Secretaría Técnica a los establecimientos de los agentes económicos. También se utilizaron herramientas reactivas de detección de cárteles que consistían en las denuncias de otros competidores o consumidores y se mantuvo la herramienta de detección de cárteles por beneficios de colaboración que consistió en la exoneración.

1.1. Decreto Legislativo 1205

La modificatoria de la Actual Ley de Competencia por el Decreto Legislativo 1205, amplió la facultad de sancionar a las personas naturales o jurídicas que hubiesen actuado como facilitadores planificadores o intermediarios de los cárteles hasta con cien Unidades Impositivas Tributarias.

De igual modo, permitió la modificación del artículo 26 de la Actual Ley de Competencia efectuando cambios sustanciales en su contenido para superar las deficiencias que contenía el texto original de beneficios por colaboración y para poder introducir formalmente el programa de clemencia.

1.2. Decreto Legislativo N° 1396

El D.L. 1396 permitió que en el año 2018 se introdujera el artículo 26-B una nueva herramienta reactiva de detección de cárteles conocida como el Programa de recompensas.

1.3. Casos graves de cárteles de núcleo duro en el Perú durante la vigencia del D.L. 1034

En el Perú INDECOPI, en sus casi veinticinco años de existencia la agencia de competencia peruana ha venido investigando y sancionando a alrededor de 39 cárteles.

Quintana afirma en su trabajo “Una mirada descentralizada al enjuiciamiento de cárteles en el Perú”, la agencia de competencia peruana resolvió diez casos del año 2010 al 2014 (2015, 273-275).

Del año 2014 al 2017, de acuerdo a las Resoluciones de Indecopi revisadas en la base de datos de la agencia peruana de competencia, se resolvieron quince casos de cárteles nacionales en primera instancia, trece de ellos sancionados por fijación de precios. De los quince casos, uno fue archivado, en catorce la Comisión impuso una sanción administrativa en primera instancia, once fueron confirmados por el Tribunal y ninguno revocado hasta la fecha.

Expediente	CONDUCTA DE LOS CÁRTELES SANCIONADOS DEL PERIODO 2014 AL 2017
3-2010/CLC	Incrementar el precio del servicio de transporte de ámbito regional.
015-2015/CLC	Incrementar los precios de los pasajes en el mercado de servicio de transporte público de pasajeros. CONFIRMADA

17-2015/CLC	Fijación concertada de precios y condiciones comerciales en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tissue en el territorio nacional. CONFIRMADA
4-2011/CLC	Fijar precios en la modalidad de incremento de tarifas de personal de los servicios de consultoría de ingeniería. CONFIRMADA
000010-2013/CLC	Fijación del precio y/o limitación en la prestación del servicio de transporte terrestre internacional de pasajeros en taxi – colectivo entre las ciudades de Tacna y Arica, se declaró la no existencia de responsabilidad de los agentes investigados en aplicación de la condición eximente de responsabilidad por orden obligatoria de autoridad competente.
000005-2014/CLC	Fijar el precio de venta del GLP vehicular. CONFIRMADA
000011-2015/CLC	Fijación concertada de precios en la comercialización de GLP envasado para distribuidores. CONFIRMADA
000004-2014/CLC	Fijación del precio de venta del GLP en la ciudad de Chiclayo.
8-2010/CLC	Fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional, de los productos farmacéuticos. CONFIRMADA
000008-2012/CLC	Fijación de precios, sanción a 31 centros de hemodiálisis. CONFIRMADA

5-2011/CLC	Prácticas restrictivas de la libre competencia en las modalidades de acuerdos y decisiones anticompetitivas, respectivamente, con el objeto de no prestar el servicio de constitución, modificación y cancelación de garantías mobiliarias mediante formulario de inscripción. CONFIRMADA
9-2013/CLC	Fijación de precios para incrementar el precio del pan en la provincia de Piura. CONFIRMADA
15-2015/CLC	Fijación de precios para incrementar el precio del servicio de transporte de ámbito provincial de pasajeros. CONFIRMADA
000005-2016/CLC	Fijación de precios incrementar el precio venta de Gas Natural Vehicular.
6-2016/CLC	Fijación de precios para incrementar el precio de venta del diésel y los gasoholes de 84, 90 y 95 octanos. CONFIRMADA

Fuente: INDECOPI

Elaboración propia.

Del año 2018 al 2021, de acuerdo a la revisión de las Resoluciones de la Comisión y del Tribunal consultadas la agencia de competencia peruana resolvió seis casos de cárteles en primera instancia. De los seis casos, uno fue declarado improcedente, uno concluyó por acuerdos de compromiso de cese, en cuatro se impuso sanciones en primera instancia y dos ya fueron confirmados por el Tribunal.

Expediente	CONDUCTA DE LOS CÁRTELES SANCIONADOS DEL PERIODO 2018 AL 2021
-------------------	--

Nro. 000005-2017/CLC	Fijación del precio de la anchoveta. ARCHIVADA
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	Reparto de cuentas o cartera de clientes CONFIRMADA
Nro. 000009-2018/CLC	Reparto concertado de clientes en el segmento spot del mercado de preformas PET. COMPROMISO DE CESE
Nro. 000012-2018/CLC	Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales. CONFIRMADA
Nro. 000002-2019/CLC	Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones.
Nro.001-2020/CLC	Reparto de licitaciones.

Fuente: INDECOPI

Elaboración propia.

2. Dificultad en la detección de los cárteles de núcleo duro

2.1. Reunión de Pruebas

González sostiene que se puede probar la existencia de la existencia de cárteles con evidencia dura que posee mayor poder probatorio y la evidencia circunstancial que no posee el mismo nivel de certeza.

La evidencia de primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. La evidencia circunstancial, por su parte, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se explicaría solamente por un acuerdo explícito entre las firmas. En ocasiones, se considera que conductas paralelas tanto

en precios como tipos de ofertas o bien negativas de venta serían indicativos de un comportamiento coordinado. (2011, p.149)

Para las agencias de competencia resulta sumamente difícil detectar y sancionar a los cárteles porque sus actividades se realizan de manera secreta y reservada entre sus integrantes. Por lo que, obtener evidencia dura a través de visitas de inspección o convencer a cualquier persona que tenga alguna prueba en su poder de la existencia de un cártel de entregarlas sin recibir algún incentivo no resulta muy razonable.

Es evidente que los agentes económicos que integran un cártel son conscientes que están infringiendo la ley de competencia y que consecuencia de ello pueden ser sancionados con multas millonarias e incluso terminar reclusos en la cárcel, por lo que difícilmente van a dejar pruebas o rastros de su conducta ilegal, cuando fácilmente pudieron haber destruido ya las pruebas o haberlas ocultada.

Como ya lo ha señalado la OECD los cárteles con los años se van modernizando y desarrollando estrategias para ocultarse de las autoridades utilizando “lenguaje cifrado, medios de telecomunicación encriptados, cuentas de correo electrónico anónimas y otras herramientas para mantenerse en secreto”. (OECD, 2009, p.4)

Al respecto, Sanchez J. manifestó en la conferencia “Eficacia de los Programas de Clemencia y beneficios de la desarticulación de carteles en la defensa de la competencia” el grave problema que puede representar para las agencias obtener e interpretar la evidencia. Al respecto, señaló que en Colombia, su equipo tuvo acceso a un correo en el cártel de papel higiénico entregada por un integrante solicitante del programa de beneficios por colaboración pero en dicho documento las empresas integrantes del cártel utilizaban nombres claves como Feos, Kiosko y Pitufos que tuvieron que ser interpretados por el colaborador como las empresas de Kimberly, Cartones y Papeles de Risaralda y Familia. Asimismo, el cártel utilizaba correos que no pertenecían a las empresas y términos en clave y en lugar de utilizar el término papel higiénico denominaban al producto como balones de gas (INDECOPI, 2017, p.29).

2.2. Investigaciones prolongadas

Como se ha visto a través de la experiencia de las agencias internacionales de competencia procesar a los cárteles demanda no sólo recursos de las agencias de competencia, sino excesivo tiempo para reunir pruebas e iniciar un procedimiento en contra de los infractores.

En el Perú las investigaciones en contra de los agentes económicos que integra un cártel pueden durar años.

Un claro ejemplo es el del cártel del oxígeno medicinal tramitado en el Expediente Nro. 002-2008/CLC, de reparto del mercado de oxígeno medicinal líquido y gaseoso en los procesos de selección de ESSALUD donde se investigó a las empresas Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A.

La investigación se inició en el 2003 cuando ESSALUD, informó a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI la coincidencia entre propuestas de las empresas investigadas. Por lo que mediante Resolución 003-2008-INDECOPI/CLC, del 25 de enero de 2008 la Comisión de Libre Competencia inició investigación. Empresas que posteriormente fueron sancionadas mediante Resolución Nro. 051-2010/CLC-INDECOPI y Resolución Nro. 1167-2013/SDC-INDECOPI, decisiones que quedaron firmes por Casación N° 7634-2017/Lima, del 04 de abril de 2019.

Por lo que, en este caso en particular, desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador hasta la confirmación de la última instancia transcurrieron 11 años, 2 meses, y 8 días once años y sin considerar los cinco años de reunión de pruebas e investigación.

3. INDECOPI como agencia de libre competencia encargada de perseguir cárteles

INDECOPI, fue creado el 24 de noviembre de 1992 y es el organismo encargado de la defensa de la libre competencia.

La función primordial de investigación, persecución y sanción de cárteles las realiza a través de la Secretaría Técnica que es el órgano encargado de investigar, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que resuelve en primera instancia y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI que resuelve en segunda instancia. Según el Cuadro para Asignación de Personal Provisional para el año 2021, la autoridad de Defensa de la Libre Competencia, cuenta actualmente con noventa y uno servidores, ochenta y uno funcionarios designados al área de Comisión y diez funcionarios designados el Tribunal (P.2-3).

3.1. Política de detección mixta de cárteles de Indecopi

INDECOPI como autoridad de defensa de la libre competencia en el mercado peruano han buscado hacer frente a los cárteles de núcleo duro utilizando métodos proactivos y reactivos para poder recabar pruebas e información en contra de cárteles para poder sancionarlos.

Como expresa la OCDE en la Sesión III: Promoviendo la competencia efectiva en los procesos de compras públicas, los métodos de detección proactivos deben ser ejecutados de forma conjunta con los reactivos, ya que los métodos de detección proactivos por sus capacidades intrínsecas de detección aumentan la eficacia de los programas de clemencia (OCDE, 2016, p.13).

3.2. Métodos proactivos utilizados por la secretaria técnica

Los métodos proactivos, se relacionan con las acciones que realiza de manera independiente la agencia de competencia para detectar cárteles que comprenden educación y divulgación programas, uso de análisis económicos, estudios de mercado, análisis de casos de cárteles anteriores sancionados a nivel nacional o internacional, seguimiento actividades industriales, seguimiento de los medios de comunicación, la prensa especializada e Internet, enlace con otras agencias, infiltración en los cárteles, asistencia anónima y otros contactos con representantes de la industria, desarrollo de investigaciones de seguimiento a partir de indulgencias y candidatos a tratamientos indulgentes, seguimiento de personas como gerentes involucrados en cárteles anteriores, contratación de empresas de consultoría privada (ICN, 2010).

Los métodos proactivos más utilizados por la Secretaria Técnica y la Comisión de libre competencia para sancionar a los cárteles en investigaciones iniciadas de oficio son las visitas de inspección con y sin notificación a las empresas, obtención de elementos probatorios como copias de libros, archivos, documentos, correspondencia y registros del agente económico investigado, entrevistas a los funcionarios de los agentes económicos investigados, el uso de análisis económicos, estudios de mercado de las empresas investigadas, análisis de casos de cárteles anteriores sancionados a nivel nacional como en el caso de fijación de precios para incrementar el precio de pasajes o precio del gas licuado de petróleo y de otros combustibles, estudios de cárteles internacionales como en los cárteles del papel higiénico o los cárteles de las navieras que fueron procesados en diferentes países, de igual modo ha firmado numerosos acuerdos de Cooperación con agencias de otros países.

Para poder utilizar correctamente los métodos de detección proactiva de cárteles, Indecopi ha dotado a su Secretaría Técnica con facultades suficientes para obtener pruebas en sus visitas de inspección conforme lo establece el artículo 15 del D.L 1034. Paralelamente, dichas facultades han sido complementadas con los **“Lineamientos de visitas de inspección en sede de libre competencia”**, de fecha 7 de mayo de 2020, que pone especial énfasis en las visitas de inspección a empresas que podrían integrar cárteles. Según la OCDE (2019) las agencias de competencia cuentan con una serie de poderes para recopilar información en contra de los cárteles de núcleo duro. Pero acepta que las visitas de inspección sin notificación o comúnmente llamadas dawn raids (redadas) son la forma más útil y eficaz de obtener pruebas después del programa de clemencia (p. 31).

9.3. Métodos reactivos utilizados por la secretaria técnica

Los métodos reactivos, son aquellos mediante los cuales una agencia de competencia inicia una investigación en contra de los cárteles por “evento externo tenga lugar antes de que la agencia se da cuenta de un problema e inicia una investigación”. (ICN, 2010, p.7)

En este segundo método encontramos los instrumentos del Derecho de la Competencia como los programas de clemencia, programas de recompensas, programas de cumplimiento y denuncias de parte de otros competidores o de consumidores afectados.

Los métodos reactivos utilizados por la Secretaría Técnica y la Comisión de Libre Competencia están representados por la posibilidad de realizar denuncias anónimas en la página institucional de INDECOPI y formulario de colaboración para poder presentar denuncias anónimas acerca de conductas anticompetitivas.

Por otro lado, la agencia de competencia cuenta con tres herramientas reactivas para poder detectar y sancionar a los cárteles.

El primero el programa de Clemencia mediante el cual la Secretaría Técnica puede negociar la exoneración de la sanción administrativa o reducción de la misma con los integrantes de un cártel que decidan acogerse al programa de clemencia peruano. Las reglas aplicables se encuentran contenidas en la **“Guía del programa de clemencia”**, publicada el 31 de agosto de 2017.

El segundo programa es el de Recompensas, que permite a la secretaria técnica investigar a los cárteles con las pruebas obtenidas a través de personas naturales que no hayan participado

en las infracciones cometidas por cárteles. El 25 de febrero de 2020, fueron aprobados los **“Lineamientos del programa de recompensas”**, la Secretaría Técnica está facultada para otorgar recompensas económicas de hasta S/ 400,000 cuatrocientos mil soles por información determinante para detectar, investigar y sancionar a cárteles de núcleo duro.

El tercero el Programa de cumplimiento, que se materializa en la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia Programa de cumplimiento (2021), que contiene las medidas internas que debe tomar el agente económico para evitar infringir la legislación de competencia o formación de cárteles. La Guía define a los programas de cumplimiento como “conjunto de medidas internas (políticas, procedimientos, directrices y mecanismos) adoptadas por un agente económico que le permite prevenir y minimizar el riesgo de infringir la ley, derivado de sus propias actividades, sus socios y sus colaboradores (trabajadores)”. (2018, p.9)

13 ANTECEDENTES

13.1 PROGRAMAS DE CLEMENCIA

Los programas de clemencia tuvieron su origen en Estados Unidos en el año 1978 y son instrumentos de detección reactiva que utilizan las agencias de competencia de diferentes países para obtener información y evidencia directa en contra de un cártel de núcleo duro.

Actualmente, los programas de clemencia son considerados como instrumentos legales a través de los cuales una agencia de competencia puede brindar un trato especial a aquellos agentes económicos miembros de un cártel. El trato que recibirá el miembro de un cártel que decida participar será el de obtener una exoneración de la sanción que le correspondería o una disminución de la misma a cambio de entregar pruebas que le permitan a las agencias de competencia sancionar de modo efectivo a los miembros del cártel que decidieron no participar en el programa de clemencia.

Desde el punto de vista de Roldan (2017) los programas de clemencia son la herramienta más eficaz y menos costosa para evitar que se formen cárteles y eliminar a los que ya se formaron con la contribución de sus mismos participantes (p. 259).

La Red Internacional de Competencia, describe a la Clemencia como un término habitual para definir a un sistema en el que la agencia de competencia demuestra indulgencia

exonerando total o parcialmente al integrante de un cártel de las sanciones que le corresponderían, a cambio de informar su afiliación en el cártel y proporcionando información o pruebas relacionadas con el cártel a la agencia de competencia. Para la INC una agencia de competencia demostrará “indulgencia” en los casos que exonere totalmente a un infractor y “trato indulgente” cuando le reduzca la sanción (ICN, 2014. p. 4).

Los beneficios que otorga este tipo de programas dependerán de la agencia de competencia de cada país y de su legislación, en algunos países se otorga beneficios únicamente al primer agente económico en acercarse a solicitar clemencia y la inmunidad puede ser administrativa y penal. Mientras que en otros países se ofrecen beneficios a más de un solicitante de los beneficios del programa a nivel administrativo y penal.

La calidad de la información y de la evidencia exigida al colaborador por parte de la agencia de competencia para procesar a los cárteles es variable y dependerá del momento en que se presente la solicitud del beneficio. Pero un rasgo característico es que la información debe ser siempre de la mejor calidad posible y el umbral de exigencia es superior si se solicita clemencia después de iniciado un procedimiento.

El fundamento de los programas de clemencia de acuerdo a la doctrina se encuentra en la teoría de los juegos no cooperativos, específicamente en el “dilema del prisionero”. En virtud de esta teoría de los juegos, la agencia de competencia podrá predecir el comportamiento de los miembros de un cártel que actuarán delatando a sus cómplices porque será lo que más le convenga luego de haber escogido entre dos opciones. La primera de elegir entre los beneficios que le otorga un programa de clemencia y la segunda de ser sancionado severamente con multas altas o incluso con pena privativa de la libertad si es traicionado por otro de sus cómplices primero.

Monsalve, S. (2003) postula que el dilema del prisionero es un juego no cooperativo donde los individuos decidirán de manera egoísta y de forma independiente aquello que se acomode mejor a su propia conveniencia e intereses particulares. Luego de predecir cuál sería la decisión y estrategia que escogerían sus oponentes. (p.140)

Desde la posición de Forseti, el incentivo de exoneración de sanción es la expresión concreta del dilema del prisionero. Porque en un cártel donde todos terminarán traicionándose vale la pena convertirse en el primer soplón y confesar si el beneficio por brindar información será la exoneración total de la sanción (2013, p.37).

La adopción de programas de clemencia se ha incrementado con los años porque hasta el año 2000 menos de diez países contaban con programa de clemencia, una década después sesenta países contaban con un programa de clemencia y para el año 2017 ochenta y nueve jurisdicciones adoptaron programas de clemencia (OCDE, 2020, p.30).

Estos programas son el resultado de que las agencias de competencia son conscientes de la capacidad limitada que tienen para detectar eficazmente a las empresas que participan en un cártel y la dificultad para obtener pruebas directas en contra de las empresas coludidas que cuentan con gran poder económico para ocultar y desaparecer pruebas.

13.2 Requisitos esenciales para que un programa de clemencia sea eficaz

Para la OCDE (2016), los programas de clemencia deben cumplir tres requisitos para que sea eficaz: i) un alto riesgo de detección; ii) sanciones significativas; y iii) la seguridad jurídica y la transparencia (p.6).

Un alto riesgo de detección, que se materializa cuando las agencias de competencia generan un ambiente de miedo y desconfianza entre los agentes económicos integrantes de un cártel al demostrarles que cuentan facultades de investigación, recursos económicos y humanos suficientes para poder intervenirlos, investigarlos y finalmente sancionarlos.

Para la Red Internacional de Competencia, una agencia de competencia debe contar con enérgicos poderes de investigación que consigan que los integrantes de un cártel perciban un riesgo real de detección y que de no presentarse a un programa de clemencia será sancionado y recibirá un trato coercitivo por lo que lo mejor es ser el primero en presentarse (INC, 2014, p.5).

En consecuencia, los órganos de investigación de las agencias de competencia deben contar con suficientes facultades legales para intervenir sus empresas, realizar interrogatorios, intervenir sus comunicaciones, ingresar a establecimientos, obtener pruebas, entre otros. Y contar con suficientes recursos económicos para contratar personal que no pertenece a la agencia de competencia especializado en el análisis de la documentación obtenida como contadores, administradores o economistas, especialistas en tecnología, abogados y consultores externos que ayudarán a interpretar las pruebas obtenidas de los cárteles y que podrían estar codificadas.

Otra manera de generar temor, es que las agencias de competencia cuenten con recursos económicos no sólo para contratar personal que analice pruebas y documentos, sino con recursos para entregar incentivos de carácter monetario suficientemente altos a terceros que cuenten con pruebas de la existencia de cártel. Por ello, si un agente económico toma conocimiento de que la agencia de competencia cuenta con un programa de clemencia y uno de recompensas donde podría ser traicionado por un tercero ajeno al cártel que cuenta con pruebas de la existencia del cártel pero que puede presentarse a la agencia de competencia motivado por intereses económicos optará por presentarse al programa de clemencia antes que un tercero se presente al programa de recompensas.

Sanciones significativas, a nivel administrativo para las empresas y personas naturales las multas deben ser formidables y guardar relación con la conducta desplegada en el cártel para que no les resulte más rentable formar parte de un cártel que pagar las multas.

Según la INC, las sanciones impuestas a los participantes del cártel que no solicitaron clemencia deben ser significativas o los participantes del cártel no se presentarán. Por lo que, el valor del cartel para los participantes del cartel debe ser menor que el costo de ser atrapado (2014, p.5).

Porque si las sanciones a nivel administrativo que generalmente son la imposición de multas reducidas lo más probable es que los integrantes de un cártel realicen un análisis costo beneficio de las ganancias de la empresa como integrante del cártel.

Al ser más rentable las ganancias millonarias que las multas, los agentes económicos se verán motivados a correr el riesgo de seguir operando en el mercado hasta que sean descubiertos y pagar las multas impuestas a la empresa y la de sus trabajadores participantes del cártel por no ser significativas.

Las sanciones penales para las personas naturales integrantes del cártel también deben ser significativas en el caso de que la legislación establezca reclusión en un centro penitenciario como sucede en los países de Estados Unidos y Chile. Por ello, ante el temor de los funcionarios, gerentes o representantes de empresas que participaron en cárteles se verán movidos a delatar a su cártel o convencer a su empresa a someterse al programa de clemencia por temor a terminar recluido en un penal.

Seguridad jurídica y transparencia, de esta manera los agentes económicos que pretendan ingresar a un programa deben contar con información suficiente de los beneficios que el

programa les otorgará en caso de ser solicitantes, procedimientos, plazos, requisitos a cumplir, tipo de pruebas a presentar, obligaciones de los solicitantes y deberes de la autoridad de competencia.

Para la INC, las políticas de clemencia deben ser claras, completas, deben actualizarse periódicamente y ser bien publicitadas para generar confianza entre los solicitantes de clemencia y sus abogados (2014, p.6).

13.3 PROGRAMAS DE CLEMENCIA A NIVEL INTERNACIONAL

Estados Unidos

Estados Unidos es una de las jurisdicciones que sanciona de forma más severa a los cárteles de núcleo duro con sanciones penales e imposición de multas altas. La OCDE señala que las corporaciones que forman parte de un cártel se someten a multas de orden penal si son condenadas en un proceso penal que involucre fijación de precios, licitaciones fraudulentas, reparto de clientes o de mercados. Igualmente, las corporaciones responden por acciones civiles de daños y perjuicios mientras que las personas naturales implicadas serán procesadas en la vía penal y podrían ser encarceladas (2019, p.2).

En 1978, el Departamento de Justicia de Estados Unidos introdujo en su legislación el programa de clemencia corporativo o Corporate Leniency policy convirtiéndose en el primer país del mundo en ofrecer inmunidad penal solamente a la primera empresa infractora que entregara información sobre un cártel de núcleo duro que se encontrara funcionando en su mercado, pero no debía existir una investigación abierta en su contra.

Sin embargo, los incentivos del primer programa de clemencia americano eran incipientes y no resultaron atractivos para las empresas infractoras debido a que el otorgamiento de clemencia era discrecional del Departamento de Justicia Americano y no establecía que clase de información debía ser entregada para poder beneficiarse.

Por lo tanto, el programa inicial no presentaba predictibilidad y tampoco otorgaba seguridad a los empresarios para que se sintieran motivados a participar.

Es por eso que, la eficacia del primer programa fue muy limitado y recibió apenas una solicitud por año ya que las empresas infractoras preferían no arriesgarse a esperar no ser beneficiarios del programa si la información entregada a la División Antimonopolio del Departamento de Justicia era considerada insuficiente y los funcionarios de las empresas

terminar recluidos en un centro penitenciario al revelar la existencia del cártel en el que participaban.

Al no recibir los resultados esperados por su primer programa de clemencia, la autoridad de competencia americana se vio en la necesidad de hacer las reformas necesarias en su legislación e introdujo el 10 de agosto de 1993 el programa de clemencia corporativo “Corporate Leniency Program”.

El nuevo programa corporativo otorga protección de naturaleza penal a los ejecutivos, directores y empleados que colaboren con el programa de clemencia y no es tan rígido como el anterior ya que permitió que se otorgue dos tipos de clemencia a la primera empresa que entregue información en contra de un cártel de núcleo duro antes y después de iniciada la investigación. Cuando el anterior programa sólo permitía otorgar beneficios a la primera empresa que expusiera y entregara información de un cártel del cual la agencia de competencia americana desconocía que existía y que no existiese ninguna clase de investigación.

El Tipo de Clemencia A, otorga inmunidad total a la primera empresa delatora que proporcione información importante para acreditar la existencia de un cártel, identidad de los participantes del cártel y la responsabilidad de cada uno de ellos por las conductas desarrolladas como integrantes de un cártel de núcleo duro, previo cumplimiento de ciertos requisitos.

Entonces, la información entregada debe permitir sacar de la clandestinidad a un cártel del cual la División Antimonopolio no tenía conocimiento de su existencia y sobre el cual no existía ninguna investigación en curso.

Los requisitos generales para solicitar la amnistía en el programa americano antes de iniciada la investigación son que la empresa debe ser la primera en acercarse a la agencia de competencia americana, debe brindar información completa sobre el cártel, no debe ser coaccionador o instigador del cártel, debe haber cesado su participación en el cártel, se debe indemnizar a los afectados con su conducta de ser posible y su colaboración debe ser el resultado de un verdadero acto corporativo.

El Departamento de Justicia (2017, p.4) de Estados Unidos establece los siguientes requisitos para obtener una clemencia Tipo A:

- 1) En el momento en que la corporación se presenta para denunciar la actividad ilegal, la División no ha recibido información sobre la actividad ilegal denunciada de ninguna otra fuente;
- 2) La corporación, al descubrir la actividad ilegal denunciada, tomó medidas rápidas y efectivas para poner fin a su participación en la actividad;
- 3) La corporación informa la irregularidad con franqueza y exhaustividad y brinda una cooperación total, continua y total a la División a lo largo de la investigación;
- 4) La confesión de mala conducta es verdaderamente un acto corporativo, a diferencia de las confesiones aisladas de ejecutivos o funcionarios individuales;
- 5) Cuando sea posible, la corporación hace restitución a las partes perjudicadas; y 6) La corporación no obligó a otra parte a participar en la actividad ilegal y claramente no fue el líder ni el originador de la actividad.

El Tipo de Clemencia B, permite que la agencia de competencia americana pueda otorgar beneficios a la empresa o corporación una vez que la autoridad de competencia ya cuenta con información del cártel e inició una investigación.

El Departamento de Justicia (2017, p.5) de Estados Unidos establece los siguientes requisitos para obtener una clemencia Tipo B:

- 1) La corporación es la primera en presentarse y calificar para la indulgencia con respecto a la actividad ilegal que se denuncia;
- 2) La División, en el momento en que entra la corporación, aún no tiene evidencia contra la compañía que probablemente resulte en una condena sostenible;
- 3) La corporación, al descubrir la actividad ilegal denunciada, tomó medidas rápidas y efectivas para poner fin a su participación en la actividad;
- 4) La corporación informa la irregularidad con franqueza y exhaustividad y brinda una cooperación total, continua y completa que hace avanzar a la División en su investigación;
- 5) La confesión de mala conducta es verdaderamente un acto corporativo, a diferencia de las confesiones aisladas de ejecutivos o funcionarios individuales;

- 6) Cuando sea posible, la corporación hace restitución a las partes perjudicadas; y
- 7) La División determina que otorgar clemencia no sería injusto para los demás, considerando la naturaleza de la actividad ilegal, el papel de la corporación confesora en ella y cuándo se presenta la corporación.

Para acceder al beneficio de clemencia corporativa A o B, el beneficiario no debe haber desempeñado el papel de coaccionador o instigador dentro del cártel. Para lo cual al momento de recibir su carta corporativa de clemencia condicional debe declarar que no obligó a ningún otro integrante del cártel a participar de la conducta anticompetitiva y que tampoco fue el líder u originador del cártel de núcleo duro.

También debe brindar información y pruebas que permitan al Departamento de Justicia Americano avanzar y continuar con sus investigaciones para procesar a los miembros del cártel y adicionalmente debe comprobarse que el otorgamiento de la clemencia no es injusto para terceros. Para ello, se revisará el momento en que la empresa se presenta a solicitar clemencia, la naturaleza de la actividad y el papel que desempeño en la actividad de la empresa que confiesa (OCDE, 2016, p.5).

Conforme lo señalado por la OCDE en el documento de trabajo Overview Using Leniency to Fight Hard Core Cartels, luego de las modificaciones al programa de clemencia del año 1993, la eficacia del programa logró obtener hasta veinte solicitudes al año.

Así, desde la modificación del programa estadounidense en 1993, llevada a cabo a fin de clarificar y extender ligeramente el alcance de la inmunidad, el número de solicitudes de inmunidad ha superado las veinte por año; se han pronunciado decenas de condenas, y el importe de las multas recaudadas ha sobrepasado, con creces, los mil millones de dólares. En el marco de la investigación realizada en Estados Unidos sobre el cártel de las vitaminas, la cooperación de la empresa que pidió la inmunidad permitió realizar inculpaciones directas e imponer multas de 500 millones y 225 millones de dólares a dos empresas del cártel. (OCDE, 2002, p.3)

La solicitud de clemencia corporativa por conspiración debe ser presentada por el abogado de la empresa solicitante para su evaluación y así poder obtener un marcador. El marcador le otorgará al abogado de la empresa un periodo de tiempo determinado para recopilar la información necesaria dentro de su propia empresa sobre el cártel que denuncia para que luego se le pueda entregar una carta de clemencia condicional corporativa.

La política de clemencia corporativa americana permite que las empresas que no lograron ingresar como primer solicitante al programa de clemencia americano puedan optar por firmar un convenio de declaración de culpabilidad o plea agreement de acuerdo a lo descrito en el Apartado B, del Manual de Directrices para la Formulación de Sentencias de los Estados Unidos. Estos convenios permiten que el Fiscal y la parte puedan negociar reducciones en las sanciones a cambio de la declaración de culpabilidad y una colaboración sustancial, convenio que luego será presentado al Tribunal quien puede aceptarlo o rechazarlo.

Los rangos de descuento por cooperación a las segundas empresas solicitantes están en promedio, en el rango de 30% a 35% de descuento y varían de un caso a otro teniendo en cuenta diversos factores como el grado de cooperación, el tipo de investigación y las pruebas aportadas. Los cooperadores posteriores aún pueden calificar para descuento menor por cooperación si brindan asistencia sustancial.

Los rangos de descuento son importantes tanto para las empresas como para las personas naturales que ayudaron a que el cártel funcionara. Primero porque la Ley Sherman establece que las personas naturales pueden ser sancionadas con hasta diez millones de dólares y con pena privativa de la libertad de hasta diez años. Mientras que las empresas que han formado parte de un cártel pueden ser sancionadas con hasta cien millones de dólares.

No obstante la OCDE, señala que en este país se han impuesto penas de hasta novecientos veinticinco millones a través de convenio de declaración de culpabilidad porque la norma 18 U.S. Code § 3571 - Sentence of fine, de este país dispone que se puede imponer una multa alternativa a una empresa que será la que resulte la máxima de 1) la cuantía establecida en la ley que regula la infracción; 2) el doble del lucro bruto de la infracción; o 3) el doble del perjuicio bruto sufrido por las víctimas de la infracción (2019, p.3).

La legislación americana permite que las empresas americanas que no lograron aplicar para la clemencia puedan verse beneficiados adicionalmente por reducción de multas basadas en dos métodos proactivos de la agencia de competencia americana que son:

La “Amnistía Plus” que consiste en la posibilidad con la que cuenta una empresa que ya está siendo investigada por pertenecer a un cártel de obtener una reducción en dicha infracción y no una exoneración total de sanciones, si denuncia a un segundo cártel en el cual participa y del cual la agencia de competencia americana no tenía conocimiento. Por lo que, de cumplir

con los requisitos podría conseguir una exoneración total en el segundo cártel que delata y una reducción de multa en el primer cártel por el cual viene siendo investigado.

La "Penalización más", que consiste en establecer un factor agravante a la sentencia de una empresa que solicitó la exoneración total por pertenecer a un cártel, pero oculta pertenecer y denunciar que forma parte de un segundo cártel.

Para Hammond (2006) ambas son dos caras de una misma moneda, la amnistía "Amnistía más" induce a las empresas que ya están siendo investigadas por la División a limpiar la casa y reportar violaciones en otros mercados donde compiten. "Penalización más", se producirá cuando las empresas no aprovechan la oportunidad brindada de denunciar otros cárteles en los que participaba su empresa o de las cuales tenía conocimiento por lo que la empresa se arriesga a graves consecuencias por parte de la División Antimonopolio al ser descubierto (p.8).

Posteriormente, el 10 de agosto de 1994 se expidió el programa de clemencia para particulares o Leniency Program for Individuals, cuya finalidad es que las personas naturales que participaron y colaboraron con el cártel como funcionarios o directivos no sean susceptibles de multas o de pena privativa de la libertad.

De acuerdo al Leniency Program for Individuals (1994), se deben cumplir tres requisitos para beneficiarse con el programa y son los siguientes:

- 1) En el momento en que la persona se presenta para denunciar la actividad ilegal, la División no ha recibido información sobre la actividad ilegal denunciada de ninguna otra fuente
- 2) El individuo informa la irregularidad con franqueza y exhaustividad y brinda una cooperación plena, continua y completa a la División durante toda la investigación
- 3) El individuo no fue quien dio origen al cártel y tampoco obligó a otra parte a participar en la actividad ilegal.

Unión Europea

La legislación comunitaria sanciona a los cárteles que fijan precios, cuotas de producción, cuotas de venta, reparto de mercado, pujas fraudulentas, o restricción de las importaciones o exportaciones.

Luego de ver los resultados del programa de clemencia en Estados Unidos del año 1993, la Comisión Europea decidió introducir su propio programa de clemencia el 18 de julio de 1996. A través de la “Comunicación de la Comisión sobre la no imposición o reducción de multas en casos de cárteles o Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases (2001/C 205/05)”.

Su finalidad fue la de obtener evidencia para sancionar a las empresas integrantes de los cárteles presentes en el mercado económico que compartían los integrantes de la Unión Europea, para lograr de esta manera la integración económica de sus mercados. La multa que puede imponerse a las empresas por infringir la legislación de competencia europea según la Comisión Europea (2012, p.1) puede ser de hasta el 10 % del volumen de negocios anual global de la empresa.

Como señala Trujillo (2016, p. 91), en la Unión Europea sólo se puede sancionar firmas, empresas o personas jurídicas que realicen actividades económicas y no a personas naturales. Como si sucede en Estados Unidos y otros países que tienen sanciones penales para las personas naturales integrantes de los cárteles que hayan ayudado a la existencia, planificación o ejecución de los actos del cártel.

El primer programa de clemencia europeo estableció que la primera empresa que denunciara a un cártel sobre el cual la Comisión no tuviese conocimiento podría recibir una reducción del 75 % como mínimo de la multa hasta la exoneración total de la multa si la calidad de la información fuera determinante para probar la existencia del cártel.

Las empresas podrían beneficiarse con la reducción de las multas del 50 al 75 % del importe de la multa cuando la Comisión hubiese realizado visitas de inspección en las empresas investigadas, pero no hubiese logrado obtener elementos probatorios para iniciar un procedimiento contra la empresa.

Una reducción del 10 al 50 % del importe de la multa cuando ayudara a la Comisión entregando información y elementos probatorios que permitan probar la conducta del cártel o informe que no cuestionarían los cargos que se le imputan.

Esta comunicación es muy importante porque en ella se establecieron las principales obligaciones que tendrían que cumplir los solicitantes del programa de clemencia europeo como son concluir su participación en el cártel, el deber de colaboración del solicitante con la autoridad de competencia, el no haber desempeñado roles de instigadores o ejercida coacción dentro del cártel.

Al ser una herramienta legal que recién estaba integrada a la legislación europea recibió muchas críticas porque se dejaba mucha discrecionalidad a la autoridad de competencia para valorar la utilidad de las pruebas y al momento de otorgar los descuentos. Especialmente se generaba una gran duda en el primer solicitante al desconocer si la inmunidad era automática o si se recibiría el 75% en la reducción de la sanción al no saber si las pruebas entregadas serían consideradas relevantes.

Según Borrel et al (2014, p.21) la primera vez que se aplicó el programa de clemencia en la Comunidad Europea fue en 1998, habiendo sido aplicado en 43 decisiones durante su vigencia.

Posteriormente, el 19 de febrero de 2002, se publicó la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel (2002/C 45/03).

La nueva Comunicación estableció modificaciones al primer programa y buscaba dar respuesta a sus principales deficiencias.

Con las modificatorias el programa cumplió con establecer que su programa comunitario de clemencia concedería dos clases de beneficios distintos la inmunidad y la reducción de multas.

En el caso de la inmunidad en el pago de multas, éste era permitido antes y después de iniciado una investigación. Por lo mismo, una empresa obtendría la inmunidad en el pago de multas si la empresa era la primera en entregar pruebas sobre un cártel que permitiera abrir una investigación. Adicionalmente, luego de iniciado una investigación se permitía la no

imposición de multa a una empresa cuando la Comisión Europea ya tuviera conocimiento de la existencia del cártel, pero careciera de las pruebas para procesarlo.

Esta nueva disposición era importante porque la anterior Comunicación únicamente permitía la exoneración en caso de que la Comisión desconociera la existencia del cártel y una reducción cuando ya se hubiese iniciado una investigación, pero se carecieran de elementos probatorios para iniciar un procedimiento.

En esta comunicación se mantuvo las principales condiciones exigidas en la primera Comunicación de 1996 para acceder a los beneficios, como son concluir su participación en el cártel, el deber de colaboración del solicitante con la autoridad de competencia, no haber ejercido coacción dentro del cártel, pero se eliminó como requisito para acceder a los beneficios el no haber desempeñado el rol de instigador.

El segundo programa comunitario de clemencia exigió como requisito para que los beneficiarios pudieran acceder a la reducción de sanciones que la calidad de la información y las pruebas entregadas tuvieran “valor añadido”, lo que no era exigido en la Comunicación de 1996. La Comunicación estableció cuando la Comisión consideraría que los elementos probatorios tendrían un valor añadido y sería cuando “aportados aumenten la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos”. (2002, p1)

Esta Comunicación redujo el porcentaje de los beneficios que se otorgarían a la primera empresa solicitante de reducción de sanciones tendría entre el 30 al 50, la segunda del 20 al 30 por ciento y las restantes de 0 a 20 por ciento.

Según Borrell, el programa de clemencia en la Comunidad Europea del año 2002 fue aplicado en 29 decisiones durante su vigencia (2014, p.22).

El 08 de diciembre de 2006, se publicó la “Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel o Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel case”.

En esta Comunicación se establecen las dos clases de beneficios que otorgará la Comisión Europea similares a las que establecía la anterior Comunicación 2002, como son la no imposición de multas y la reducción, pero exigiendo requisitos distintos como lo veremos más adelante.

Respecto a los puntos más resaltantes de la actual Comunicación, es que en la misma se establece requisitos para acceder a los beneficios, se establece el procedimiento para obtener los beneficios, el contenido del deber de colaboración de los solicitantes, la posibilidad de hacer consultas hipotéticas, un sistema de marcadores y se permite a las empresas que hayan ejercido coacción a acceder a una reducción de la sanción.

El contenido del deber de colaboración establecido en la Comunicación establece la obligación de entregar toda la información y elementos de prueba del cártel que obren en poder del solicitante, responder a las solicitudes de la agencia de competencia, ayudar a esclarecer los hechos, conseguir que los funcionarios y exfuncionarios colaboren con la agencia de competencia, el deber de reserva y la obligación de no destruir, falsificar u ocultar información o pruebas.

En cuanto a la dispensa de la multa, será un beneficio otorgado a la primera empresa solicitante que acepte su participación en un cártel, entregue pruebas e información contemporáneas a la infracción, que las pruebas entregadas permitan que la autoridad realizar inspecciones para probar la existencia de un cártel o que permitan probar la infracción del cártel para lo cual deberá presentar una solicitud y no haber ejercido coacción dentro del cártel.

Para que la Comisión pueda realizar una inspección, la empresa solicitante de beneficios por colaboración debe presentar una declaración de forma voluntaria del conocimiento que tiene sobre el cártel y el papel que desempeñó en el mismo. La declaración deberá ser presentada de forma escrita u oral en cuyo caso será grabada y transcrita.

De acuerdo al punto 9 (a) de la Comunicación la declaración debe contener la los siguientes datos:

- una descripción detallada del presunto acuerdo de cártel incluyendo, por ejemplo, sus objetivos, actividades y funcionamiento; el producto o servicio afectado, el alcance geográfico y la duración del cártel y una estimación de los volúmenes de mercado afectados; las fechas concretas, los lugares, el contenido y los participantes en los presuntos contactos del cártel, así como cualquier explicación pertinente relacionada con los elementos de prueba presentados en apoyo de la solicitud;

- el nombre y dirección de la persona jurídica que presenta la solicitud de dispensa, así como los nombres y direcciones de todas las demás empresas que participen o hayan participado en el cártel;
 - los nombres, cargos, direcciones profesionales y, si es preciso, los domicilios privados de todos los individuos que, según los datos a disposición del solicitante, estén o hayan estado involucradas en el presunto cártel, incluidas los individuos implicados en nombre del solicitante;
 - indicación de las otras autoridades de competencia, ya sean o no de la UE, a las que se haya dirigido o se pretenda dirigir el solicitante en relación con el presunto cártel.
- (p.2)

La Comunicación establece la no imposición de multa a una empresa cuando la Comisión Europea ya tenga conocimiento de la existencia del cártel, pero carezca de pruebas para procesarlo. Para lo cual, la empresa deberá ser la primera en presentar su solicitud y deberá entregar pruebas de naturaleza incriminatoria que permitan a la Comisión realizar inspecciones para probar la existencia de un cártel y cumplir las obligaciones comunes a los solicitantes de beneficios.

La empresa podrá beneficiarse con la reducción correspondiente cuando no sea la primera empresa en presentarse al programa para lo cual deberá entregar información con valor añadido significativo y los medios probatorios que entregue deben ser de calidad superior y distintos a los que ya obren en el poder de la agencia de competencia.

La primera empresa solicitante de reducción de sanciones puede conseguir una reducción entre el 30 al 50, la segunda del 20 al 30 por ciento y las restantes de 20 a 0 por ciento.

Actualmente, todos los países integrantes de la Unión Europea han implementado este programa con excepción de Malta (BORREL et al, 2014,18).

En la Unión Europea las empresas que formaron parte de un cártel pueden llegar a una transacción o settlement con la agencia de competencia europea reconociendo su infracción y obteniendo un descuento del 10% de la multa que le hubiese sido impuesta de seguir con el trámite regular del procedimiento.

Cuando los casos resueltos por transacciones involucren a solicitantes de clemencia, se agregará a su recompensa por clemencia la reducción de la multa que se les otorgue para la transacción Programas de clemencia en Latinoamérica. (EU, 2013, p.136)

CHILE

El inciso b) del artículo 3 del Decreto Ley 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia de Chile prohíbe los cárteles que fijen precios de venta o compra, limiten la producción, asignen zonas o cuotas de mercado o afecten procesos de licitación.

En 2009, Chile introdujo su primer programa de delación compensada en su legislación de competencia contenida en el Decreto Ley 211. A través de la Ley 20.361. denominando a su primer programa Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión.

La Autoridad de Libre Competencia chilena está conformada por la fiscalía nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El fiscal nacional Económico es quien tiene a su cargo la solicitud de delación compensada y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es quien lo aprueba en última instancia.

La primera Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión era muy parecido al programa europeo en cuanto a quienes podrían ser los beneficiarios, ya que únicamente beneficiaba a personas jurídicas; buscaba perseguir cárteles de núcleo duro e imponía sanciones de naturaleza administrativa. Además, otorgaba como beneficios la exención total de la multa al primer delator y al segundo una reducción del hasta el 50% por ciento.

Pero al igual que el modelo de la Unión Europea recibió diversas críticas entre las que se encontraba que el programa no contemplaba sanciones penales, no existía un programa de delación compensada para personas naturales y no existía forma de graduación en porcentaje de las multas. Sólo se establecía un límite máximo de imposición de 30 mil Unidades Tributarias Anuales para el caso de conductas anticompetitivas de prohibición absoluta.

Desde la implementación del sistema el año 2009, de acuerdo a GREBE (2020, p.6) en Chile de los 22 procedimientos iniciados por la fiscalía nacional Económica en contra cárteles que se tuvieron desde la vigencia de la ley 20.361., se aplicó el programa de delación compensada en siete procedimientos.

Ante las críticas que recibió el primer programa de delación compensada de políticos, juristas y ciudadanos por no establecerse sanciones de naturaleza penal se decidió seguir el modelo americano y criminalizar las conductas de los cárteles de núcleo duro.

Por ello, el 30 de agosto de 2016 se publicó la Ley 20.945, que implantó la criminalización a los cárteles de núcleo duro a través del delito de colusión y se decidió aprobar un segundo programa de delación compensada que estableciera nuevos beneficios de naturaleza penal y bajo nuevas reglas.

Desde el 2017, por Ley 20.945 se estableció un nuevo programa de delación compensada o “Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión”.

El segundo programa de delación compensada y actualmente vigente se encuentra inspirado principalmente en los programas americanos de 1993 y 1994, porque permite beneficiar a personas naturales y jurídicas que accedan al programa que hayan pertenecido a un cártel de núcleo duro, otorgándoles beneficios de naturaleza administrativa y penal a los solicitantes que accedan al programa.

La forma de solicitar beneficios es por escrito, pero excepcionalmente puede hacerse de manera oral y también en el idioma inglés.

El programa chileno, solamente beneficia al primer solicitante con exoneración de la disolución de la persona jurídica, exoneración de la multa administrativa y de la responsabilidad penal por el delito de colusión que entregue al Fiscal elementos de prueba que conduzcan a probar las infracciones de los cárteles e identificar a los responsables (FNE, 2017, p.7).

Al primer solicitante se le exige como requisitos entregar información y elementos probatorios verdaderos que puedan ser utilizados por la fiscalía nacional Económica para iniciar un procedimiento administrativo contra el cártel, respetar el principio de reserva hasta el inicio del procedimiento y concluir su participación en el cártel.

Con respecto a la reducción de multas, este beneficio puede ser del veinte al cincuenta por ciento de la multa, la rebaja en un grado de la pena por el delito de colusión y el beneficiario no deberá cumplir el año de privación efectiva de libertad (FNE, 2017, p.7).

La fiscalía nacional Económica es muy estricta al otorgar los porcentajes de las reducciones de las multas y los otorga de la siguiente manera:

- ❖ Si la información y los elementos probatorios adicionales entregados son suficientes para iniciar un procedimiento contra el cártel la reducción será entre un 40% y un 50%.

- ❖ Si la información y los elementos probatorios adicionales entregados complementan de manera sustancial a los entregados por el solicitante de exoneración la reducción será entre un 20% y 40%.
- ❖ Si la información y los elementos probatorios adicionales entregados sólo complementan a los entregados por el solicitante de exoneración la reducción no será superior a un 20%.

La calidad de la información y elementos de prueba presentados por el solicitante de reducción siempre deben ser distintos a los presentados al beneficiario de la exoneración, debe respetar el deber de reserva hasta el inicio del procedimiento y concluir su participación en el cártel.

El contenido del deber de colaboración tanto para los solicitantes del beneficio de exoneración como el de reducción establecido en la Guía es de entregar toda la información y elementos de prueba del cártel que obren en su poder, responder a las requerimientos de la agencia de competencia para esclarecer los hechos, conseguir que los trabajadores, funcionarios y exfuncionarios colaboren con la agencia de competencia, la obligación de no destruir, falsificar u ocultar información o pruebas y aceptar los hechos reconocidos ante la Fiscalía Nacional Económica.

El programa de clemencia chileno al igual que el americano permite que la segunda empresa en denunciar pueda aplicar para una "Amnistía Más" o delación compensada aumentada por denunciar a otro cártel en el que participa y del cual la fiscalía nacional Económica desconocía. Por lo que, de cumplir con los requisitos podría conseguir una exoneración total en el segundo cártel que delata y una reducción del 50% de la multa en el primer cártel por el cual venía siendo investigado.

Los aspectos más importantes del segundo programa de delación compensada chileno además de la forma de establecer como se otorgarán la reducción es que establece la posibilidad de hacer consultas hipotéticas, un sistema de marcadores y establece prohibiciones para acceder a los beneficios por los roles desempeñados en un cártel.

Respecto al sistema de marcadores o indicadores, el programa chileno permite la "Alteración del lugar de Postulación", que se produce cuando un solicitante decide no presentar su solicitud luego de haber realizado una consulta, decide retirar su solicitud, su solicitud es

rechazada o pierde su beneficio provisional en cuyo caso la fiscalía nacional Económica le entrega su lugar e indicador al siguiente solicitante del beneficio en lista de espera.

La legislación chilena le otorga gran importancia al papel desempeñado por los agentes económicos como sucede en el programa de clemencia americano, ya que no permite que los agentes económicos que fueron instigadores o ejercieron coacción en un cártel puedan ser beneficiados por el programa de delación.

A propósito de la figura de coacción es importante mencionar un caso relevante y actual de pérdida del beneficio de delación compensada en este país, donde el 06 de enero de 2020 la Corte Suprema anuló los beneficios en el caso del “*cártel del papel tissue*” formado por las empresas CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A.

En dicha batalla legal CMPC Tissue S.A. perdió los beneficios otorgados por fiscalía nacional Económica y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia equivalente a US\$ 15 millones de dólares al haber sido acusada por SCA Chile S.A., de ser la empresa instigadora y la empresa que ejerció coacción en el cártel para que participara de la infracción bajo amenaza de llevarla a la quiebra económica e indicarle que la sacaría del mercado. La finalidad de SCA Chile S.A. fue conseguir la alteración del lugar de Postulación y quedarse con los beneficios que obtuvo CMPC Tissue S.A. al ser la primera empresa delatora.

El programa chileno no otorga beneficios de responsabilidad civil por los daños ocasionados.

Respecto a la denuncia penal, la información y elementos probatorios entregados por el solicitante del programa de delación compensada se mantienen en reserva, pero puede ser utilizadas por la fiscalía nacional Económica ante los Tribunales de Justicia si se decide interponer una denuncia penal en contra del cártel.

Una vez que ha quedado firme la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de acuerdo al artículo 66 D.L. 211 el fiscal nacional Económico tiene un plazo de seis meses para decidir si interpone denuncia penal en contra de los integrantes del cártel.

En Chile, de acuerdo al artículo 62 del DL 211 se sanciona al integrante de un cártel por el delito de colusión con una pena de entre 3 a 10 años, con cumplimiento obligatorio mínimo de un año.

El fiscal nacional Económico tiene la obligación de interponer denuncia penal contra los integrantes del cártel si la conducta del cártel afectó gravemente la libre competencia en el

mercado chileno, en cuyo caso los beneficiados con la delación compensada se encuentran obligados a participar como testigos en el juicio penal y a entregar en juicio las mismas pruebas entregadas a la fiscalía nacional Económica.

De acuerdo a la Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión (2018) se considerará que se ha afectado gravemente la libre competencia cuando se trate de cárteles de núcleo duro, la conducta tenga efectos económicos de gran magnitud para afectar masivamente a la población, el infractor adquiera poder de mercado por su participación en el cártel, la conducta haya afectado bienes o servicios de primera necesidad o de consumo masivo, el cártel haya tenido una duración superior a tres años o se haya tratado de cárteles que afectaron a todo el territorio nacional (p. 7-8).

14 PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL PERÚ

14.1 Marco legal de los antecedentes del programa de clemencia

Decreto Legislativo N° 701

Durante el período de vigencia de la Antigua Ley de Competencia del año 1993 hasta su modificatoria en el año 1996, la legislación de competencia no contemplo ninguna una herramienta de detección reactiva como el programa de clemencia.

Posteriormente, el 18 de abril de 1996, mediante el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 807 se introdujo una modificatoria significativa en el artículo 20 del Decreto Legislativo N° 701 que incluía beneficios por colaboración y que es considerada como el origen de las normas de clemencia y del actual programa de clemencia.

La modificatoria estableció la posibilidad de que en un procedimiento iniciado por la autoridad de competencia el infractor pudiera solicitar la “*exoneración de responsabilidad administrativa*” a la Secretaría Técnica, a cambio de aportar pruebas que ayudaran a identificar y probar la realización de una práctica ilegal.

A su vez, OSIPTEL afirma que el Decreto Legislativo Nro. 807 introdujo un esquema de incentivos que se materializó en el “compromiso de exoneración de responsabilidad” que buscaba tener la finalidad de un programa de clemencia y poder obtener pruebas de prácticas anticompetitivas (2020, p.3).

Artículo 20°. - (...)

Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, **solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad** que le corresponda 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 podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento. El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el secretario técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de toda información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos. (Último párrafo agregado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807)

La finalidad de la norma era meritoria, porque buscaba defender la libre competencia y buscaba que la agencia de competencia que no alcanzaba ni cinco años en funcionamiento obtuviera pruebas contra prácticas contrarias a la libre competencia que permitieran identificar y probar una conducta anticompetitiva dentro de un procedimiento ya iniciado por la agencia de competencia a cambio de exonerar de responsabilidad administrativa al infractor.

Sin embargo, la norma presentaba diversas deficiencias para poder ser utilizadas por los integrantes de un cártel como un método reactivo de detección de cárteles similar al de un programa de clemencia como son las que exponemos a continuación:

- ❖ La norma no era de aplicación específica para cárteles de núcleo duro como si sucede con los programas de clemencia porque se limitaba a señalar que las pruebas deberían acreditar una práctica ilegal.

- ❖ No cumplía con establecer la forma de presentación de una solicitud de beneficios, requisitos para acceder al beneficio, carecía de un procedimiento y de plazos establecidos previamente que le dieran predictibilidad y seguridad al solicitante.
- ❖ No señalaba el número de personas podrían acceder al beneficio o si todas las que solicitaran el beneficio serían exoneradas por lo que la norma carecía de claridad.
- ❖ Se desconocía el tipo de información a entregar o lo que debería interpretarse por el término determinante. Por lo que, de acceder al beneficio se dejaba mucho a la discrecionalidad de la agencia de competencia y se corría el riesgo de que la información no fuera correctamente valorada y el otorgamiento del beneficio carecía de certeza jurídica que generaba incertidumbre.
- ❖ No se establecía si el beneficio tenía limitaciones para los solicitantes de exoneración en caso de pertenecer a un cártel, como el papel desempeñado en las conductas contrarias a la competencia como no ser instigador o haber ejercido coacción como sucedía en otras legislaciones como la americana y la europea en su primer programa de clemencia.
- ❖ No se establecía un deber serio de confidencialidad y deber de reserva porque se señalaba que la agencia podría mantener la reserva del origen de las pruebas, pero no se establecía en que situaciones haría pública la información entregada y la identidad del agente que entregó las pruebas.
- ❖ La norma no estableció beneficios de reducción y si existía alguna posibilidad de solicitar el beneficio antes de iniciado el procedimiento administrativo.
- ❖ La norma no establecía limitaciones de naturaleza civil y tampoco otorgaba beneficios de naturaleza penal.
- ❖ La norma no establecía la posibilidad de que la agencia de competencia utilizará métodos de detección proactiva como inspecciones para convalidar y acreditar la veracidad de las pruebas entregadas.

Durante la vigencia de la exoneración de responsabilidad contenida en el Decreto Legislativo N° 701, no se presentó ninguna solicitud de exoneración de responsabilidad por lo que dicha norma resulto ineficaz.

Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de la Competencia Desleal

El 25 de junio de 2008, entró en vigencia el Decreto Legislativo Nro. 1034 que prohibía y sancionaba de manera drástica a los cárteles de núcleo duro.

Por su parte, el artículo 26 incluyó como su antecesora legislación de beneficios por colaboración o un esquema de incentivos que permitía que la agencia de competencia pudiera obtener pruebas a cambio de beneficios por colaboración si el infractor aceptaba ayudar a la Secretaría Técnica.

Desde el punto de vista de OSIPTEL, el artículo 26 del DL. 1034 reguló el programa de clemencia clarificando su contenido y perfeccionándolo.

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.

26.2. 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.

26.3. **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 y de 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.

26.4. La aprobación de exoneración de sanción **no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados**, de ser el caso. (Negrita y subrayado añadido).

Es cierto, que la norma fue un gran avance porque empezó a prepararse las condiciones para el ingreso de un programa de clemencia nacional. La norma presentó entre sus grandes aciertos los que se describen a continuación:

- ❖ Estableció dos clases de beneficios por colaborar con la agencia de competencia como la exoneración de la sanción administrativa y la reducción de la sanción como lo hacía el programa de clemencia europeo. Mientras que en la Antigua Ley de Competencia no se permitía la reducción de la sanción administrativa.
- ❖ Se otorgaba el beneficio de exoneración de la sanción administrativa al primer agente económico que entregara pruebas determinantes que permitieran acreditar la identidad de los agentes económicos participantes y la conducta anticompetitiva.
- ❖ Se otorgaba el beneficio de aplicar reducciones de sanciones para los siguientes agentes económicos que entregaran pruebas e información relevante distinta a las entregadas por el solicitante de exoneración.
- ❖ Se establecía un deber serio de la obligación de reserva del origen de las pruebas entregadas, con lo que se protegía la identidad del solicitante.
- ❖ Se estableció por primera vez responsabilidades administrativas y penales en los funcionarios que quebrantaran el deber de reserva.
- ❖ Se estableció que se exoneraba de la sanción, pero no de la responsabilidad administrativa.
- ❖ La norma no establecía beneficios de naturaleza civil, por lo que los infractores podían ser demandados por daños y perjuicios como estaba establecido en programas de clemencia de otros países.

Sin embargo, a pesar de los grandes avances a norma seguía presentando algunas deficiencias similares a las que presentó la norma de beneficios por colaboración en la Antigua Ley de Competencia lo que limitaba e impedía su utilización por los integrantes de un cártel y que procedemos a detallar a continuación:

- ❖ La norma no especificaba si era de aplicación específica para prácticas colusorias horizontales de prohibición absoluta o cárteles de núcleo duro como lo hacen los programas de clemencia internacionales más exitosos, limitándose a señalar que las pruebas deberían servir para acreditar una práctica ilegal.
- ❖ No indicaba si la solicitud podía presentarse antes o después de iniciado un procedimiento.
- ❖ No cumplía con establecer la forma de presentación de una solicitud de beneficios, requisitos para acceder al beneficio, carecía de un procedimiento y de plazos establecidos previamente que le dieran predictibilidad y seguridad al solicitante.
- ❖ Se desconocía que entendía la agencia de competencia por información determinante o relevante por lo que la valoración de las pruebas y la posibilidad de acceder al beneficio se dejaba a la discrecionalidad de la agencia de competencia lo que generaba incertidumbre.
- ❖ No existía la posibilidad de que los solicitantes conocieran si eran los primeros en acceder al beneficio de exoneración porque no contemplaba un sistema de marcadores o de consultas.
- ❖ No se establecía el contenido de las obligaciones de colaboración del solicitante como si lo hacían los programas de clemencia americano y europeo.
- ❖ En cuanto al beneficio de la reducción de la multa, no se establecían los montos o porcentajes de reducciones que otorgaría la autoridad de competencia lo que generaba incertidumbre y desconfianza.
- ❖ La norma no estableció limitaciones para beneficios al instigador de un cártel o a quién ejerció coacción dentro del mismo.
- ❖ La norma no establecía la posibilidad de que la agencia de competencia utilizará métodos de detección proactiva como inspecciones para convalidar y acreditar la veracidad de las pruebas entregadas.

Durante la vigencia del texto original del artículo 26, se presentaron únicamente dos solicitudes de clemencia por las empresas Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A., integrantes del “*cártel del papel higiénico*” en el año 2014 antes del inicio del procedimiento que se tramitó en el Expediente 17-2015/CLC.

Decreto Legislativo 1205

El artículo 26 del D.L. 1034, fue modificado el 23 septiembre 2015, por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205 que introdujo cambios sustanciales en la norma de beneficios por colaboración para poder implementar un programa de clemencia aplicable a cárteles de núcleo duro.

El primer aspecto positivo es que la norma estableció que los beneficios por colaboración serían de aplicación para los agentes económicos que ayudaran a descubrir y acreditar prácticas colusorias en lugar de utilizar el término conducta ilegal como lo hacía su antecesora, pero no establecía que fuera de uso exclusivo para conductas desplegadas por cárteles de núcleo duro.

“Artículo 26.- Exoneración de sanción. -

26.1. **Antes del inicio de un procedimiento** administrativo sancionador, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de **aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria**, así como a sancionar a los responsables.

26.2. La solicitud de exoneración de sanción **se presentará por escrito y será tramitada**, en un expediente confidencial, de conformidad con el siguiente procedimiento:

a. Recibida la solicitud, la Secretaría Técnica verificará inmediatamente que ésta contenga **información general sobre la conducta delatada** que resulte **suficiente** para otorgarle un **orden de prelación al solicitante**. De ser el caso, otorgará al solicitante un **plazo** máximo de cinco (5) días hábiles para completar dicha información, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada.

b. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de presentada la solicitud, la Secretaría Técnica comunicará al solicitante el orden de prelación que le corresponderá en el caso de solicitudes concurrentes, otorgándole un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para que presente toda la información vinculada con las infracciones reveladas, bajo apercibimiento de perder la prelación otorgada. Dicho plazo podrá ser prorrogado, por un período equivalente, cuando la complejidad de la investigación lo exija. La Secretaría

Técnica podrá realizar las actividades de investigación complementarias que estime pertinentes.

c. De considerar que el *solicitante ha aportado elementos relevantes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador*, la Secretaría Técnica negociará con él la suscripción de un compromiso de exoneración de sanción, que establecerá los **alcances del deber de colaboración del solicitante**, el compromiso de la Comisión de exonerarlo de sanción, así como el deber de reserva de la Secretaría Técnica y la Comisión respecto de la identidad del solicitante. El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el solicitante y la Secretaría Técnica.

Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del compromiso. 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.

d. El cumplimiento del deber de colaboración establecido en el compromiso de exoneración de sanción, desde su suscripción hasta el momento en que la Comisión emita su decisión final en el marco del procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas, exonera de sanción al solicitante respecto de la infracción o infracciones materia del compromiso, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa, seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos.

e. Si, en el marco del procedimiento sancionador sobre conductas anticompetitivas materia de la solicitud de exoneración, la Secretaría Técnica considera que el solicitante no se encuentra cumpliendo con su deber de colaboración, le informará de esta circunstancia, otorgándole un plazo razonable para subsanar su incumplimiento, bajo apercibimiento de informar a la Comisión al momento en que ésta deba decidir otorgar el beneficio de exoneración.

f. Si la Comisión impusiese sanciones en el marco del procedimiento administrativo sancionador, deberá otorgar la exoneración de sanción a la

solicitante. Únicamente podrá denegar dicho beneficio cuando la Secretaría Técnica haya informado del incumplimiento no subsanado del deber de colaboración por parte del solicitante, en cuyo caso la Comisión deberá valorar dicho incumplimiento al decidir si otorga o no dicho beneficio. La Comisión también podrá denegar dicho beneficio si del análisis de los elementos de prueba se verifica de manera indubitable que el solicitante se encuentra en la situación a la que se refiere el artículo 26.5, previo informe de la Secretaría Técnica en el mismo sentido.

26.3. **Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción**, sólo el primero que haya aportado elementos de prueba respecto de la existencia de la conducta anticompetitiva y de 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 aporta **un valor agregado significativo** a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa, de acuerdo con los siguientes rangos:

- a. El segundo solicitante de exoneración de sanción podrá recibir una reducción entre el treinta y el cincuenta por ciento (30 - 50%) de la multa que hubiese resultado aplicable.
- b. El tercer solicitante podrá recibir una reducción entre el veinte y el treinta por ciento (20 - 30%) de la multa que hubiese resultado aplicable.
- c. Los subsiguientes solicitantes podrán recibir una reducción máxima del veinte por ciento (20%) de la multa que hubiese resultado aplicable.

26.4. La Secretaría Técnica podrá **rechazar las solicitudes de exoneración o reducción de sanción que se presenten luego de iniciado un procedimiento administrativo sancionador**. No obstante, podrá aceptar dichas solicitudes en la medida que introduzcan elementos de juicio que aporten un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión. En este último caso, el solicitante podrá beneficiarse

únicamente con una reducción de la multa, aplicándose los rangos indicados en el numeral anterior.

26.5. El agente económico que haya **ejercido coerción** sobre otros agentes para la ejecución de una conducta infractora no podrá beneficiarse con la exoneración de la sanción aplicable. Podrá, no obstante, beneficiarse con una reducción de la multa en la medida que introduzca elementos de juicio que aporten un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión, aplicándose los rangos indicados en el numeral 26.3 del presente artículo.

26.6. La exoneración o reducción de la sanción **aplicable no elimina ni limita la responsabilidad civil** de los imputados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

26.7. La Comisión podrá expedir Lineamientos estableciendo plazos, reglas y condiciones o restricciones particulares para la mejor aplicación del presente artículo.”

Un segundo aspecto positivo es que la norma mantiene los dos tipos de beneficios de su antecesora que son la exoneración antes y después de iniciado el procedimiento administrativo sancionador y la reducción de las sanciones administrativas estableciendo que:

La exoneración de las sanciones administrativa será para el primer solicitante de beneficios por colaboración antes de que se inicie el procedimiento administrativo sancionador, para lo cual debe informar la identidad de los participantes de una práctica colusoria y presentar elementos probatorios suficientes para iniciar un procedimiento administrativo.

La exoneración de las sanciones administrativa será para el primer solicitante de beneficios por colaboración después de que se inicie el procedimiento administrativo sancionador, para lo cual deberá presentar elementos probatorios con valor agregado significativo para continuar con el procedimiento iniciado y contribuir para que se pueda imponer una sanción efectiva a los infractores o podría ser rechazada.

Por otra parte, establece por primera vez los porcentajes de reducción de las multas en función al orden de presentación de las solicitudes y al valor agregado significativo que los

elementos probatorios posean para permitir abrir y sancionar a una práctica colusoria, con lo cual se delimita la discrecionalidad de la autoridad para determinar la reducción de las sanciones.

Las reducciones serán del treinta al cincuenta por ciento (30 - 50%) al segundo solicitante, del veinte al treinta por ciento (20 - 30%) al tercer solicitante y del veinte por ciento (20%) como límite máximo a los siguientes solicitantes.

El tercer aspecto positivo que presenta la norma, es que establece por primera vez la forma de presentación de una solicitud de beneficios que será por escrito y la información general que debe contener la solicitud, el modo en que se tramitará su solicitud que será en un expediente confidencial, los requisitos para acceder al beneficio y el procedimiento dotando de mayor predictibilidad y seguridad al solicitante.

El cuarto aspecto positivo del programa, es que se especifica que el contenido del deber de colaboración del solicitante estará comprendido en su compromiso de exoneración de la sanción y las consecuencias de su incumplimiento que será la pérdida del beneficio.

El quinto aspecto, es que se mantienen el deber de reserva que tiene la autoridad de competencia para proteger la identidad del beneficiario y las facultades que tiene la secretaria técnica para complementar a través de herramientas proactivas para detectar cárteles y realizar inspecciones en los establecimientos de los agentes económicos para realizar investigaciones complementarias.

El sexto aspecto positivo de la norma, es que se establece por primera vez un sistema de marcadores al indicar que se otorgará un orden de prelación luego de presentadas las solicitudes, pero no se establece la posibilidad de hacer consultas hipotéticas sobre los marcadores.

El séptimo aspecto positivo, es que se mantiene la responsabilidad civil de los imputados por los daños y perjuicios, se establece la prohibición del beneficio de exoneración para los agentes económicos que hubieran ejercido coacción sobre los otros miembros de un cártel. Instituyendo que éstos últimos pueden beneficiarse la reducción de la sanción de hasta el cincuenta por ciento 50% a cambio de la entrega de pruebas de valor agregado significativo que sirva para iniciar un procedimiento contra un cártel y que ayude a sancionarlos. Pero no limita el acceso al instigador del cártel quien podría ser beneficiado con la exoneración de la responsabilidad contrario a lo que sucede en la legislación de competencia americana.

Finalmente, la norma antes descrita agregó en inciso 26.7 que facultó a la Comisión para implementar lineamientos que ayudaran a aplicar los beneficios de exoneración y reducción de multa lo que permite que se pueda implementar un programa de clemencia.

Casos Públicos en los cuales se otorgó Clemencia en el Perú bajo el D.L. 1034 con resoluciones en dos instancias administrativas

Las normas que otorgan beneficios por colaboración al igual que los programas de clemencia se caracterizan porque la agencia de competencia debe guardar en reserva la identidad de los solicitantes del programa de clemencia.

Sin embargo, la agencia de competencia peruana hizo de conocimiento público que el caso del “cártel del papel higiénico” fue el único en el que se otorgó el beneficio de clemencia bajo el D.L. 1034 y antes de la implementación del programa de clemencia peruano el cual trataremos a continuación:

Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. (Cártel del papel higiénico)

El 1 de diciembre de 2015, la Secretaría Técnica inició un procedimiento de oficio en contra de las empresas Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. por formar parte de un cártel nacional que acordó incrementar de manera conjunta el precio y las condiciones comerciales de productos de papel tissue como papel higiénico, papel toalla, servilletas, pañuelos y faciales desde el año 2005 al 2014. Asimismo, se inició procedimiento en contra de diecisiete personas naturales que ocuparon altos cargos de dirección, gestión y representación dentro de las empresas integrantes del cártel.

De acuerdo con la Resolución 01 0-2017/CLC-INDECOPI, son cuatro las empresas que comercializan productos de papel tissue en el Perú: Kimberly Clark Perú S.R.L., Productos Tissue del Perú S.A., Papelera Reyes S.A.C. y Papelera Panamericana S.A. Resaltando que las dos empresas denunciadas controlaban el 88% del mercado nacional de productos de papel tissue. Productos Tissue del Perú S.A. con una participación del 55% y Kimberly Clark Perú S.R.L. con un 33% del mercado de productos de papel Tissue (2017, p.35).

La conducta del cártel empresarial consistió en la coordinación entre gerentes de las empresas para el incremento en alrededor del 20% del precio de los productos tissue en algunas ocasiones sin que mediara otra justificación que obtener el incremento de ganancias

o beneficios económicos de las empresas participantes y no por consecuencia de la competencia en el mercado o mejora del producto.

El procedimiento se tramitó en el Expediente 17-2015/CLC, las pruebas utilizadas para acreditar la existencia del cártel fueron obtenidas por la Secretaría Técnica en la visita de inspección realizada a la empresa Kimberly Clark Perú S.R.L. el 8 de setiembre de 2014 y a Productos Tissue del Perú S.A. el 16 de setiembre de 2014.

En dichos establecimientos la autoridad a cargo de la investigación realizó el copiado de los correos electrónicos de los principales gerentes de las empresas, archivos de las empresas y se hizo requerimiento de información complementaria a las empresas investigadas.

Del mismo modo, durante la tramitación del expediente se utilizaron las pruebas aportadas por las empresas Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. que solicitaron ingresar al programa de clemencia antes del inicio del procedimiento.

Las pruebas aportadas por las empresas solicitantes de clemencia fueron pruebas de las comunicaciones entre los gerentes generales de Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. como correos electrónicos en los cuales ambas empresas se hacían propuestas de incrementos de los precios de los productos principalmente del papel higiénico, agendas de la secretaria del Gerente General de Productos Tissue del Perú S.A., registros de Outlook de la Secretaria de Gerencia General y Comercial de Kimberly Clark Perú S.R.L. que acreditaban las llamadas telefónicas realizadas entre los gerentes de ambas empresas. Así como declaraciones del Gerente General y de la secretaria del Gerente General de Productos Tissue del Perú S.A. que fueron entrevistados por la Secretaría Técnica, donde aceptaron haber tenido reuniones en el Hotel El Golf Los Incas y en Starbucks.

El beneficio extraordinario obtenido por las empresas del año 2005 al 2014 fue de S/. 194, 430,424.37 soles o 48,007.51 UIT y de S/. 106, 685,451.88 o 26,342.09 en UIT para Productos Tissue del Perú S.A (Resolución Nro. 10-2017/CLC, 2017, p.310).

Es cierto, que en las Resoluciones Nro. 10-2017/CLC y 190-2018/SDC no se reveló que las empresas Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. fueran beneficiarias con la exoneración y reducción de sus sanciones respectivamente por haberse tramitado en expediente confidencial. Sin embargo, de acuerdo con la Nota de Prensa Nro. 2480 de INDECOPI, de fecha 05 de abril de 2017 y con el documento de Evaluación del desempeño de las agencias nacionales de defensa de la competencia participantes en el programa

COMPAL en términos de impacto en los mercados (2018, p. 64) la autoridad de competencia reconoció que se exoneró a la empresa Kimberly Clark Perú S.R.L. del pago total de la multa impuesta y a Productos Tissue del Perú S.A. se le otorgó una reducción del 50 % de la multa.

De acuerdo al fundamento 1083 de la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, el monto de la multa conjunta fue de S/. 275'851,256.03 doscientos setenta y cinco millones ochocientos cincuenta y un mil doscientos cincuenta y seis y 03/100 Soles o 68,111.42 UIT. Individualmente Kimberly Clark Perú S.R.L. fue sancionada con una multa de 42,385.14 UIT y Productos Tissue del Perú S.A. con una multa de 25,726.28 UIT.

En relación con este tema, la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI, informó que la empresa Productos Tissue del Perú S.A. ya había realizado el pago de S/ 52,10 cincuenta y dos millones de soles impuesta que incluía la reducción otorgada por el programa. (INDECOPI, 2018, p.9)

Como medida correctiva se ordenó a las empresas el de aplicar un programa de cumplimiento en sus empresas por cinco años y se encontró responsable a catorce personas naturales investigadas.

De acuerdo al Informe de COMPAL (2018):

El volumen de ventas de las empresas afectadas era de 1, 572, 191,698.40 US\$, por lo que se puede estimar el ahorro generado a los consumidores peruanos es de evitar un sobreprecio de un 10% durante tres años, lo que supone 157,2 millones de dólares US al año durante 3 años. (2018, p.65)

Sin embargo, la conducta de Kimberly Clark Perú S.R.L. de colaborar con la agencia de competencia peruana no fue resultado de una decisión empresarial voluntaria o porque se hubiera sentido motivada a colaborar con la agencia de competencia peruana.

Sucede pues, que la empresa Kimberly decidió solicitar clemencia en varios países porque tomó conocimiento que la agencia de competencia colombiana le seguía los pasos y la investigaba desde el año 2013 por formar parte de un cártel para fijar el precio de los pañales que funcionó del año 2001 al 2012. Por lo que, movida por el temor de ser traicionada antes por otra empresa con gran poder en Colombia decidió acogerse al programa de clemencia y al solicitar la amnistía plus reveló también formar parte de otros dos cárteles el “cártel de

papel higiénico” y el “cartel de cuadernos” en los cuales se establecieron precios para la venta e incremento de dichos productos en Colombia.

La empresa Kimberly Clark fue también beneficiada administrativamente por las autoridades de competencia al participar en programas de clemencia en países como Brasil, Colombia, Perú y Chile por participar en cárteles de fijación de precios de productos de papel tissue por lo que no tuvo que pagar montos económicos al delatar a sus compañeros de cárteles en otros países. Con excepción de Chile, país donde el 06 de enero de 2020, la Corte Suprema y la máxima autoridad judicial de dicho país le retiró el beneficio otorgado administrativamente por ser la empresa instigadora y por haber ejercido coacción a otra empresa que para formar parte del cártel empresarial (COMPAL, 2018, p. 64).

GUÍA DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA PERUANO

El Perú es uno de los países que implementó un programa de clemencia aplicable exclusivamente a los cárteles de núcleo duro de forma tardía en el año 2017, mientras otros países de Latinoamérica ya contaban con uno desde el año 2009.

El programa de clemencia peruano vigente se encuentra contenido en la Guía del Programa de Clemencia, aprobada por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi mediante Resolución N° 059-2017/CLC-INDECOPI publicada el 31 de agosto de 2017, en el diario oficial “El Peruano” y el proyecto de la actual guía fue publicado el 04 de mayo de 2016.

La Guía del Programa de Clemencia peruano es un programa completo inspirado en el programa de clemencia de la Comunidad Europea, contiene los beneficios de exoneración y reducción, plazos, requisitos, condiciones, limitaciones de los beneficios, porcentaje de reducciones y conceptos básicos necesarios para poder entender su contenido.

La Red Internacional de Clemencia considera que un programa de clemencia incluye la política de clemencia de una agencia de competencia y los procesos internos de la agencia que incluyen la forma de otorgar o rechazar los beneficios de indulgencia o trato indulgente (INC, 2014, p.4).

La Guía fue el resultado del análisis minucioso que realizó INDECOPI como agencia de competencia al darse cuenta de que la persecución de cárteles en el país no podía basarse

únicamente en la aplicación de métodos proactivos de la agencia de competencia consistentes en visitas de inspección, requerimientos de información y estudios de mercado porque estos métodos de obtención de pruebas necesitaban complementarse con otros métodos reactivos que venían siendo utilizados a nivel internacional con resultados exitosos.

El programa de clemencia peruano como herramienta reactiva de detección de cárteles permite a la agencia de competencia detectar y obtener pruebas directas que le sirvan para iniciar un procedimiento a los integrantes de un cártel y sancionarlos por las prácticas colusorias de prohibición absoluta desarrolladas en el mercado peruano que han causado pérdidas millonarias en la economía nacional.

El programa se caracteriza porque permite otorgar beneficios al integrante de un cártel que de manera voluntaria se presente a la agencia de competencia peruana para prestar su colaboración. A cambio la agencia de competencia protege su identidad de tal manera que sus compañeros de cártel no puedan conocer quién entregó las pruebas en su contra o quien colaboró con la agencia de competencia para sancionarlos. De esta manera, la agencia de competencia evita que el solicitante de clemencia pueda ser perjudicado por los otros agentes económicos delatados o que aquellos pudiesen interferir con la investigación que se encuentra desarrollando la agencia de competencia peruana para desarticular al cártel y reestablecer el proceso competitivo.

La Guía del Programa de Clemencia peruano tiene la misma finalidad que los programas internacionales de desestabilizar a los cárteles existentes y disuadir la formación de otros cárteles en el futuro ante la amenaza de poder ser delatado.

El Programa de Clemencia, permite que la agencia de competencia se beneficie de tres maneras: la primera accediendo a información, la segunda ahorrando tiempo y recursos que hubiera tenido que utilizar de su presupuesto para poder detectar e investigar al cártel y tercero logrando sancionar efectivamente con multas elevadas a los agentes económicos infractores que decidieron no participar en el programa de clemencia.

Calidad de información y elementos de prueba proporcionadas

Elementos de prueba disponibles e información mínima

A los primeros solicitantes, la calidad de información solicitada por la agencia de competencia es la esencial para que se pueda exponer al cártel de núcleo duro e iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de los integrantes del cártel.

Por dicho motivo, la información solicitada inicialmente será toda la que tenga en su poder el solicitante como la conducta anticompetitiva de prohibición absoluta realizada por el cártel, identidad de los integrantes del cártel, el producto o servicio afectado, duración del cártel, extensión geográfica del mercado afectado y los elementos probatorios disponibles para que puedan ser replicados por la agencia de competencia en sus visitas de inspección sorpresa a través de sus requerimientos de información.

A diferencia del programa de clemencia europeo el peruano no es tan agresivo al solicitar información en un inicio quienes exigen no sólo la información antes descrita, sino que su programa adicionalmente exige que se entregue información de volúmenes de mercado afectado, información de fechas y lugares concretos donde se realizaron las reuniones de los integrantes del cártel.

Elementos de prueba de valor agregado significativo

Para los siguientes solicitantes la calidad de la información es más rigurosa y en el caso específico peruano se utiliza el término de valor agregado significativo. Ello debido a que la agencia de competencia cuenta con las pruebas aportadas por los primeros solicitantes y con las pruebas que ha obtenido de manera propia la agencia de competencia a través de sus métodos proactivos consistentes en visitas sorpresa o sin notificación previa a los establecimientos de los agentes económicos de los cuales se ha tomado conocimiento que forman parte de un cártel.

La Guía establece que se pueden considerar los elementos probatorios con valor agregado significativo a:

Elementos de juicio (bajo cualquier formato o soporte) que representen evidencia directa de la ilegalidad del cártel revelado o de información que no necesita ser corroborada o sustentada en fuentes adicionales, así como otra documentación física (p.e. actas o anotaciones), electrónica (p.e. comunicaciones) o cualquier otro tipo de información, independientemente del soporte, que objetivamente permita a la autoridad reforzar la imputación inicial o incrementar de manera sustancial sus posibilidades de comprobar la

existencia de la infracción investigada e imponer sanciones a los responsables. (2017, p.9)

Deberes de la Autoridad de Competencia en el programa de clemencia peruano

Confidencialidad, la autoridad de competencia peruana garantiza la protección de la identidad de agente económico solicitante de los beneficios del programa por lo que su solicitud se tramitará en un expediente independiente y los medios probatorios entregados tendrán el carácter de confidenciales.

INDECOPI garantizará que sólo determinados servidores públicos tengan acceso al expediente y a las pruebas aportadas.

Por lo general, la agencia de competencia permite que los beneficiados del programa de clemencia pueden renunciar a la confidencialidad de su participación como participantes del programa de clemencia una vez iniciado el procedimiento sancionador en su escrito y previa coordinación con la secretaria técnica para beneficiarse de la no imposición de medidas correctivas de restitución.

Deberes comunes de los beneficiarios del programa de clemencia peruano

Deber de colaboración

El agente económico solicitante de los beneficios debe cumplir con ayudar a la autoridad de competencia durante todo el procedimiento administrativo sancionador que incluye las etapas de investigación, instrucción y hasta que se logre sancionar a los otros agentes económicos integrantes del cártel que decidieron no acogerse al programa.

En especial se debe cumplir con los deberes contenidos en el Compromiso de exoneración o reducción que contiene de forma específica como debe actuar el agente económico en cada situación en particular.

Deber de entregar los medios probatorios e información del cártel

El colaborador debe entregar los elementos probatorios que tenga en su poder para poder sancionar a los integrantes del cártel y abstenerse de destruir, falsificar u ocultar medios probatorios.

Deber de reserva

El agente económico solicitante de los beneficios, deberá ser discreto y mantener en secreto su participación en el programa desde que presenta su solicitud. Excepcionalmente, puede solicitar a la Secretaría Técnica poder revelar ser participante del programa una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador contra el cártel.

De igual manera, no podrá informar sobre los medios probatorios e información entregada a la agencia de competencia a nadie.

Deber de mantener un buen comportamiento procesal

La Guía establece que el agente económico deberá reconocer su participación en el cártel, colaborar con las actuaciones de la agencia de competencia, debe reconocer la comisión de la práctica colusoria de prohibición absoluta contenida en su solicitud de beneficios y la calificación de jurídica realizada por la Secretaría Técnica. (p.12)

Deber de finalizar su participación en el cártel.

La Guía establece la obligación de cesar inmediatamente la participación en el cártel de los solicitantes de clemencia en los tipos de clemencia B y C.

Pero excepcionalmente permite que un solicitante de clemencia pueda seguir participando en el cártel en el tipo de clemencia A.

De acuerdo a la OECD, (2009) se justificaría que el primer solicitante de clemencia continúe participando del programa si su finalización en el cártel pudiese resultar sospechosa para los demás miembros del cártel y alertarlos sobre una posible colaboración de la empresa que abandona el cártel con la agencia de competencia lo que evitaría que pudiese realizar inspecciones (p.45).

Beneficiarios

El programa de clemencia peruano al igual que el americano permite que las solicitudes de clemencia puedan ser presentadas de manera individual y corporativa.

Clemencia individual: aplicable a personas naturales que hayan actuado como agentes económicos y participado como integrantes de un cártel de prohibición absoluta, así como a las personas naturales que como integrantes de órganos de representación, dirección o gestión de empresas infractoras hayan participado en actividades de planeamiento, realización o ejecución para que sus representadas participen en cárteles.

De igual manera, incluye a las personas naturales que actuaron como facilitadores de cárteles quienes podrán solicitar clemencia de manera individual por su responsabilidad como colaborador para que un cártel pueda funcionar. Ello en concordancia con los numerales 2.1 y 2.4 del Artículo 2 del D.L. 1034, en los cuales se establece a que personas naturales les es aplicable la LRCA.

Clemencia corporativa: Aplicable a personas jurídicas que como agentes económicos o facilitadores participaron de una conducta anticompetitiva horizontal de prohibición absoluta y que luego de un debate a nivel interno de su empresa deciden como agente económico asumir su responsabilidad como infractores de la LRCA y colaborar con la autoridad de competencia de manera íntegra a cambio de una exoneración o reducción de la sanción.

La Guía exige como requisito fundamental para solicitar clemencia corporativa que sea resultado de una “decisión corporativa tomada por un órgano de administración o dirección con poderes suficientes para allanarse a un eventual procedimiento administrativo sancionador y garantizar la plena colaboración de la empresa. (INDECOPI, 2017, p.15)

La solicitud podrá favorecer también a funcionarios y exfuncionarios del agente económico solicitante de clemencia corporativa. Además, podrá realizarse para una sola empresa o para varias empresas pertenecientes a un mismo grupo económico.

En el Perú hasta el momento han existido dos solicitudes de clemencia corporativa para empresas pertenecientes al mismo grupo económico.

La primera solicitud como grupo económico se encuentra en el Expediente 012-2018/CLC, donde las empresas Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. solicitaron clemencia como participantes de un cártel de reparto de clientes y fueron beneficiados con la exoneración de la sanción.

La segunda solicitud como grupo económico se encuentra en el Expediente 012-2018/CLC, donde las empresas Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. solicitaron clemencia como participantes de un cártel de práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública.

Beneficios del Programa de clemencia y Tipos de Clemencia.

En el Perú, los beneficios otorgados y la graduación de las sanciones son impuestas a los infractores en función del momento en que el integrante del cártel se presente ante la autoridad para acogerse al programa de clemencia y al valor de la información que pueda entregar.

De acuerdo a la Guía de Clemencia del INDECOPI, existen 3 tipos de clemencia que tienen diferentes beneficios como la exoneración total o parcial y la reducción de las sanciones administrativas, pero no las de naturaleza penal.

Clemencia Tipo A

El primer beneficio condicional de este tipo de clemencia equivale a la exoneración automática del cien por ciento (100%) de la multa administrativa que le pudiese imponer la Comisión de Defensa de Libre Competencia o el Tribunal al infractor solicitante del beneficio por denunciar a un cártel que se mantenía operando en la clandestinidad y que será expuesto ante la Autoridad de Competencia.

El porcentaje tan alto de este beneficio radica en que la Autoridad no tiene conocimiento de la existencia del cártel que será expuesto y del cual forma parte el solicitante, además de no contar con material probatorio de la existencia y de la infracción administrativa.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Guía “cuanto mayor o más comprensivo sea el beneficio aplicable al primer beneficiario en contraste con los potenciales beneficios a siguientes solicitantes, la competencia o «carrera» por obtener dicho beneficio será más intensa y el efecto desestabilizador sobre los cárteles, mayor”. (p.8)

El segundo beneficio al cual podrá acceder el solicitante de la Clemencia Tipo A, será la no imposición de medidas correctivas si renuncia a la confidencialidad de su identidad como colaborador una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador contra el cártel.

Un tercer beneficio, se traduce en que al colaborador no se le podrá iniciar un nuevo procedimiento administrativo por la conducta anticompetitiva de prohibición absoluta objeto del beneficio (INDECOPI, 2017, p.7).

Un cuarto beneficio, es que la Comisión de Defensa de Libre Competencia no podrá demandar a los solicitantes de la clemencia Tipo A por daños y perjuicios. En los

“Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas”, se enfatiza que los solicitantes de la Clemencia Tipo A no serán demandados por daños y perjuicios por la Comisión de Libre Competencia si el beneficiario de la exoneración renuncia a la confidencialidad de su identidad y revela en el procedimiento ser colaborador de la autoridad de libre competencia. (INDECOPI, 2021, p.24) Sin embargo, los directamente afectados podrían demandar judicialmente por daños y perjuicios a un solicitante de clemencia Tipo A de manera directa hasta dos años después de que la resolución administrativa que sanciona a los integrantes del cártel quede firme.

El programa de clemencia peruano, no otorga beneficios de naturaleza penal para los beneficiarios del Tipo de Clemencia A.

Requisitos de la Clemencia Tipo A según la Guía

El agente económico integrante de un cártel deberá ser el primero en presentar su solicitud y obtener su marcador correspondiente.

Cumplir con el deber de colaboración, reserva y poner fin a su participación en el cártel. Excepcionalmente, podrá seguir participando en el cártel si ello le es ordenado por la Secretaría Técnica.

Es necesario que el solicitante entregue toda la información que posea sobre el cártel para que la Autoridad pueda iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el cártel cuya existencia será expuesto.

No debe haber ejercido coerción sobre los otros participantes del cártel o perderá el beneficio condicional del Tipo de Clemencia A.

El Tipo de Clemencia A, permite que el instigador o instigadores del cártel puedan acceder a este beneficio.

Clemencia Tipo B

El beneficio condicional de este tipo de clemencia equivale a la exoneración del 50% al 100% de la multa.

El porcentaje menor del beneficio del Tipo de Clemencia B, radica en que en ese momento la autoridad ya tiene conocimiento de la existencia del cártel o cuenta con elementos probatorios entregados por un primer colaborador, pero todavía no ha iniciado un procedimiento administrativo sancionador contra el cártel.

El porcentaje de exoneración será entre el 50% al 100% de la multa a discreción de la autoridad de competencia y se realizará teniendo en cuenta la utilidad que tiene la información entregada para que la Secretaría Técnica inicie el procedimiento contra el cártel (INDECOPI, 2017, p.8).

Es necesario mencionar que las pruebas con las que podría contar la secretaria técnica podrían tener valor superior a las presentadas por el solicitante para sancionar a los integrantes del cártel.

Pero también podría suceder que aunque la Secretaría Técnica cuente con indicios de la existencia de un cártel por una denuncia de parte, por una visita previa a las instalaciones de los agentes económicos que integran el cártel pero la información obtenida no resulte suficiente para iniciar un procedimiento por pertenecer a períodos ya prescritos la información sea de difícil comprensión y se necesite de un colaborador para poder entenderla como sucede con los correos o nombres en clave que utilizan algunas empresas para comunicarse.

En la Exposición de Motivos de la Guía, se establece que se debe brindar beneficios a los infractores cuando la agencia de competencia se encuentra investigado o cuenta con indicios en dos circunstancias:

- a) Cuando una visita de inspección no permite obtener evidencia suficiente sobre el cártel (p.e. agentes participantes, duración, ámbito geográfico, productos involucrados y detalles de las coordinaciones). (p.8)
- b) Cuando la evidencia con que cuenta la autoridad data de períodos antiguos (incluso prescritos) o cuando no es posible «descifrar» el tenor de las comunicaciones. (p.9)

El Programa de Clemencia no exonera a los beneficiarios del Tipo de Clemencia B de las demandas por daños y perjuicios que podría interponer en su contra la Comisión y los directamente afectados hasta dos años después de que la resolución administrativa que sanciona a los integrantes del cártel quede firme.

El programa de clemencia peruano, no otorga beneficios de naturaleza penal para los beneficiarios del Tipo de Clemencia B.

Requisitos de la Clemencia Tipo B según la Guía

Los requisitos a cumplir son los mismos que los del Tipo de Clemencia A, pero en el caso de los solicitantes de Clemencia Tipo B la agencia nunca le solicitará continuar su participación en el cártel.

Clemencia Tipo C

El beneficio de este tipo de clemencia equivale a la reducción de la multa en diferentes rangos de porcentajes, según el orden de presentación de la solicitud: al primer solicitante una reducción de 30% a 50%; al segundo solicitante una reducción de 20% a 30%; al tercer solicitante y siguientes una reducción de hasta 20%.

El menor valor de los porcentajes, reside en que ya existe un primer solicitante de Clemencia Tipo A o B o existe un procedimiento administrativo sancionador en trámite con elementos probatorios que han sido suficientes para poder iniciar un procedimiento.

El plazo para presentar una solicitud de reducción de una sanción establecido en la Guía es de 30 días hábiles a partir de haber sido notificado con la Resolución de inicio de procedimiento sancionador y las solicitudes de reducción presentadas luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador podría ser rechazadas por la secretaria técnica previo análisis del valor probatorio de las mismas (INDECOPI, 2019, p.9).

El Programa de Clemencia no exonera a los beneficiarios del Tipo de Clemencia C de las demandas por daños y perjuicios que podría interponer en su contra la Comisión y los directamente afectados.

El programa de clemencia peruano, no otorga beneficios de naturaleza penal para los beneficiarios del Tipo de Clemencia C.

El programa de clemencia peruano, no admite formas adicionales de obtener reducción de sanciones administrativas como la Amnistía Plus.

Requisitos de la Clemencia Tipo C según la Guía

Deberá cumplir con los deberes de colaboración, reserva y finalizar su participación al cártel.

Las pruebas que otorgue un solicitante del Tipo de Clemencia C, deberán tener un valor agregado significativo.

Las pruebas que otorgan valor agregado significativo según la guía son:

Al aporte de elementos de juicio (bajo cualquier formato o soporte) que representen evidencia directa de la ilegalidad del cártel revelado o de información que no necesita ser corroborada o sustentada en fuentes adicionales, así como otra documentación física (p.e. actas o anotaciones), electrónica (p.e. comunicaciones) o cualquier otro tipo de información, independientemente del soporte, que objetivamente permita a la autoridad reforzar la imputación inicial o incrementar de manera sustancial sus posibilidades de comprobar la existencia de la infracción investigada e imponer sanciones a los responsables (INDECOPI, 2017, p.9).

El Tipo de Clemencia C, beneficia a los integrantes que han ejercido coacción, consistente en una reducción de hasta el 20% veinte por ciento y no en una exoneración total de la sanción o reducción superior al 20% veinte por ciento de la multa.

El Tipo de Clemencia A, permite que el instigador o instigadores del cártel puedan acceder a este beneficio.

Importancia del papel desempeñado en el cártel según el programa de clemencia.

En el Perú, el agente económico que haya ejercido coerción sobre los otros miembros del cártel perderá la opción de acogerse al programa de clemencia Tipo A y Tipo B. La Unión Europea señala que un agente económico que ha obligado a otro o más agentes económicos para unirse a un cártel o ha impedido que éste se retire consiguiendo que este permanezca como integrante del cártel no debe recibir un beneficio de inmunidad (SENTENCIA N° 160/2017,2017, p.67).

Sin embargo, la guía del programa de clemencia peruana hace referencia únicamente a la violencia o amenaza que el agente económico ejerce sobre otro agente económico para obligarlo a pertenecer al cártel cuando inicialmente no quiso aceptar participar en el mismo.

La Guía de Clemencia establece que se entenderá como coerción “actuaciones que impliquen violencia o amenaza de violencia física, así como la amenaza o materialización de represalias económicas que ostensiblemente hayan determinado

la participación de agentes económicos que en un principio se habrían encontrado renuentes a involucrarse en un cártel”. (INDECOPI, 2017, p.10)

De acuerdo a la Guía de Clemencia de INDECOPI, nuestro sistema de clemencia no considerará las siguientes acciones como coerción:

- (i) Las acciones o amenazas que no permiten evidenciar un riesgo real de salida del mercado, a pesar de que pueda implicar una reducción en los márgenes de ganancias del afectado;
- (ii) simples mecanismos consensuados entre los miembros del cártel para monitorear y castigar el incumplimiento de sus acuerdos;
- (iii) el adoptar una posición de liderazgo al interior del cártel; y, (iv) castigos o amenazas mutuas entre miembros del cártel con similar tamaño o poder de mercado. (INDECOPI, 2017, pp.10-11)

Es importante mencionar, que la coerción es una parte vital del programa de clemencia y debe ser causa de reflexión para los solicitantes del programa que buscan una exoneración del Tipo “A” y “B” o una reducción superior al 20% de la multa.

Respecto a este punto, es importante mencionar que la guía es más drástica al establecer que el porcentaje para un agente económico que haya ejercido coacción será el más bajo de la Clemencia Tipo “C” de 1% al 20% de la multa, aunque el numeral 26.5 señalaba que los rangos aplicables eran los del numeral 26.3 que comprenden reducciones de hasta el 50%.

Límites generales del Programa de Clemencia

El programa de Clemencia no libera a los infractores de medidas correctivas de restablecimiento.

El programa de Clemencia no libera a los infractores de indemnizaciones por daños y perjuicios.

El programa de Clemencia no libera a los infractores de sanciones penales.

Rechazo de las solicitudes de beneficios al programa de clemencia.

Si una solicitud es rechazada por no cumplir con los requisitos se procederá a la devolución de todos los documentos entregados y destrucción de copias que obren en poder de la agencia de competencia.

Prohibición de alteración del lugar de Postulación

En el programa peruano, si una persona suscribió un compromiso de exoneración o reducción de sanciones, pero el beneficio condicional no es ratificado o decide retirar su solicitud. Ello no significa que su lugar de prelación y beneficios serán entregados al siguiente solicitante como sucede en otros sistemas como el chileno.

Síntesis del procedimiento del Programa de Clemencia de acuerdo a la Guía

El Postulante inicia el procedimiento con la presentación de la solicitud por el agente económico ante la agencia de competencia, en caso de necesitar subsanar su solicitud se le otorga un plazo adicional. (5 días hábiles)

Si la solicitud cumple con los requisitos y la información mínima solicitada, la Secretaría Técnica informará mediante una notificación al solicitante que se le ha otorgado un marcador que garantizará su postulación. (5 días hábiles luego de presentada su solicitud)

La Secretaría Técnica procederá a citar al solicitante a una reunión para establecer el cronograma de entrega de la información e identificará al funcionario con el que el solicitante realizará las coordinaciones. (10 diez días hábiles luego de la admisión de la solicitud)

La Secretaría Técnica otorgará un plazo de treinta (30) días hábiles para la entrega de información contados desde el día en que se realizó reunión de coordinación. El plazo puede ser prorrogable por el mismo período de tiempo.

La Secretaría Técnica realizará diligencias complementarias para replicar u obtener la información entregada por otros medios y fuentes en el plazo de noventa (90) días hábiles, prorrogables por el mismo período de tiempo.

La Secretaría Técnica examinará la solicitud, los documentos presentados por el solicitante y las recabadas en las diligencias complementarias. Posteriormente, si existen elementos probatorios para iniciar un procedimiento contra un cártel la Secretaría Técnica procederá a citar al solicitante a una reunión en un plazo de quince (15) para hacerle conocer al solicitante el beneficio condicional que le podría otorgar la Comisión de suscribirse el compromiso de exoneración o reducción de sanción.

Si el solicitante está de acuerdo con lo manifestado por la Secretaría Técnica y el beneficio ofrecido en el plazo de quince (15) días hábiles siguientes se definirá los términos del

Compromiso de exoneración o reducción de sanción y del deber de colaboración. Luego se procederá a su suscripción.

Si el deber de colaboración es cumplido por el solicitante o subsanado, el beneficio condicional es ratificado por la Comisión en la resolución que determina la existencia de un cártel y sanciona a los responsables.

Programa de Clemencia Peruano y las mejores prácticas internacionales

De acuerdo a la Red Internacional de Competencia (INC, 2014, p. 22-23), se han descrito una serie de buenas prácticas que cumplen la mayoría de los programas de clemencia de sus países miembros y que deben ser tomadas en cuenta por los países que deseen implementar un programa de clemencia efectivo y que son los siguientes:

Ofrecer inmunidad cuando el solicitante facilite a la agencia de competencia la posibilidad de probar un cártel.; el programa de clemencia peruano cumple este requisito al ofrecer clemencia Tipo A, que otorga exoneración del cien por ciento de la multa al solicitante que ayude a revelar la existencia de cártel y proporcione información para iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

Ofrecer inmunidad cuando la agencia de competencia no tenga conocimiento del cártel como cuando la agencia de competencia esté al tanto del cártel, pero la agencia de competencia no tenga pruebas suficientes para proceder a adjudicar o enjuiciar; el programa de clemencia peruano cumple este requisito al ofrecer una clemencia Tipo B, que otorga exoneración entre el cincuenta al cien por ciento de la multa al solicitante que entregue toda la información que mantenga en su poder sobre el cártel que ayude a iniciar un procedimiento contra el cártel que la Secretaría Técnica viene investigando.

Utilizar marcadores en el proceso de solicitud de clemencia porque el tiempo es esencial para realizar una solicitud de clemencia y otorgar extensiones a los períodos de los marcadores en los que un solicitante de clemencia está haciendo un esfuerzo de buena fe para completar su solicitud de manera oportuna; el programa permite que se puedan hacer consultas hipotéticas sobre la disponibilidad de marcadores.

De igual modo, el programa de clemencia peruano garantiza que los solicitantes de beneficios obtengan un marcador luego de presentada su solicitud otorgándole un plazo adicional de cinco días hábiles para subsanar alguna deficiencia sin que pierda su marcador.

Que los requisitos de clemencia incluyan la divulgación completa y franca de información o pruebas relevantes y la cooperación continua del solicitante de clemencia y, si corresponde, de los empleados del solicitante de clemencia;

El programa cumple con el requisito pues exige que el colaborador solicitante de una exoneración entregue toda la información y elementos de prueba que tenga en su poder. Mientras que en caso de los solicitantes de reducciones requiere que la información entregada sea de gran calidad y cumpla tener un valor agregado significativo.

El programa cumple con el requisito de cooperación dado que se exige al colaborador cumpla un conjunto de obligaciones generales contenidas en la guía y obligaciones específicas que estarán contenidas en su Compromiso condicional de beneficios de exoneración o reducción para que su beneficio sea definitivo.

Respecto al deber de colaboración de los empleados, también se cumple con este requisito pues en el caso de la solicitud de clemencia corporativa se exige que se trate de un acto corporativo exigible a sus funcionarios, ex funcionarios y empleados.

Proporcionar un trato indulgente de reducciones a los subsecuentes solicitantes al programa

El programa cumple este requisito al ofrecer una clemencia Tipo C, que otorga como beneficios reducciones de hasta el cincuenta de la multa administrativa a los demás solicitantes que no califiquen para una clemencia Tipo A y B.

Cuando corresponda, que las agencias de competencia alienten a los solicitantes de clemencia a solicitar clemencia en otras jurisdicciones donde también se produjeron conductas de cártel;

El programa peruano cumple con este requisito al establecer que el colaborador cuenta con el derecho de acudir a agencias de competencia de otros países donde se haya producido infracciones a la competencia similares, pero se le requiere que previamente cumpla con informar a la Secretaría Técnica de la agencia de competencia peruana en que países presentó su solicitud.

Alentar a un solicitante de clemencia a proporcionar una exención que le permita a una agencia de competencia discutir la solicitud con agencias contrapartes relevantes y cooperar en procesos de investigación paralelos;

El programa peruano cumple con este requisito al establecer que la agencia de competencia peruana podrá compartir elementos de prueba entregados por el colaborador con otras agencias de competencia extranjera, pero para ello deberá previamente contar con una autorización escrita del colaborador.

Mantener la información e identidad del solicitante en forma confidencial, a menos que el solicitante de clemencia proporcione una exención, la agencia de competencia esté obligada por ley a divulgar la información o las pruebas, o el solicitante de clemencia divulgue su solicitud;

El programa peruano cumple con este requisito al establecer que la agencia de competencia peruana mantendrá la identidad del solicitante en secreto y los elementos de prueba en un expediente confidencial. Pero permite que el solicitante de beneficios pueda renunciar a la confidencialidad de su identidad como colaborador del programa de clemencia una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador y previa comunicación con la Secretaría Técnica de la agencia de Libre Competencia.

Respecto a los elementos de prueba, se exige que el colaborador renuncie a la confidencialidad de los elementos de prueba que no hayan podido ser obtenidos por la Secretaría Técnica en las diligencias complementarias que realizó con dicho fin y que son necesarios para iniciar el procedimiento administrativo sancionador.

El programa de clemencia no permite que la información y los elementos probatorios entregados por el solicitante de beneficios que se encuentren en el expediente confidencial puedan ser utilizada en contra del solicitante en una demanda de daños y perjuicios. Con excepción de aquellos que se encuentren en el expediente donde se tramite la investigación y el procedimiento en contra del cártel o la información que haya sido hecho pública por el solicitante de clemencia.

Esto es realmente importante porque cuando un agente económico que se presenta a solicitar clemencia podría decidir no presentarse si teme que las pruebas que entregó y que deben ser mantenidas en secreto en el expediente confidencial son entregadas a un juzgado civil por parte de la agencia de competencia en cuyo caso decidirá ya no participar del programa o solicitar la devolución de su información y documentación.

Tener la máxima transparencia y certeza respecto a los requisitos de clemencia y la aplicación de las políticas, procedimientos y prácticas que rigen las solicitudes de

clemencia, las condiciones para otorgar la clemencia y los roles, responsabilidades e información de contacto de los funcionarios de las agencias de competencia involucrados en la implementación del programa de clemencia;

El programa de clemencia peruano cumple este requisito al establecer en la Guía los beneficios administrativos condicionales que la agencia de competencia puede otorgar y las condiciones que deben cumplirse para acceder a los mismos (Apartado III), el alcance del deber de colaboración de los solicitantes de clemencia administrativa (Apartado IV), límites a los beneficiarios del programa que no impiden la imposición de medidas correctivas en la vía administrativa (Apartado V), el procedimiento aplicable a las solicitudes (Apartado VI), requisitos que deben cumplirse (Apartado III-IV-VI) y los funcionarios que podrán tener acceso al expediente (Apartado VII).

Además, permite que cualquier persona pueda realizar consultas sobre información no contenida en la guía, reglas generales y criterios aplicables a todas las solicitudes (INDECOPI, 2017, p.13).

Garantizar que se mantenga la certeza para los solicitantes de clemencia cuando se cierren las investigaciones que involucran a solicitantes de clemencia;

En la Guía del programa peruano se garantiza que una vez concluido el procedimiento administrativo y otorgado el beneficio de manera definitiva la exoneración o reducción es oponible a cualquier instancia del Indecopi.

En un sistema bifurcado, donde diferentes autoridades son responsables de la investigación y el enjuiciamiento de los cárteles, respectivamente, para que las autoridades tengan políticas de clemencia consistentes, una filosofía compartida sobre la seriedad de la conducta de los cárteles, prioridades compartidas para perseguir la actividad de los cárteles y una comunicación abierta y constante;

Al programa de clemencia peruano no le es exigible este requisito, porque la investigación a nivel administrativo en contra de un cártel se encuentra a cargo de la Secretaría Técnica y el procedimiento a nivel administrativo se encuentra a cargo de la Comisión y el Tribunal de Libre Competencia del Indecopi a diferencia de lo que sucede en el sistema chileno.

De igual manera, en cuanto a la aplicación del programa de beneficios la tramitación de la solicitud se encuentra a cargo de la Secretaría Técnica y el otorgamiento del beneficio a cargo de la Comisión de Libre.

En un sistema paralelo, es importante dejar en claro la política de inmunidad para materia civil y penal para brindar la máxima certeza a los posibles solicitantes de clemencia;

El programa de clemencia peruano no cumple con este requisito, porque cuando se aprobó la guía en el año 2017 los cárteles únicamente eran perseguidos administrativamente en el Perú y la guía establece beneficios de naturaleza administrativa.

El programa de Clemencia peruano no libera a los infractores de sanciones penales. Por lo tanto, no existe certeza sobre lo que sucederá en la vía penal con los solicitantes de clemencia si llegan a ser procesados por infringir el artículo 232 Código Penal.

Que las agencias de competencia pregunten a los solicitantes de clemencia si han solicitado clemencia en otras jurisdicciones y, de ser así, qué condiciones se han impuesto, si las hay (esto puede ayudar a la coordinación entre las agencias de competencia);

El programa peruano cumple con este requisito al establecer que el colaborador debe informar a la Secretaría Técnica si ha solicitado clemencia en agencias de competencia de otras jurisdicciones.

Fomentar las solicitudes de clemencia a través de campañas de educación y concienciación, así como la transparencia de las decisiones de clemencia.

El programa de clemencia peruano cumple este requisito porque INDECOPI a lo largo de los años ha realizado diversas actividades y talleres para promocionar el programa de clemencia.

ACTIVIDAD ACADÉMICA	AÑO	PUBLICO DESTINAT ARIO	NÚMERO DE PARTICIPA NTES
---------------------	-----	-----------------------------	-----------------------------------

Conferencia Internacional “Programas de Clemencia y beneficios de la desarticulación de cárteles en la Defensa de la Competencia”	2017	Interno	113
Taller Internacional de Colusión	2017	Interno	30
Taller sobre el Programa de Clemencia	2017	Interno	20
Conferencia Internacional “Eficiencia sobre las Prácticas de Clemencia	2017	Interno	8
Conferencia: “Programa de Clemencia en el Perú” (Réplica Escuela Indecopi Compal - II 2017)	2018	Interno	5
Conferencia: “El programa de Clemencia: Alcances y beneficios” (Réplica Escuela Indecopi Compal - II 2017)	2018	Externo	20
Conferencia “Programa de Clemencia”	2018	Interno	15
Conferencia Internacional “Criminalización de los cárteles: Experiencia comparada y desafíos”	2018	Externo	103
Conferencia “Persecución de cárteles y Programa de clemencia” 2	2018	Interno	10

Adaptado de "Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID del derecho y política de competencia: Perú 2018", 2018, p. 92-93.

Incompatibilidad entre el programa de Clemencia y el Código Penal

Por Ley Nro. 31040, el 04 de junio de 2020 se ha modificado el artículo 232 Código Penal, reincorporando el delito de abuso del poder económico, que sanciona a las personas naturales que abusen de su posición de dominio o participen en prácticas colusorias que impidan, restrinjan o distorsionen la libre competencia con pena privativa de la libertad de 2 a 6 años.

Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o *el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia,* será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4. Al respecto, como el objeto de la investigación de este trabajo es el programa de clemencia que persigue conductas anticompetitivas de prohibición absoluta y su aplicación, debemos mencionar que no estamos en contra de que penalice las conductas anticompetitivas generadas por cárteles de núcleo duro por los daños que producen en el mercado y en los consumidores.

Sin embargo, la norma fue publicada sin contar con la opinión favorable de Indecopi y sin realizar un análisis integral de la legislación de competencia peruana para que no se afecte al programa de clemencia.

No obstante, no todas las practicas colusorias merecen sanciones penales porque por falta de claridad de la redacción de la actual norma penal se estaría incluyendo practicas colusorias horizontales y verticales de prohibición relativa y no sólo las practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta como lo hacen internacionalmente los países que tienen en su política de competencia sancionar a cárteles de núcleo duro con penas privativa de libertad como Estados Unidos de Norteamérica.

Análogamente la norma penal, no otorga ninguna clase de beneficios de naturaleza penal a los solicitantes de clemencia administrativa por lo que en la práctica esta norma desincentivará la utilización del programa por parte de los agentes económicos que participan en el programa administrativo porque los mismos podrían obtener beneficios como exoneración o reducción de las multas, pero terminar igualmente presos en la vía penal. Ello, significaría terminar en peores condiciones en las que estaría de no haber acudido a la autoridad de competencia.

De igual modo, podría presentarse que en una empresa un nuevo directorio decidiera solicitar la exoneración total de la multa a través del programa de clemencia, pero difícilmente conseguirá la colaboración de sus funcionarios o exfuncionarios por temor a terminar en la cárcel.

En efecto, “se estaría dificultando la auto-denuncia de las personas que participan de un hecho colusivo, toda vez que, aun existiendo la posibilidad de no recibir sanciones pecuniarias, el riesgo de ser privado de libertad siempre es mucho mayor”. (PELLEGRINI en AVILES, 2017, p.18)

En este mismo sentido se pronunció el Banco Mundial al señalar que la norma penal podría hacer decaer significativamente la capacidad de INDECOPI para detectar y disuadir a los cárteles utilizando el programa de clemencia por la falta de previsibilidad sobre si los acuerdos de clemencia podrían proteger a los solicitantes de clemencia de la responsabilidad penal lo que reduciría los incentivos para la colaboración para descubrir el cártel, mientras que la falta de claridad sobre el alcance de las prácticas tipificadas como delitos y su nivel de prueba podría alterar los criterios establecidos que han permitido el enjuiciamiento de cárteles incondicionales. Esta nueva ley podría potencialmente detener el programa de clemencia peruano (BM, 2021, p.17).

Propuesta de Indecopi de criminalizar a los cárteles de núcleo duro del año 2017

Al respecto, es necesario mencionar que en el INFORME 027-2019/ST-CLC-INDECOPI del Proyecto de Ley 3828/2018-CR, Indecopi señaló encontrarse de acuerdo con la criminalización de conductas anticompetitivas horizontales de prohibición absoluta o cárteles de núcleo duro, pero guardando coherencia con el programa de clemencia otorgando beneficios de naturaleza penal a los beneficiarios de su programa para que no se desincentive a los potenciales colaboradores.

En dicho informe incluso propuso el siguiente texto normativo:

Practicas Colusorias

Artículo 232.- El que en su rol de representante legal o integrante de las órganos de dirección, gestión o representación de algún agente económico participe en el planeamiento, realización o ejecución de acuerdos o practicas horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos, que tengan par objeto fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio, limitar la producción o las ventas, el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas, o establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación u adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así coma en

subastas públicas y remates, y genere efectos anticompetitivos; será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años.

Lo expuesto en el párrafo anterior, también resulta aplicable a las personas naturales que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de acuerdos o prácticas horizontales inter marca que involucren a competidores entre sí, que tengan por objeto fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio, limitar la producción o las ventas, el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas, o establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación u adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates. En esta disposición se incluyen a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

Exención de Responsabilidad

Artículo 232-A.- Estarán exentos de responsabilidad penal para el delito tipificado en el artículo 232, las personas que se hayan beneficiado de la exoneración de sanción prevista en el artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante Decreto Legislativo 1034. Quedando estas personas obligadas a colaborar con el Ministerio Público, proporcionando antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta ya la determinación de las responsables.

Artículo 232-B.- Se debe realizar lo siguiente:

- 1.- Para que el Ministerio Público inicie la investigación preparatoria, es requisito previo que el Tribunal de Defensa de la Competencia, informe al Ministerio Público, los casos que comprometieron gravemente la libre competencia, lo cual solo podrá acreditarse una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por resolución definitiva emitida en sede administrativa que sancione un acuerdo tipificado en el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- 2.- El Ministerio Público, dispondrá la formalización de la investigación preparatoria previo informe motivado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Competencia.

3.- Cuando lo considere necesario el Juez o el Fiscal en su caso, deben contar con la participación especializada de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Competencia.

(INFORME 027-2019/ST-CLC-INDECOPI, 2019, p.5)

La propuesta de Indecopi es que se pueda sancionar a los representantes legales o integrantes de los órganos de dirección, gestión o representación de algún agente económico que haya participado en un cártel de núcleo duro y a los facilitadores de cárteles con penas privativas de libertad. Pero otorgando beneficios de exoneración de responsabilidad penal a las personas que hayan sido beneficiadas con una clemencia Tipo A. Con ello se lograría que los agentes económicos participantes del programa de clemencia puedan colaborar también en sede penal para acreditar el delito cometido con el cártel como sucede en el sistema penal chileno.

De igual manera, la propuesta de Indecopi es similar a la del país chileno a exigir que para poder iniciar una denuncia en la vía penal sea necesario que se comprometa gravemente la libre competencia, que la resolución que sanciona a un cártel emitida por la agencia de libre competencia haya quedado firme y se cuente con informe previo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia de Indecopi.

Solicitudes del Programa de Clemencia presentados del 2008 al 2021 en el Perú.

De acuerdo al Grupo del Banco Mundial, se tiene conocimiento de la presentación de 23 solicitudes al programa de clemencia, del período 2007 al 2015 se presentaron 5 solicitudes de clemencia y del período 2015 al 2019 se presentaron 18 solicitudes (BM, 2021, p.38).

De acuerdo con la Información proporcionada por la secretaria técnica del INDECOPI con CARTA N° 1360-2018/GEG-SAC al Congreso de la República del año 2012 al 09 de noviembre de 2018, de diecisiete solicitudes presentadas hasta dicha fecha, de las primeras diez en seis se habían otorgado exitosamente beneficios y quedaban siete solicitudes por resolver.

Actualmente, a diciembre de 2021 se tiene conocimiento de la aprobación de ocho solicitudes aprobadas.

Tiempo de duración de un procedimiento administrativo sancionador en el que se aplica el Programa de Clemencia

El programa de clemencia peruano permite que la agencia de competencia ahorre tiempo y recursos humanos en las investigaciones que realiza la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi.

En el Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia al cual se sometió el Perú en 2018. Se indicó que el plazo de duración media de los procedimientos desde su inicio hasta la resolución final que emite la Comisión es de 672 días naturales y el de la segunda instancia administrativa de 595 en expedientes de prácticas horizontales. (OCDE, 2018, p.50) Es decir, de acuerdo a la OCDE la duración de un procedimiento en contra de cárteles en sede administrativa es de 3 años y 172 días.

Mientras, que de acuerdo al análisis realizado un procedimiento administrativo sancionador en el cual se aplicó el principio de clemencia y en que las partes colaboraron puede tener una duración entre 2 años, 2 meses y 1 día a 3 años, 9 meses, y 17 días como máximo en ambas instancias administrativas como podemos apreciar a continuación.

- **Expediente17-2015/CLC:** Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. (Cártel del papel higiénico) donde la duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la resolución de segunda instancia fue de 2 años, 9 meses, y 3 días.
- **Expediente 000003-2017/CLC:** Compañía Marítima Chilena S.A., Eukor, Car Carrier Inc. y a Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. donde la duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la emisión de la resolución de segunda instancia fue de 3 años, 9 meses, y 17 días.
- **Expediente 000012-2018/CLC:** Empresa Editora El Comercio S.A., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L.- donde la duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la emisión de la resolución de segunda instancia fue de 2 años, 2 meses, y 1 días.
- **Expediente Nro. 000002-2019/CLC:** Amauta Impresiones Comerciales S.A.C., Empresa Editora El Comercio S.A., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L. donde la duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la emisión de la resolución de primera instancia fue de 1 año, 6 meses, y 26 días.

Sin embargo, un procedimiento iniciado en sede administrativa del Indecopi en contra de cárteles y que luego es llevado a sede judicial puede tener una duración excesiva de 11 años, 2 meses, y 8 días.

- **Expediente Nro. 002-2008/CLC:** Cártel del oxígeno medicinal de las empresas Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. donde la duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador hasta su conclusión en la Corte Suprema fue de 11 años, 2 meses, y 8 días.

La ventaja de la aplicación del programa es que se realiza un ahorro significativo de tiempo y recursos porque los agentes económicos que colaboran con la agencia de competencia renuncian a interponer recursos en sede judicial al comprometerse a actuar con buena fe en el procedimiento administrativo y a aceptar su participación en el cártel al momento de suscribir el compromiso de exoneración o reducción.

Aquí es muy importante mencionar lo que sostuvo Felipe Irrázaval en la conferencia internacional “Eficacia de los Programas de Clemencia y beneficios de la desarticulación de cárteles en la defensa de la competencia”, quien indica que las empresas con la finalidad de beneficiarse del programa contratarán personal como economistas u otros profesionales especializados para que obtengan toda la información disponible en la empresa para poder entregarla a la agencia de competencia con lo que hacen incluso una tarea propia de la autoridad de competencia (INDECOPI, 2017,14).

Ahora bien, aquí podemos ver una gran diferencia entre los procedimientos iniciados de oficio y los iniciados por los programas de clemencia. Porque para empezar, si el procedimiento inicia cuando un agente que solicita una Clemencia de Tipo A, la Secretaría Técnica ahorrará tiempo y los recursos que generalmente emplearía en sus actuaciones previas en busca de pruebas o indicios de infracción que a veces podría demorarle años en los casos de cárteles de los cuáles ya sabe de su existencia o al menos tiene indicios o los recursos que utilizaría para contratar personal especializado en interpretar pruebas o el contenido de documentos que podrían estar en clave.

15.1 METODOLOGÍA

15.1.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El Tipo del problema a investigar es documental y de campo.

El Nivel es exploratorio, descriptivo y explicativo.

15.1.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN

Técnicas:

Para la recolección de datos se utilizó la técnica de Análisis de contenido.

Instrumento

De la parte cualitativa

Fichas bibliográficas de referencias bibliográficas y electrónicas que se han consultado en libros, tesis, legislación, revistas de Derecho a la Competencia y documentos oficiales Resoluciones de Indecopi, Sentencias del Poder Judicial.

De la parte cuantitativa

Como instrumento de investigación se utilizó la recopilación documental de las resoluciones de primera instancia de la Comisión de Defensa y resoluciones de segunda instancia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

15.1.3 CAMPO DE VERIFICACIÓN

Ubicación Espacial

La investigación se realizó en el país de Perú.

Ubicación Temporal

La investigación se realizó sobre las resoluciones de primera y segunda instancia emitidas por INDECOPI sobre procedimientos administrativos sancionadores iniciados a partir del año 2017 hasta noviembre de 2021.

Unidades de Estudio

Para conocer la aplicación del programa de clemencia por parte de INDECOPI en procedimientos administrativos sancionadores de libre competencia contra cárteles de núcleo duro, se hizo una revisión exhaustiva de las resoluciones de primera y segunda instancia contenidas en la página web institucional de dicha entidad.

Universo y muestra

Universo

El universo está constituido por 35 resoluciones de primera y segunda instancia emitidas por INDECOPI del año 2017 al 2021 en procedimientos administrativos sancionadores de libre competencia contra cárteles de núcleo duro que se encuentran en la página institucional del INDECOPI.

AÑO	2017-	1° Instancia	2° Instancia	Total
2021				
Total		19	17	36

Muestra

La muestra está constituida por 14 resoluciones de primera y segunda instancia emitidas por INDECOPI en procedimientos administrativos sancionadores de libre competencia contra cárteles de núcleo duro iniciados a partir del año 2017 al 2021.

AÑO	1° Instancia	2° Instancia	Total
2017-2021			
Total	12	3	15

Estrategia de Recolección de Datos.

Para el proceso de la recolección de datos se acudió a la página web de datos institucional de INDECOPI, donde se ubican las resoluciones en formato de documento portátil de procedimientos administrativos sancionadores que han sido expedidas durante los años 2017 a 2021.

Organización

- Para empezar, se procedió a recopilar, procesar y analizar los datos de las resoluciones de procedimientos administrativos sancionadores en materia de libre competencia para obtener el universo.
- Para obtener la muestra se procedió a depurar las resoluciones que no correspondían a procedimientos iniciados contra cárteles de núcleo duro después del 01 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2021.
- Luego se procedió a seleccionar las 15 resoluciones expedidas en procedimientos administrativos sancionadores iniciados durante los años 2017 a 2021. Así se obtuvo la muestra y se cumplió con la ubicación temporal del estudio.
- Seguidamente se realizó el conteo de datos obtenidos de las 15 resoluciones depuradas y se procesaron mediante tabulación manual para clasificarlos de acuerdo la finalidad del estudio que es establecer en cuantos procedimientos administrativos sancionadores se aplicó el programa de clemencia.
- Después se utilizó los datos obtenidos para la elaboración de tablas en el cual se reflejan los resultados obtenidos.
- Para verificar los resultados de la parte cuantitativa se ha utilizado primero el método de tabulación manual porque el tamaño de la muestra es pequeño.
- Posteriormente se ha utilizado el Programa de Microsoft Office Excel que permite hacer cálculos matemáticos de forma automática, crear tablas para registrar y analizar los datos mediante el uso de herramientas como gráficos
- Finalmente, para interpretar los resultados se utilizó la estadística descriptiva, que permite explicar los datos consignados en las tablas y en los gráficos como fueron obtenidos.

Validación de los Instrumentos

Criterios para el Manejo de Resultados

Para verificar los resultados de la parte cuantitativa se ha utilizado primero el método de tabulación manual porque el tamaño de la muestra es pequeño.

Posteriormente se ha utilizado el Programa de Microsoft Office Excel que permite realizar cálculos matemáticos de forma automática y se crearon tablas y gráficos para registrarlos resultados obtenidos.

Para interpretar los resultados se utilizó la estadística descriptiva, que permite explicar los datos consignados en las tablas y en los gráficos como fueron obtenidos. Para Muñoz la estadística descriptiva, es aquella rama de la estadística donde se interpretan fielmente los datos, ya sea que se presenten en gráficas, cuadros, resúmenes, etcétera. Aquí, los datos sólo se utilizan sin admitir que se modifique ninguno de ellos, esto es, se utilizan tal y como se obtuvieron en la realidad. 2016, p.121)

16.1

RESULTADOS

16.1.1 Casuística del Programa de Clemencia del 2017 al 2021 en el Perú.

Antes de ingresar a analizar el número de procedimientos iniciados en contra de cárteles de núcleo duro en los cuales se aplicó el programa de clemencia es necesario establecer el número de resoluciones que expidió la agencia de competencia peruana durante este período de tiempo, el número de procedimientos que se iniciaron en contra de cárteles de núcleo duro, los procedimientos en los cuales no se aplicó el programa de clemencia, las multas impuestas a los agentes económicos.

Resoluciones emitidas por la agencia de competencia peruana del año 2017 al 2021 en el Perú.

De acuerdo con la base de datos de Resoluciones de Defensa de la Libre Competencia de la página institucional del INDECOPI, desde el 2017 año en el cual entró en vigencia el programa de clemencia 2017 al 2021 se emitieron 36 Resoluciones de primera y segunda instancia expedidas por la Autoridad de Defensa de la Libre competencia sobre prácticas anticompetitivas horizontales de prohibición absoluta.

AÑO	1° Instancia	2° Instancia	Total
2017	6	4	10
2018	3	6	9
2019	3	4	7
2020	4	2	6
2021	3	1	3
Total	19	17	36

De las 36 Resoluciones expedidas por el Tribunal durante los años 2017 al 2021, 19 resoluciones fueron emitidas en primera instancia y 17 resoluciones eran de segunda instancia.

Resoluciones emitidas por la agencia de competencia peruana en procedimientos administrativos sancionadores iniciados a partir del año 2017 al 2021.

AÑO	1° Instancia	2° Instancia	Total
2017	0	0	0
2018	2	0	2
2019	3	1	4
2020	4	1	5
2021	3	1	4
Total	12	3	15

Luego de la revisión del contenido de las Resoluciones, únicamente 15 resoluciones correspondían a procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra cárteles de núcleo duro luego de que el programa de clemencia entró en vigencia y las restantes correspondían a procedimientos administrativos sancionadores iniciados antes de la entrada en vigencia del programa.

Cárteles de núcleo duro a los cuales se les abrió procedimiento administrativo sancionador del período 2017 al 2021

Durante los años 2017 al 2021, la Secretaría Técnica inició seis investigaciones contra cárteles de núcleo duro, pero la Comisión de Libre Competencia abrió procedimiento administrativo sancionador en contra de cinco cárteles de núcleo duro como se detalla a continuación.

AÑO	Número de Cárteles
2017	2
2018	2
2019	1
2020	1
2021	0
Total	6

- En el año 2017, se decidió abrir una investigación en el Expediente 000005-2017/CLC en contra de un supuesto cártel que habría fijado el precio de la anchoveta a nivel nacional. Sin embargo, mediante Resolución Nro. 24-2018/ST la Secretaría Técnica decidió no iniciar procedimiento administrativo sancionador.

La decisión fue confirmada por la SDC mediante Resolución Nro.27-2019/SDC.

- En el año 2017, se inició procedimiento administrativo sancionador en el Expediente Nro. 002-2017/CLC en contra de un cártel internacional de empresas navieras que se repartían cuentas o cartera de clientes.

- En año 2018, se inició procedimiento administrativo sancionador en el Expediente Nro. 0009-2018/CLC, en contra de diversos agentes económicos por formar parte de un cártel para el reparto concertado de clientes en el segmento spot del mercado de preformas PET.

- En año 2018, se inició procedimiento administrativo sancionador en el Nro. 000012-2018/CLC, en contra de un cártel de empresas editoras para el reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales.

-En el expediente acumulado Nro. 000002-2019/CLC, se inició procedimiento administrativo sancionador en contra de un cártel de empresas editoras para establecer posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones.

-Expediente acumulado Nro. Nro.001-2020/CLC, se abrió procedimiento administrativo sancionador a un cártel de constructoras para repartirse diversas licitaciones para la construcción de vías.

-Expediente acumulado Nro. Nro.001-2020/CLC mediante Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI, se abrió procedimiento administrativo sancionador a 32 empresas constructoras mediante Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI, se sancionó a 32 empresas constructoras y 26 personas naturales por participar en un cártel de reparto de licitaciones para la construcción de obras en carreteras en los procesos convocadas por PROVIAS del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y otras entidades. El mercado afectado fue todo el territorio nacional del año 2002 al 2016.

Solicitudes de Compromiso de cese aprobadas en el Perú del período 2017 al 2021.

AÑO	1° Instancia
2017	0
2018	3
2019	1
2020	3
2021	0
Total	7

-De la revisión del contenido de las resoluciones se concluye que se han aprobado siete (7) solicitudes de Compromiso de cese.

-En el año 2018, en el Expediente 000009-2018/CLC se presentaron dos solicitudes aprobadas mediante Resoluciones Nro.10-2019/CLC y Nro.11-2019/CLC.

-En el año 2018, en el Expediente 012-2018/CLC se presentó una solicitud aprobada mediante Resolución 032-2019/CLC-INDECOPI.

-En el año 2019, en el Expediente 002-2019/CLC se presentó una solicitud aprobada mediante Resolución Nro. 005-2020/CLC-INDECOPI.

-En el año 2020, en el Expediente 001-2020/CLC se presentaron dos solicitudes aprobadas Resoluciones Nro.26 y 27-2020/CLC.

-En el año 2020, en el Expediente 002-2019/CLC se presentó una solicitud aprobada mediante Resoluciones Nro.005-2020/CLC.

Procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra cárteles que concluyeron por Compromiso de cese en el Perú del período 2017 al 2021.

AÑO	1° Instancia
2017	0
2018	1
2019	0
2020	0
2021	0
Total	1

-De la revisión del contenido de las resoluciones se concluye 1 procedimiento fue concluido por Compromiso de cese en el año 2018.

-De la revisión de las Resoluciones Nro. 10 y 11- 2019/CLC de aprobación de compromiso de cese expedidas por la CLC, se concluye que en procedimiento iniciada en el Expediente Nro. 000009-2018/CLC se dispuso terminación anticipada del procedimiento por pedido de todos los infractores.

Procedimientos en el Perú del período 2017 al 2021 en los cuales no se aplicó compromiso de cese ni programa de clemencia.

AÑO	1° Instancia
2017	0
2018	0
2019	0
2020	0
2021	1
Total	1

-Un cártel de núcleo duro fue sancionado por la Comisión de Libre Competencia.

-Únicamente se tiene conocimiento que en este procedimiento se presentaron dos compromisos de cese, pero se desconoce si algún infractor solicitó ingresar al programa de clemencia al no haberse hecho público la información.

-En el Expediente Nro.001-2020/CLC la Comisión de Libre Competencia mediante Resolución Nro. 80-2021/CLC-INDECOPI, mediante Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI, se sancionó a 32 empresas constructoras y 26 personas naturales por participar en un cártel de reparto de licitaciones para la construcción de obras en carreteras en los procesos convocadas por PROVIAS del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y otras entidades. El mercado afectado fue todo el territorio nacional del año 2002 al 2016.

Procedimientos en primera instancia y segunda instancia en los cuales se aplicó el programa de clemencia.

AÑO	1° Instancia	2° Instancia
2017	0	0
2018	1	0
2019	0	0
2020	1	1
2021	1	1
Total	3	2

-El programa de clemencia se aplicó en (3) tres procedimientos iniciados en contra de cárteles en primera instancia.

-Se concluye que la decisión de primera instancia fue confirmada en (2) dos procedimientos donde se aplicó el programa de clemencia en primera instancia.

-Se concluye que en un procedimiento en el cual se aplicó el programa de clemencia todavía no ha sido resuelto en segunda instancia.

-Los resultados corresponden a procedimientos en los que se hizo público la aplicación del programa de clemencia porque los solicitantes renunciaron a la confidencialidad y son los siguientes:

-En el Expediente Nro. 002-2017/CLC, en el año 2018 se otorgó clemencia a dos agentes económicos en resoluciones de primera y segunda instancia.

- En el Expediente acumulado Nro. 000012-2018/CLC, en el año 2020 se otorgó clemencia a dos agentes económicos en resoluciones de primera y segunda instancia.

- En el Expediente acumulado Nro. 000002-2019/CLC, en el año 2021 se otorgó clemencia a dos agentes económicos.

- En el Expediente acumulado Nro. 000002-2019/CLC, en el año 2021 se otorgó clemencia a dos agentes económicos.

Desarrollo de los Casos Públicos en los cuales se otorgó Clemencia en el Perú con resoluciones en dos instancias administrativas.

Los programas de clemencia se caracterizan porque la agencia de competencia debe guardar en reserva la identidad de los solicitantes del programa de clemencia. No obstante, existen casos donde la aplicación del programa se hizo públicos porque los solicitantes de los beneficios renunciaron a la confidencialidad de su participación en el programa para poder ser beneficiados con la no imposición de medidas complementarias

Compañía Marítima Chilena S.A., Eukor, Car Carrier Inc. y a Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. (CARTEL NAVIERAS O ROLL-ON, ROLL OFF)

El 13 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica inició un procedimiento de oficio contra un cártel internacional compuesto por las empresas navieras denunciadas Compañía Marítima Chilena S.A., Compañía Sudamericana de Vapores S.A, Eukor Car Camer Inc., Kawasaki Kisen Kaisha Lid., Mitsui O.S.K. Lines Ltd. y Nippon Yusen Kabushíki Kaisha que brindaban el servicio de transporte marítimo de carga rodante.

Los acuerdos de cártel se consideran internacionales cuando al menos dos de las empresas que participan en la infracción tienen su sede en diferentes jurisdicciones, independientemente de la cobertura geográfica de las actividades del cártel (OCDE, 2020, 32).

El procedimiento se tramitó en los expedientes acumulados Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC, la conducta imputada fue el reparto de cuentas e incremento de tarifas en el servicio de transporte marítimo internacional de carga rodante para las empresas Ford, Chrysler, Toyota, Nissan/Renault, General Motors, Volkswagen, Kaufmann, Indumotora-Subaru; entre 2001 y 2012 con efectos en puertos peruanos hasta 2015. Acuerdos que se encuentran prohibidos por el artículo 11.2 del D.L. 1034 que prohíbe en el inciso a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; y c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas.

El procedimiento se inició con las pruebas obtenidas por la Secretaría Técnica en una visita de inspección realizada en el año 2012 a las empresas denunciadas.

La autoridad de competencia peruana realizó la visita de inspección correspondiente previo aviso de las autoridades de competencia de los países de Estados Unidos de América, Unión Europea y Japón que se encontraban investigando al cártel en sus respectivas jurisdicciones y quienes informaron al Perú que se encontraba entre los países afectados (RESOLUCIÓN 0171-2020/SDC-INDECOPI, 2020, p.5).

Del mismo modo, se utilizaron las pruebas aportadas por las empresas Compañía Sudamericana de Vapores S.A. y Nippon Yusen Kabushíki Kaisha que solicitaron ingresar al programa de clemencia antes del inicio del procedimiento. Aunque ambas empresas buscaron obtener el beneficio de exoneración de la sanción, la empresa beneficiada fue Compañía Sudamericana de Vapores S.A. que presentó en primer lugar su solicitud. Mientras que la empresa Nippon Yusen Kabushíki Kaisha obtuvo una reducción del 40% de la multa por haber sido la segunda empresa en solicitar clemencia el 5 de febrero de 2015.

Las empresas Compañía Sudamericana de Vapores S.A y Nippon Yusen Kabushíki Kaisha que se acogieron al programa de clemencia entregaron medios probatorios como documentos, correos electrónicos, actas, registros de embarque, cuaderno de notas y declaraciones de los señores Mauricio Garrido, Diego Ayala, Pablo Sepúlveda, funcionarios de Compañía Sudamericana de Vapores S.A y de Hideki Nakai, Tadanao Matsudaira y Takashi Kawamura de la empresa Nippon Yusen Kabushíki Kaisha.

Durante el procedimiento se acreditó luego de la valoración conjunta de los elementos probatorios que los funcionarios de alto nivel de las empresas investigadas mantuvieron contacto en diferentes países para coordinar el respeto de las cuentas que históricamente se habían repartido para el transporte marítimo de vehículos automotores de las empresas, acuerdo que se mantuvo durante el período de 2001 al 2012 y que tuvo efectos en nuestros puertos hasta el 2015.

En la Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI (INDECOPI 2018, p.57-58), se estableció que existieron principalmente cuatro servicios conjuntos con destino a Perú prestados por las empresas navieras y que se estaban conformados de la siguiente manera:

SHIN NANSEIKAI (S'KAI)	CAR PACIFIC (CARPAC) 95,
-------------------------------	---------------------------------

<p>Ruta:</p> <p>Desde puertos asiáticos hacia la costa oeste de Sudamérica. Integrado:</p> <p>Navieras japonesas NYK y K-Line y las navieras chilenas CSAV y CCNI.</p>	<p>Ruta</p> <p>Desde puertos de la costa oeste de Norteamérica hacia la costa oeste de Sudamérica.</p> <p>Prestación conjunta por: CSAV, CCNI y NYK.</p>
<p>Austral</p> <p>Ruta</p> <p>Desde la costa este de Sudamérica hacia la costa oeste de Sudamérica.</p> <p>Integrado:</p> <p>MOL y CSAV.</p>	<p>North Atlantic – South América (Nasa),</p> <p>Ruta</p> <p>Desde Europa hacia la costa oeste de Sudamérica.</p> <p>Integrado por:</p> <p>MOL y CSAV.</p>

El acuerdo consistió en que las empresas que formaban parte del cártel no podían disputarse las cuentas que habían mantenido durante años, pero si se les permitía competir por cuentas nuevas que cada empresa obtuviera y las mismas debían ser respetadas a futuro.

Parte del acuerdo era que las empresas que pertenecían al cártel no debían participar en las licitaciones que realizaban las empresas solicitantes para transportar vehículos automotores de cuentas que le pertenecían a otras empresas navieras o de lo contrario debían presentarse, pero entregando cotizaciones con precios elevados que obligaran al concesionario de los vehículos automotores a regresar a la empresa naviera que históricamente había transportado sus vehículos.

Por otra parte, a las empresas involucradas no se les encontró responsabilidad de fijación de tarifas porque en la investigación se demostró que las tarifas que coordinaban las empresas no titulares de las cuentas históricas eran para que las empresas que requerían sus servicios rechazaran sus ofertas por ser muy altas y de esta manera conseguir que el titular de la cuenta históricamente asignada la mantuviera.

El monto de Beneficio Ilícito Extraordinario Ajustado por Inflación de las empresas involucradas de acuerdo al fundamento 394, de la Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI, estimado por Indecopi fue de S/. 34 280 806,29 soles. (p.204)

Finalmente, a todas las empresas se les encontró responsabilidad por haberse repartido cuentas y fueron sancionadas de la siguiente forma:

EMPRESA	SANCIÓN IMPUESTA POR LA COMISIÓN	SANCION IMPUESTA POR LA SALA
Compañía Marítima Chilena S.A.	19,35 UIT	17.87 UIT
Compañía Sudamericana de Vapores S.A.	13 904,43 UIT	13 904,43 UIT
Eukor Car Carrier Inc.	4 189,60 UIT	3,870.60 UIT
Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.	2 223,30 UIT	2,054.01 UIT
Mitsui O.S.K. Lines Ltd.	1 916,86 UIT	1 916,86 UIT
Nippon Yusen Kabushiki Kaisha	5 300,59 UIT	5 300,59 UIT

Mediante Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI de fecha 30 de diciembre de 2020, se confirmó la Resolución de primera instancia y se modificó el monto de la sanción para Compañía Marítima Chilena S.A, Eukor Car Carrier Inc. y Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. La multa total de las empresas fue equivalente a 5,942.48 UIT.

Como beneficiaria del programa de Clemencia a Compañía Sudamericana de Vapores S.A. se le eximió del pago de la multa y a Nippon Yusen Kabushiki Kaisha se le redujo la multa por lo que tendrá que pagar el equivalente del 40% de 5 300,59 UIT.

En la Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI, la Comisión estableció como las autoridades de competencia de otros países sancionaron la misma conducta como se detalla a continuación:

PAIS	SANCIÓN

Estados Unidos	<p>Acuerdos de reducción de sanciones:</p> <p>CSAV aceptó pagar una multa penal de \$ 8.9 millones, K-Line \$ 67.7 millones, NYK \$ 59.4 millones, WWL \$ 98.9 millones y Höegh \$21 millones</p>
Japón	<p>Exoneró a Mitsui O.S.K. Lines Ltd. de pagar multas. Sancionó a NYK con \$ 120 millones, K-Line con \$ 52 millones, WWL con \$ 31 millones y Nissan Motor Car Carrier Co. \$ 3 millones.</p>
China	<p>Exoneró a NYK y se redujo las sanciones a MOL que pagará \$ 6 millones y K-Line \$ 3.7 millones.</p> <p>Se sancionó a Eukor con \$44 millones, CSAV con \$475,000 y CMC con \$190,000.</p>
Brasil	<p>Se investiga a CSAV, Eukor, Grimaldi Group SpA, Höegh, K-Line, MOL, NYK, Nissan Motor Car Carriers Co y WWL.</p> <p>Las empresas WWL y Eukor, firmaron un Compromiso de Cese y llegaron a un acuerdo para pagar multas por cerca de \$ 8.8 millones.</p>
Australia	<p>Se formalizó una denuncia contra NYK y K-Line.</p> <p>NYK se declaró culpable y fue sancionado con \$ 25 millones.</p>
Corea del Sur	<p>Sancionó a nueve compañías navieras, entre ellas MOL, K-Line, NYK, Eukor y CSAV.</p> <p>MOL y su subsidiaria Nissan Motor Car Carrier Co., Ltd. (NMCC) se les concedió clemencia.</p> <p>A NYK \$ 4.6 millones, Eukor \$1.9 millones¹⁴⁰, K-Line \$11.5 millones y CSAV \$ 643 mil.</p>

Elaboración propia.

Fuente INDECOPI.

Empresa Editora El Comercio S.A., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L. (Cártel de las impresiones)

De acuerdo a la agencia de competencia peruana las empresas que ofrecen servicio de impresión en el Perú son cinco: Quad Graphics, Amauta-El Comercio, Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. e Industria Gráfica Cimagraf S.A.C. ofreciendo sus servicios a tres tipos de clientes: comerciales, estatales y a editoriales.

En el año 2018, la agencia de competencia peruana inició dos investigaciones contra las empresas por lo que la Secretaría Técnica realizó visitas de inspección en contra de las investigadas, realizó requerimientos de información y entrevistas a funcionarios y exfuncionarios de las empresas denunciadas.

El 31 de diciembre de 2018, mediante la Resolución Nro.049-2018/ST-CLC-INDECOPI en el Expediente000012-2018/CLC la agencia de competencia dio inicio a un procedimiento de oficio en contra del grupo económico Amauta Impresiones Comerciales S.A. C. y Empresa Editora El Comercio S.A., la empresa Quad/Graphics Perú S.A. y nueve personas naturales por formar parte de un cártel nacional que acordó repartirse los clientes en el mercado de servicios de impresiones comerciales a nivel nacional entre enero de 2011 y enero de 2017.

El 20 y 27 de marzo de 2019, las empresas Amauta y El Comercio pertenecientes a un mismo grupo económico aceptaron la infracción e hicieron público que eran colaboradores del Programa de Clemencia.

Posteriormente, al hacerse pública la colaboración del grupo económico en el programa de clemencia y al estar consciente de la entrega de pruebas en contra del cártel. El 28 de marzo de 2019, la empresa Quad Graphics optó por solicitar la terminación anticipada del procedimiento a través de un compromiso de cese aprobado el 3 de septiembre del mismo año antes de ser sancionado y por temor a que sus multas pudiesen ser duplicadas por reincidencia al tomar conocimiento de que también venía siendo investigado en el Expediente Nro. 000002-2019/CLC por pertenecer a otro cártel de impresiones cuya finalidad era repartirse licitaciones.

De acuerdo a la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI, el compromiso de cese se sujetó a los siguientes compromisos de parte de la empresa Quad Graphics:

- ❖ El reconocimiento voluntario de la existencia de indicios de la conducta imputada.

- ❖ La aplicación de un programa de cumplimiento por tres años dentro de la empresa.
- ❖ La entrega de una contribución económica de S/ 10 847 120.91 (diez millones ochocientos cuarenta y siete mil ciento veinte y 91/100 soles), en calidad de medida correctiva complementaria. (p.4)

Las pruebas utilizadas para sancionar a las empresas fueron el estudio de series de ventas y las comunicaciones que se realizaban a través de correos electrónicos entre representantes de Amauta-El Comercio y Quad Graphics las mismas que tenían la siguiente finalidad:

- ❖ Coordinar la cotización que se enviaría a los clientes comerciales.
- ❖ Coordinar no cotizar a clientes no asignados por previo acuerdo o enviar cotizaciones con un precio excesivamente alto.
- ❖ Recordar a los integrantes del cártel el respeto del acuerdo de clientes.
- ❖ Prohibir entrega de mejores condiciones en sus cotizaciones que las que ofrecían los integrantes del cártel al que se le habían asignado determinada cuenta.
- ❖ Intercambios de información entre las empresas denunciadas y

De acuerdo al fundamento 60 de la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI, la Comisión determinó que de acuerdo al análisis de las series de ventas el reparto de clientes por clientes corporativos se asignó de la siguiente manera:

CLIENTES ASIGNADOS A:

La empresa Quad Graphics tuvo asignadas a las siguientes empresas: Boticas Arcángel, Boticas y Salud S.A.C., Carsa, Inkafarma, Maestro, Makro, Mifarma S.A.C., Natura, Oechsle, Supesa (Plaza Veá y Vivanda), Promart, Servicios Multimedia, Cencosud (Metro, Wong y París) y La Curacao.

Por otro lado, el grupo económico Amauta-El Comercio tuvo asignadas a las siguientes empresas: Avon, Estilos S.R.L., Tiendas Efe, Ripley, Saga Falabella y Edelnor.

El reparto del mercado por producto de los clientes corporativo se realizó respecto de dos empresas América Móvil Perú S.A.C. o conocida como Claro e Hipermercados Tottus S.A. en relación a la impresión de catálogos y revistas de las empresas.

Se encontró responsable a la Empresa Editora El Comercio S.A por práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto de clientes privados del período 2011 a 2016 y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. del período 2014 a 2016 y a otras personas naturales.

Finalmente, se sancionó al grupo económico Empresa Editorial El Comercio S.A. con una multa pecuniaria de S/ 61 937 453.34 (sesenta y un millones novecientos treinta y siete mil cuatrocientos cincuenta y tres o 14 747.01 (catorce mil setecientos cuarenta y siete y 01/100) UIT y medidas correctivas consistentes en corregir las observaciones que se le realizó a su programa de cumplimiento como la actualización de la matriz de riesgos, capacitación sobre legislación de libre competencia por tres años y corregir la designación de su Oficial de Cumplimiento (Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI, 2020, p.101).

La resolución de primera instancia Resolución 37-2021/SDC, de fecha 04 de marzo de 2021 fue confirmada por el Tribunal mediante Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI.

Empresa Editora El Comercio S.A., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L. - Cártel de las impresiones en licitaciones.

En el Perú existe un número reducido de agentes económicos que pueden satisfacer y manera independiente la gran demanda del servicio de impresiones de textos educativos para las escuelas públicas del Estado y son las siguientes empresas: Quad Graphics, Amauta-El Comercio, Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. e Industria Gráfica Cimagraf S.A.C.

Amauta y El Comercio son considerados por la agencia de competencia como un grupo económico desde el 31 de enero de 2014, porque Amauta absorbió el 90 por ciento de acciones del bloque patrimonial de El Comercio.

En el caso investigado el principal adquiriente es el Ministerio de Educación que adquirió a través de licitaciones y concursos públicos el servicio de impresión de cuadernos de trabajo, cuadernillos y libros que serían entregados a profesores y alumnos de los colegios nacionales del Perú. (p.31)

Sin embargo, en el proceso de licitaciones no siempre se puede combatir las conductas anticompetitivas y muchas veces se produce la colusión entre agentes económicos que impide que el Estado pueda realizar un gasto público eficiente a favor de los ciudadanos.

Por ello, la agencia de competencia pone especial cuidado en las licitaciones que compromete el tesoro público. Es por esta razón, que en la Secretaría Técnica el año 2017 al enterarse de la existencia de un cártel por una solicitud de clemencia Tipo A en el mercado de las impresiones, decidió iniciar una investigación en el mercado del servicio de

impresiones y realizar investigaciones complementarias en los establecimientos de las empresas investigadas.

Por ello, realizó diferentes visitas de inspección a las cinco empresas antes investigadas sin previo aviso entre octubre de 2017 y junio de 2019.

La finalidad de las vistas de inspección fue la de intentar replicar la información entregada por el colaborador del programa de clemencia, obtener nuevos medios probatorios sólidos en contra del cártel para poder iniciar un procedimiento contra el cártel.

En dicha inspección la agencia de competencia obtuvo diferentes elementos probatorios como archivos, correos electrónicos y documentos físicos del servicio de las impresiones. Del mismo modo, realizó requerimientos de información a las cinco empresas que ofrecen este tipo de servicio y entrevistas a funcionarios y exfuncionarios de las empresas.

Por otra parte, la Secretaría Técnica obtuvo evidencia económica en contra de las empresas investigadas a través del análisis económico que realizaron los economistas y abogados que trabajan en la agencia de libre competencia sobre las propuestas técnicas y económicas de las empresas publicadas en la página del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

El 07 de octubre de 2019, mediante la Resolución Nro. 034-2019/ST-CLC-INDECOPI en el Expediente0002-2019/CLC la Secretaría Técnica decidió iniciar un procedimiento de oficio en contra de las empresas investigadas bajo tres imputaciones que son las siguientes:

- La primera contra de El Comercio, Metrocolor, Navarrete y Quad Graphics por formar parte de un cártel en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones y concursos para la adquisición pública en el mercado de servicios de impresiones gráficas de material educativo a nivel nacional que funcionó de enero de 2009 a agosto de 2015.
- La segunda imputación fue en contra de Amauta Impresiones Comerciales S.A. C., la empresa Quad Graphics Perú S.A., Metrocolor S.A., y Corporación Gráfica Navarrete S.A. por formar un cártel que afectó el mercado nacional de las impresiones, bajo la misma modalidad anterior pero que habría funcionado entre marzo de 2014 a agosto de 2015.
- La tercera imputación fue en contra Metrocolor, Navarrete y Amauta-El Comercio que formaron un consorcio, Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Cimagraf por

formar parte de un cártel en el servicio de impresiones que habría funcionado entre mayo de 2015 y julio de 2016.

- Asimismo, se inició denuncias contra once personas naturales que como funcionarios y ex funcionarios de las empresas habría participaron en la ejecución de las conductas del cártel.

Una vez notificados los investigados, una de las personas naturales que trabajó como gerente general de la empresa Metrocolor del año 2013 al 2016 reconoció haber participado en el cártel, presentó un compromiso de cese que fue posteriormente aceptado por la Comisión y prestó diferentes declaraciones sobre las reuniones entre los gerentes de cuatro empresas editoriales.

El 17 de diciembre de 2019, las empresas Amauta y El Comercio pertenecientes a un mismo grupo económico aceptaron la infracción e hicieron público que eran colaboradores del Programa de Clemencia.

La Secretaría Técnica aceptó que tomó conocimiento de la infracción por la colaboración del grupo económico por lo que se les aplicaría una Clemencia Tipo A.

Luego del análisis de las pruebas recabadas por la Secretaría Técnica y las presentadas por agentes económicos investigados la Comisión de Libre competencia consideró que existió un cártel de prohibición absoluta formado por las empresas para la realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones, concursos en el mercado de servicios de impresiones gráficas de material educativo a nivel nacional que se desarrolló de la siguiente manera:

- Las empresas Amauta-El Comercio, Metrocolor, Navarrete y Quad Graphics formaron un cártel donde las empresas actuaron de manera independiente en los procedimientos de selección en el mercado de servicios de impresiones entre octubre de 2009 y agosto de 2015 (p.67).
- El consorcio formado por Amauta - Metrocolor – Navarrete y Quad Graphics, en el mercado de servicios de impresiones gráficas de material educativo a nivel nacional entre abril de 2015 y julio de 2016 (p.67).

La evidencia económica de la agencia de competencia permitió establecer que las empresas integrantes del cártel se comportaban siguiendo dos patrones.

El primero, de la autoeliminación en el cual las empresas se descalificaban. Para ello, las empresas actuaban de manera independiente en los procedimientos de selección, los gerentes de las empresas llegaban a un acuerdo previo para repartirse los ítems.

Una vez que ya se habían repartido los ítems, la empresa a la cual se le había asignado el ítem presentaba una oferta por debajo del valor referencial o costo estimado aprobado por el Ministerio de Educación para adquirir el ítem.

Las empresas a las que no se les había asignado el ítem procedían a presentar ofertas cercanas al valor referencial o superiores a las ofertadas por el ganador del ítem para para descalificarse. Así se aseguraban de que el Estado escogiera la oferta de la empresa a la que se le había asignado el ítem y daban apariencia de competencia real en los procedimientos de selección.

En otros casos, las empresas se abstenían de participar.

Las empresas investigadas en ocasiones presentaron propuestas por debajo del 30% o 40% respecto del valor referencial cuando participaban empresas que no eran integrantes del cártel.

El segundo patrón utilizado por las empresas integrantes del cártel fue el de equivalencia para repartirse los ítems teniendo en cuenta los montos de los valores referenciales.

Respecto de la conducta anticompetitiva del cártel en las que las empresas actuaron de manera individual se acreditó que existieron 21 procedimientos de selección en dicho mercado, el cártel participó en 19 procedimientos de selección. De los 19 procedimientos de selección en las que las empresas actuaron de manera independiente, se le sancionó por su participación en 14 y se le exoneró de responsabilidad en dos procedimientos. Mientras que en los dos procedimientos de selección en los cuales las empresas actuaron como consorcio se les encontró responsables.

Respecto de estos 19 procedimientos de selección, se demostró a través de diferentes elementos probatorios como correos electrónicos y declaraciones de gerentes de las empresas que existieron reuniones para coordinar el reparto de 74 ítems vinculados a materiales educativos, pero el cártel solamente obtuvo 55 ítems en los concursos.

Precisándose que de las reuniones que se realizaron para los 19 procedimientos de selección, la empresa Quad Graphics participó en todas las coordinaciones de los 19 procedimientos

de selección y las empresas Amauta-El Comercio, Metrocolor y Navarrete participaron en 15.

Las empresas Amauta, Metrocolor y Navarrete participaron como un consorcio colusorio Graphics en dos procedimientos de selección en el que coordinaron para ganar y repartirse 13 ítems, de los cuales ganaron 8, junto a Quad Graphocs.

No se sancionó a la empresa Cinegraf debido a que a pesar de haber mantenido alguna comunicación a través de correos electrónicos con las empresas, su comportamiento en el mercado era distinto a las de las otras empresas, el intercambio de correos se realizó para celebrar un posible consorcio con otra empresa para participar de un procedimiento de selección que no se concretó y los gerentes de otras empresas señalaron que la empresa no participó en las reuniones celebradas en hoteles y restaurantes.

El beneficio ilícito actualizado calculado para cada una de las empresas fue de S/ 15, 688,666.9 para Quad Graphics, S/ 15, 010,370.9 para Navarrete, S/13, 866,150.1 para Metrocolor y para Amauta-El Comercio de S/12, 314,278.4. El beneficio de las empresas integrantes del cártel de manera conjunta equivaldría a S/ 56, 879, 466,3.

La parte resolutive de Resolución estableció lo siguiente:

- La falta de responsabilidad de la empresa de Industria Gráfica Cimagraf S.A.C. porque no participó del cártel investigado.
- La falta de responsabilidad de las empresas El Comercio S.A., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad Graphics Perú S.R.L. en tres procedimientos de selección.
- Se estableció la falta de responsabilidad de dos personas naturales denunciadas por haber participado como funcionarios de las empresas denunciadas y se sancionó a otras ocho personas naturales por haber participado del cártel investigado.
- La Comisión encontró responsabilidad en las empresas El Comercio S.A., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L., por haber participado de un cártel que participó en 12 procedimientos de selección que se realizaron entre octubre de 2009 y agosto de 2015.
- La Comisión encontró responsabilidad en las empresas Amauta Impresiones Comerciales S.A.C., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y

Quad/Graphics Perú S.R.L. por haber participado de un cártel que participó en 2 procedimientos de selección que se realizaron entre marzo de 2014 y agosto de 2015.

- Estableció que el consorcio conformado por Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y las empresas vinculadas Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. - Empresa Editora El Comercio S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L. participaron en dos procedimientos de selección.
- Se estableció como medida correctiva la implementación un programa de cumplimiento de tres años.

La multa aplicable a Amauta-El Comercio fue de 4,664.50 (cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro y 50/100) UIT, a Metrocolor 2,851.82 (dos mil ochocientos cincuenta y uno y 82/100) UIT, a Navarrete queda fijada en 667.27 (seiscientos sesenta y siete y 27/100) UIT, a Quad Graphics queda fijada en 2,276.82 (dos mil doscientos setenta y seis y 82/100) UIT lo que hace una suma total de 10.460,41 UIT.

El beneficio del programa de clemencia para el grupo económico Amauta-El Comercio es la exoneración total de la multa de 4,664.50 UIT (cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro y 50/100).

La resolución de primera instancia Resolución 37-2021/SDC, ha sido apelada ante el Tribunal.

CAMBIOS QUE DEBEN REALIZARSE PARA QUE EL PROGRAMA DE CLEMENCIA FUNCIONE CORRECTAMENTE

Establecer nuevos porcentajes del beneficio de reducción del programa de clemencia

Una de las mayores críticas que reciben los programas de clemencia en Latinoamérica es que son copias exactas de los programas de otras jurisdicciones como el de la Unión Europea o el de Estados Unidos.

Específicamente en el caso peruano, nuestro programa es en gran medida similar al de la Unión Europea como podemos apreciarlo en el siguiente cuadro:

PROGRAMA	Unión Europea	PERÚ
Beneficiarios	Empresas	Individual Corporativa
Inmunidad	Dispensa del pago de la multa Clemencia Tipo A-100% Clemencia Tipo B-50%-100%	Exoneración del pago de la multa Clemencia Tipo A- 100% Clemencia Tipo B- 100%
Medios probatorios	Elementos probatorios con valor añadido significativo.	Elementos de juicio con valor agregado significativo.
Porcentaje de trato indulgente	Primera empresa: una reducción del 30 %-50 % Segunda empresa: una reducción del 20 %-30 %	Primer beneficiario de una reducción: 30 a 50% Segundo beneficiario de una reducción: 20 a 30%

	Las siguientes empresas: una reducción de hasta el 20 %.	Tercero y siguientes beneficiarios de una reducción: hasta 20%
Papel desempeñado	Beneficia a la empresa que ejerció coacción con reducción	Beneficia al agente económico que ejerció coacción
Papel desempeñado	Beneficia al agente económico que ejerció liderazgo en el cártel.	Beneficia al agente económico que ejerció liderazgo en el cártel.
Responsabilidad Civil	No exime de responsabilidad civil a la empresa	No exime de responsabilidad civil al agente económico

Elaboración propia.

Es innegable que resulta positivo que al momento de elaborar normas el legislador considere lo dispuesto en legislaciones extranjeras exitosas para que sirvan de orientación, pero no se puede justificar que nuestro programa haya copiado hasta los porcentajes de reducciones del programa europeo sin ajustarlo a la propia realidad del país y sin un previo análisis costo beneficio.

Por lo que, resulta necesario que se revisen y se establezcan nuevos porcentajes de reducción de la multa que considere adecuados la agencia de libre competencia a través de un análisis costo-beneficio previo para poder garantizarse la racionalidad de la norma de tal manera que se consiga incentivar a un mayor número de agentes económicos a participar en el programa de clemencia.

Como señala Bullard el Análisis Económico del Derecho es una metodología de análisis que aplica los métodos de la ciencia económica al Derecho y se originó en Estados Unidos aproximadamente en 1960. (2003, p.41)

Al respecto, es necesario mencionar que la Guía del programa de Clemencia se enmarca en lo dispuesto en el artículo 26 del D.L. 1034 que fue modificado en el año 2015 por el D.L.

1205. Sin embargo, luego de la revisión de la Exposición de motivos del Decreto Legislativo D.L. 1205, se observa que los porcentajes de beneficios de reducción fueron establecidos de manera arbitraria en la Ley de Competencia, porcentajes que fueron posteriormente consignados en el Programa de clemencia en la Clemencia Tipo C.

La exposición de motivos del D.L. 1205 se limita a indicar que los porcentajes de reducción de los programas de clemencia son establecidos de diferentes maneras por los países, pero que en el caso peruano se consignarían los porcentajes establecidos en programas de clemencia exitosos como los de Canadá, México, España y el de la Unión Europea. (p.29)

Es cierto, que el Poder Ejecutivo al promulgar el D.L.1205 realizó un avance muy importante porque aclaró los beneficios de la legislación de competencia de clemencia e introdujo como beneficios la exoneración y los porcentajes posteriormente consignados en el programa de clemencia.

Sin embargo, las normas no pueden establecer porcentajes de manera arbitraria y estos porcentajes pueden ser cambiados con el tiempo. Un claro ejemplo es que la Unión Europea estableció tres tipos de porcentajes en su programa del 2006, pero en el año 2012 en su programa modelo de clemencia que servirá de guía a sus países miembros para crear sus propios programas se limitó a señalar que los porcentajes de reducciones no deberían ser superiores al 50 % de la multa que se le habría impuesto, para lo cual se deberá tener también en cuenta el momento de presentación de la prueba y el orden de prelación de su solicitud pero sin indicar cuales son estos porcentajes. (EU, 2013, p.114)

Por lo tanto, el Perú puede también modificar la norma estableciendo porcentajes distinto a los establecidos en el artículo 26 del D.L. 1034.

Para ello, como señala Hernández (2014) se debe cumplir con realizar correctamente el análisis costo beneficio de la norma legal futura para conocer el impacto económico de la futura ley.

Además, debe cumplirse con lo establecido en el Artículo 75 del Reglamento del Congreso que exige los requisitos que todo proyecto de ley debe tener.

Requisitos y presentación de las proposiciones

Artículo 75. Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se

propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental.

De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable.

Las proposiciones de ley y de resolución legislativa se presentarán ante la Oficialía Mayor del Congreso en día hábil y horario de oficina, para su registro; sin embargo, el Consejo Directivo puede disponer que funcione una oficina especial de la Oficialía Mayor que reciba las proposiciones en día y horario distinto, cuando las circunstancias así lo requieran, dando cuenta a los Congresistas.

Es importante mencionar que el proyecto de ley que se presente para modificar los porcentajes del programa de clemencia debe ser un proyecto serio que cumpla con todos los requisitos mencionados y en especial con un análisis costo beneficio que permita incrementar los montos de beneficios de ser posible y no ser el simple resultado de una invención parlamentaria como sucedió con el Proyecto de Ley 1853-2017-CR presentado por el congresista Yonhy Lescano Ancieta en el año 2017.

El proyecto de Ley antes mencionado pretendió destruir hace algunos años el programa de clemencia peruano eliminando el beneficio de la exoneración del Tipo de Clemencia A y B, para convertirlo en un simple programa de reducciones mínimas que destruirían los incentivos del programa y su verdadera finalidad.

Su propuesta era la de eliminar la Clemencia Tipo A y B, otorgando como único beneficio la exoneración del 40% de la multa al primer integrante de un cártel que se presente a entregar información relevante que debía cumplir como principal requisito de que el cártel al que delataba no debería haber funcionado por un período superior a un año.

El motivo que sustentaba su proyecto era que consideraba un error otorgar el 100% de exoneración de la multa porque se incentivaba a la formación de cárteles que luego se presentaban al programa antes de que se les inicie un procedimiento sancionador para convalidar su supuesta conducta ilícita. (Proyecto de Ley 1853-2017-CR, 2017, p.6-7)

Respecto al beneficio de reducción establecía que el segundo solicitante debería recibir una reducción del 25% al 35% de la multa, el tercero una reducción de 20 al 30% y los siguientes un 20% de la multa como máximo, pero sin establecer el motivo por el cual debían consignarse estos porcentajes.

El Proyecto de Ley, también buscaba la eliminación total de cualquier beneficio para el instigador y para el agente económico que haya ejercido coacción dentro del cártel.

En el Apartado de Análisis Costo Beneficio se indicaba que el Proyecto de Ley corregía los excesos y deficiencias del Programa de Clemencia porque en el país no se justificaba la exoneración total de la multa de 100% y que al reducirla al 40% se producirían mayores ingresos para Indecopi.

En este apartado hemos mencionado brevemente el Proyecto de Ley 1853-2017-CR, porque necesitábamos representar con un ejemplo lo peligroso que puede resultar pretender modificar los porcentajes del beneficio de reducción del programa de clemencia de manera arbitraria.

Por ello, consideramos que en nuestro país la agencia de competencia debe establecer sus porcentajes que sean positivos teniendo en consideración que durante el período del año 2017 al 2021, de acuerdo a las resoluciones publicadas por la agencia de competencia únicamente se han investigado a dos cárteles por investigaciones propias de la Secretaría Técnica y se han investigado a tres cárteles por aplicación de Clemencia Tipo A.

Finalmente, no pretendemos de ningún modo la modificación de la exoneración total de la multa en la Clemencia Tipo A porque consideramos que un agente económico que decide delatarse y exponer a su cártel debe recibir un incentivo alto para acogerse al programa. Porque el agente económico que decide acudir a la agencia de competencia también realizó previamente un análisis del costo beneficio de lo que ello le representará, porque podrá obtener una exoneración total de la multa pero el agente económico también es consciente que existen costos ocultos que tendrá que asumir como el gasto en procesos judiciales por demandas de indemnización de daños y perjuicios; el monto económico que tendrá que entregar al momento de la sentencia o en el acuerdos extrajudiciales para resarcir el daño a las personas directamente afectadas por los cárteles, siendo consciente que las pruebas que aportó al presentarse al programa de la Clemencia podrían ser utilizadas como elemento probatorio en procesos judiciales.

Un claro ejemplo de ello, es que la agencia de competencia puede cumplir con el compromiso de no interponer demandas de daños y perjuicios en contra de un agente económico beneficiario de una Clemencia Tipo A en el cartel sancionado en el Expediente 002-2019/CLC, donde se sancionó al grupo económico, Amauta-El Comercio y a la empresa Quad Graphics Metrocolor S.A., pero todavía queda subsistente la posible demanda por daños y perjuicios que interpondrá el Estado Peruano como persona jurídica directamente afectada.

Establecer la diferencia de porcentajes del beneficio de reducción y las reducciones de multas otorgadas por Compromisos de Cese

Es necesario que se clarifique los porcentajes de descuentos otorgados por el programa de clemencia y se establezca la diferenciación con los descuentos otorgados por el compromiso de cese.

El problema entre el compromiso de cese que busca terminar anticipadamente un procedimiento administrativo y el programa de clemencia que es materia de esta investigación surge porque actualmente la Secretaría Técnica está utilizando una fórmula para aceptar cantidades de dinero ofrecidas por los agentes económicos integrantes de cárteles de núcleos duro como medidas complementarias para investigación, promoción y defensa de la competencia consistentes en un monto que es calculado en función a la posible multa que recibiría el infractor al finalizarse el procedimiento con la reducción del treinta y cinco por ciento de la multa; que es superior al porcentaje otorgado por el reconocimiento pero inferior al que recibiría el tercer o cuarto solicitante del programa de clemencia a pesar de que ello no está dispuesto en la norma y tampoco en ningún lineamiento.

Para continuar, es necesario señalar que de acuerdo al artículo 25 del D.L. 1034 un compromiso de cese es aquella solicitud que presenta un agente económico de manera individual o conjunta con otros agentes económicos a la Secretaría Técnica requiriendo la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador. Para ello, el agente económico infractor acepta su responsabilidad contra la libre competencia, se compromete ante la agencia de competencia a implementar una serie de medidas correctivas y cumplir diferentes ofrecimientos realizados en su solicitud que permitan restablecer la libre competencia en el mercado y revertir los efectos lesivos de la conducta. La propuesta es analizada por la Secretaría Técnica, quien la presenta a la Comisión para que la apruebe o la rechace, siendo la decisión inimpugnable.

De igual forma, en un compromiso de cese el agente económico puede ofrecer medidas complementarias que evidencien su propósito de enmienda y que contribuyan con las actividades de investigación, promoción y defensa de la competencia, incluyendo el soporte o financiamiento de tales actividades para que la Secretaría Técnica evalúe su propuesta. (D.L. 1034, p.18)

Por otra parte, la finalidad del programa de clemencia es incentivar a que los integrantes de un cártel colaboren con la autoridad de competencia entregando pruebas a cambio de una exoneración total de la multa o una reducción en la multa que va desde el 20% al 50% por ciento de reducción de la multa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 del D.L. 1034. Sin embargo, ¿qué sucede con el programa de clemencia si los beneficios del compromiso de cese pueden ser más atractivos si eres el tercer o cuarto solicitante en el orden de prelación para solicitar una reducción.

La Secretaría Técnica en el Informe 020-2019/ST-CLC-INDECOPI del Expediente Nro. 002-2018/CLC-CC (p.19), ha señalado que una reducción de multa en un compromiso de cese debe oscilar entre el 28% y 35% previo análisis de las circunstancias y conductas de los infractores. Ello debido a que el porcentaje 27,75% sería el que obtendría cualquier agente económico beneficiado por un reconocimiento y que pague su multa prontamente; y el 35% es el promedio de los beneficios otorgados a un tercer o cuarto solicitante del beneficio de reducción del Programa de Clemencia. Señalando como fundamento que la Secretaría Técnica tiene amplias facultades de negociación reconocidas en el artículo 25.4 del D.L. 1034 y que el descuento resulta necesario para que los agentes económicos opten por utilizar este mecanismo y no continuar con el trámite regular del procedimiento administrativo sancionador.

MECANISMO	BENEFICIOS QUE OFRECE	PRONTO PAGO	REDUCCIÓN TOTAL
	Segundo solicitante: reducción de entre 30% y 50%	15% adicional a la reducción recibida	Reducción de entre 40.50% y 57.50%

Programa de Clemencia	Tercer solicitante: reducción de entre 20% y 30%	15% adicional a la reducción recibida	Reducción de entre 32% y 40.50%
	<i>Cuarto</i> y subsiguientes solicitantes: reducción de hasta 20%	15% adicional a la reducción recibida	Reducción de hasta 32%
Reconocimiento	Reducción de hasta 15%	15% adicional a la reducción recibida	Reducción de hasta 27.75%

Fuente: Resolución 010-2019/CLC-INDECOPI

No obstante, la posición adoptada por la secretaria técnica afecta el correcto funcionamiento del programa de clemencia y la claridad en la aplicación de sus beneficios otorgados por el programa de clemencia para obtener una reducción en el porcentaje de la multa impuesta o firmar un compromiso de cese.

Por ejemplo, si la agencia de competencia se encuentra investigando a un cártel de diez integrantes y cuenta con tres colaboradores del programa de clemencia que tienen pruebas de que el cártel funcionó durante los últimos tres años porque recién se integraron al cártel, pero no cuentan con pruebas para procesar a los demás integrantes que formaron parte del cártel de manera ininterrumpida por los últimos diez años. En este caso es evidente que la agencia de competencia difícilmente encontrará a un cuarto colaborador dispuesto a entregar pruebas a través del programa de clemencia por una reducción del 20% de la multa, porque al ser el cuarto en orden de prelación, resulta más beneficioso el descuento del 35% de la multa que podría obtener por el compromiso de cese y destruir todas las pruebas por períodos diferentes a los cuales se me está investigando y sin correr el riesgo de que luego otras personas directamente afectadas me demanden por daños y perjuicios.

Implementar la Amnistía más en el Programa de Clemencia.

El programa de clemencia peruano no establece la obligación del agente económico de informar sobre todos los cárteles de núcleo duro en los cuales participa al momento de presentarse al programa por lo que es necesario implementar la Amnistía Más.

Al respecto, el Departamento de Justicia de Estados Unidos (2017, p.9) refiere que cuando una empresa no puede ser la primera presentarse al programa de clemencia puede recibir un descuento adicional en su acuerdo de culpabilidad si informa sobre su participación en otro cartel independientemente de si se trata del mismo mercado o de otro diferente. Porque muchas de las investigaciones que realiza la División Antimonopolio se basan en evidencia obtenida en otras investigaciones, por lo que han optado por seguir un enfoque proactivo que les permite atraer un número mayor de solicitudes de clemencia al alentar a los sujetos y objetivos de las investigaciones a considerar si pueden calificar para la clemencia en otros mercados en los que compiten.

Por ello, resulta importante que, en nuestra legislación de competencia, se implemente la Amnistía Más o amnesty plus en un porcentaje adicional a la reducción que otorga el programa de clemencia peruano y que debe ser sumado a la reducción ya obtenida por la primera investigación. Pero se debe otorgar la exoneración respecto del segundo cártel delatado si correspondiera o la reducción correspondiente si el cártel ya hubiese sido expuesto, pero no es de conocimiento del agente económico que solicita la delación más.

En Chile, el punto 7 de la Guía de delación compensada establece que se otorgue el monto máximo de reducción que es el 50% respecto de la primera infracción y la exoneración respecto del nuevo cártel denunciado al segundo delator que opte por la delación compensada aumentada.

Por otra parte, conforme lo establecido por el Decreto 1523/2015 la agencia de competencia de Colombia otorga como beneficio adicional el 15% del total de la multa impuesta al agente económico que no habiendo podido obtener el primer lugar al solicitar clemencia se presente y sea el primero en delatar otros cárteles. La reducción se suma a los porcentajes de reducciones que ya otorga su legislación de competencia respecto de la primera conducta y solo puede otorgarse en una sola oportunidad.

En el caso peruano, el porcentaje adicional de reducción de la Amnistía más debe ser determinado por la Comisión de Libre Competencia previo análisis y pudiendo tomar como referencia la amnistía más que otorga Chile y Colombia.

Es importante resaltar la importancia de esta figura, porque de la revisión de las resoluciones emitidas en los últimos cinco años por nuestra agencia de competencia, se puede concluir que los agentes económicos participan en más de un cártel en el mismo mercado pero con

diferentes agentes económicos como sucedió con los agentes económicos formados por el grupo económico El Comercio S.A.-Amauta y la empresa Quad/Graphics Perú S.R.L. que fueron investigados por pertenecer a dos cárteles en el servicio de las impresiones.

Sin embargo, en estos casos en particular únicamente hubo dos solicitudes de exoneración Tipo A presentados por el grupo económico El Comercio S.A.-Amauta en ambos procedimientos administrativos iniciados, pero la empresa Quad/Graphics Perú S.R.L. únicamente presentó una solicitud de compromiso de cese que fue aprobado en un procedimiento administrativo sancionador y fue multado en el otro procedimiento.

Que hubiera sucedido si el programa de clemencia peruano tuviera como un beneficio adicional de reducción de multas diferente a las contenidas en el artículo 26.3 para los infractores que informen sobre la existencia de cárteles que funcionan en nuestro mercado como forma de incentivar todavía más la participación de los agentes económicos en el programa de clemencia.

Que hubiera sucedido con la empresa Quad/Graphics Perú S.R.L. si hubiese existido la posibilidad de la “amnistía más”. Es posible que el agente económico teniendo conocimiento de que participa en otro cártel adicional hubiera elegido la amnistía más, para presentarse como un segundo colaborador en el primer procedimiento obteniendo un descuento entre 30% y 50% al cual se le sumaría el porcentaje adicional por la amnistía más y denunciar inmediatamente al segundo cártel para poder obtener la exoneración en este procedimiento y en el peor de los casos solicitar el beneficio por reducción entre 30% y 50%.

QUAD/GRAPHICS PERÚ S.R. L	COMPROMISO DE CESE	PROGRAMA DE CLEMENCIA
EXPEDIENTE 1	Descuento entre el 28% al 35% de la multa	Segundo solicitante: reducción de entre 30% y 50% + descuento adicional “x” por amnistía plus
EXPEDIENTE 2	Descuento de 0% de la multa	Exoneración o reducción entre 30% y 50% por ser el segundo solicitante

DESCUENTOS:	Descuento Máximo 35%	Descuento Mínimo de 50% en cada procedimiento.

Elaboración propia.

Armonizar la norma penal y la administrativa

La agencia de competencia necesita que se logre la armonización del Programa de Clemencia y de la norma penal o de lo contrario se conseguirá que los agentes económicos integrantes de un cártel dejen de utilizar el programa porque esta herramienta no otorga beneficios de naturaleza penal.

El programa de clemencia puede otorgar beneficios de naturaleza administrativa atractivos como la exoneración total de la multa o reducciones, pero la norma penal puede tener como consecuencias agentes económicos no utilicen el programa por miedo a terminar privados de su libertad en un proceso penal donde el Ministerio Público utilizará las mismas pruebas que ellos aportaron en el procedimiento administrativo sancionador.

Para evitar ello, la agencia de competencia tiene dos caminos. El primero, conseguir que el Artículo 232 del Código Penal de Abuso del poder económico sea derogada y que los cárteles de núcleo duro sigan siendo considerados infracciones administrativas.

Al respecto Fonseca, señala que luego de un análisis costo beneficio en persecución de cárteles el Derecho administrativo sancionador es más ágil y efectivo, porque el Derecho Penal puede ser también bastante rápido, pero implementar un sistema especializado en persecución de cárteles empresariales demandaría un coste de inversión en personal especializado. (2016, p.6)

En el Perú, es recomendable que los cárteles sigan siendo perseguidos administrativamente primero porque Indecopi es una agencia de competencia especializada y con experiencia persiguiendo cárteles. Además, la agencia de libre competencia cuenta con un buen programa de clemencia que permite sancionar e imponer multas a los agentes económicos infractores restableciendo la libre competencia. Segundo, porque la prueba que se necesita administrativamente no es del mismo nivel que el exigido en un procedimiento penal que exige el cumplimiento de garantías constitucionales como la presunción de inocencia y porque cuando se criminalizó a los cárteles en el pasado no se logró ninguna condena

efectiva. Tercero, si se decide continuar persiguiendo a los cárteles el Estado tendrá que soportar el impacto regulatorio de implementar la norma penal invirtiendo grandes sumas de dinero para formar personal especializado en temas de libre competencia en el Ministerio Público y en el Poder judicial para que se pueda perseguir de manera efectiva este tipo de delitos. Por último, el sistema penal peruano se encuentra demasiado congestionado con otro tipo de delitos y procesar penalmente a un cártel podría durar años y recursos adicionales del Estado además de que se tendría que asumir los gastos económicos que demandaría mantener en prisión a los integrantes del cártel.

Como segunda opción tenemos que sería necesario que se presente una modificación de la norma penal para que se sancione únicamente a las prácticas colusorias de prohibición absoluta y se otorgue la exoneración total de la responsabilidad penal a los beneficiarios del programa de clemencia Tipo A y se conceda reducciones o beneficios de naturaleza penal a los beneficiarios de la Clemencia Tipo B y C.

La norma penal deberá otorgar exoneración o beneficios de naturaleza penal para las personas naturales que hayan participado como representantes legales o integrantes de los órganos de dirección, gestión o representación de algún agente económico que haya participado en un cártel de núcleo duro y a los facilitadores de cárteles de núcleo duro. Para ello, se necesitará informe previo de la agencia de competencia y el proceso judicial deberá iniciar una vez que haya concluido un procedimiento administrativo sancionador para evitar procedimientos contradictorios o paralelos como lo establece la legislación chilena y que puede adecuarse a nuestra legislación con características propias.

De esta manera, se garantizaría que agentes económicos solicitantes del programa de clemencia no pierdan el incentivo de participar en el programa porque estarán garantizando la no imposición de multas o la reducción de éstas a nivel administrativo y su libertad.

Es necesario mencionar, que el Perú debe seguir la línea de los países de Estados Unidos, Chile y Brasil donde se persigue con sanciones penales a los cárteles de núcleo duro, pero no se impone ninguna sanción penal a los primeros participantes del programa de clemencia para incentivar la utilización de esta herramienta. Mientras que, en Colombia, donde se sanciona penalmente únicamente a los cárteles que se forman para obtener beneficios en licitaciones públicas se otorga como beneficio una reducción de un tercio de la sanción penal.

Estados Unidos	Chile	Perú	Colombia
Cárteles de núcleo duro se consideran delitos.	Cárteles de núcleo duro se consideran infracciones administrativas y también son considerados delitos.	Cárteles de núcleo duro se consideran infracciones administrativas y se sancionan con multas.	Cárteles de núcleo duro se consideran infracciones administrativas y se sancionan con multas.
Programa de clemencia o Leniency Program.	Programa de delación.	Programa de clemencia.	Programa de beneficios por colaboración.
Sanción Penal para cárteles de núcleo duro y programa de clemencia.	Sanción Penal para cárteles de núcleo duro.	Sanción Penal para cárteles horizontales y verticales, abuso de posición de dominio. (Art. 210 del Código Penal)	Sanción Penal para cárteles que se forman para obtener beneficios en licitaciones públicas. (Art. 410 del Código Penal)
Inmunidad total de la sanción penal al primer beneficiario del programa de clemencia.	Exoneración de responsabilidad penal al primer beneficiario y rebaja en un grado de la pena por el delito de colusión al segundo beneficiario que no deberá cumplir el año	Ninguna exoneración de naturaleza penal	Reducción de un tercio de la sanción penal

	de privación efectiva de libertad.		
--	------------------------------------	--	--

Elaboración propia

Gómez señala que en Colombia las solicitudes de acceso al programa de beneficios por colaboración son superiores por parte de los cárteles de fijación de precios, repartición de mercados y acuerdos para establecer las condiciones de venta en el mercado en comparación con las solicitudes de cárteles que se formaron para participar en licitaciones porque este último es sancionado penalmente. Debido a que en las primeras conductas anticompetitivas no existe riesgo o posibilidad de terminar privados de su libertad, lo cual representa un desincentivo para colaborar con la agencia de competencia colombiana en los casos de colusión por licitaciones públicas. (2021, p. 53)

Asimismo, Estados Unidos que tiene la mejor División Antimonopolio del mundo y cuya misión es disuadir, eliminar y enjuiciar a los cárteles tiene que invertir tiempo y cantidades millonarias en perseguir penalmente a las empresas y a las personas naturales que los integran para colocarlos tras las rejas. El Departamento de Justicia de este país afirma que enjuiciar infracciones penales de las leyes antimonopolio es sumamente costoso por lo que tienen como objetivo eliminar este tipo de conductas a través de la disuasión. Por lo que aceptan que los programas de clemencia se han convertido en su herramienta más importante para desestabilizar y eliminar los cárteles nacionales, aunque no dependen únicamente de esta herramienta. (2020, p. 16)

El Departamento de Justicia en el año 2020, consiguió la extradición de Italia de la ciudadana holandesa ex vicepresidenta sénior de ventas y marketing de carga de Martinair N.V. Maria Christina Meta Ullings, encontrada culpable en Estados Unidos en el año 2010 de participar en un cartel internacional para fijar los precios de la carga aérea y donde se impuso multas penales por \$1.800 millones de dólares. (Department of Justice, 13 de enero de 2020).

Por lo cual, en un país como el nuestro que no cuenta con los recursos económicos suficientes para procesar este tipo de delitos y donde tenemos un programa de clemencia poco maduro en comparación con el de Estados Unidos no se justifica que no se conceda ningún beneficio de naturaleza penal a las personas naturales a quienes se les ha concedido beneficios de naturaleza administrativa por ser colaboradores del programa de clemencia.

Alteración del lugar de Postulación

En el programa peruano, debería permitirse la alteración del lugar de postulación como lo permite el programa de delación chileno, pero únicamente en la Clemencia Tipo C o respecto de las solicitudes de reducción de sanciones, entregando los beneficios y el orden de prelación al siguiente solicitante del beneficio que entregue elementos probatorios e información importante y útil a la agencia de competencia que permita continuar con el procedimiento para hacer más atractivo el programa.

La alteración del lugar de postulación para los solicitantes de reducción de los beneficios debería darse cuando otro agente económico decide retirar su solicitud de reducción, su solicitud es rechazada o pierde su beneficio provisional.

Aumentar el poder de detección de la Agencia de Competencia

Para que el programa de clemencia de una agencia de competencia sea eficaz debe cumplir con el requisito de tener un alto riesgo de detección, que produzca en los integrantes de un cártel la percepción de que la agencia podrá descubrir su conducta anticompetitiva. Esto porque cuenta con facultades legales, recursos económicos y humanos suficientes para poder intervenirlos, investigarlos y sancionarlos.

Como hemos señalado con anterioridad la función primordial de investigación, persecución y sanción de cárteles las realiza a través de la Secretaría Técnica que es el órgano encargado de investigar, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que resuelve en primera instancia y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI que resuelve en segunda instancia.

Sin embargo, en el Perú a pesar de que la agencia de competencia cuenta con facultades legales y presupuesto de las propias multas que impone, la misma no cuenta con recursos humanos suficientes para generar miedo en los integrantes de un cártel quienes pueden estar confiados en que difícilmente serán descubiertos por una agencia que no cuenta con suficientes trabajadores para vigilar el abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias y el control previo de concentraciones empresariales en 24 departamentos del Perú. Lo que hará que no pueda concentrar todos sus esfuerzos únicamente para detectar un cártel de los muchos que funcionan en el mercado.

Ello lo afirmamos porque según el Cuadro para Asignación de Personal Provisional para el año 2021, la autoridad de Defensa de la Libre Competencia, tiene noventa y uno servidores,

ochenta y uno funcionarios designados al área de Comisión y diez funcionarios designados el Tribunal. (p. 2-3)

Por lo que, resulta difícil que este grupo de trabajadores pueda monitorear a los cárteles de núcleo duro que operan clandestinamente en nuestro mercado, lo que generará que los agentes económicos integrantes perciban que la agencia de competencia no representa en la realidad un riesgo que los haga temer a ser descubiertos, por lo que no se sentirán suficientemente incentivados a presentarse al programa de clemencia.

Ello, ya había sido advertido por la OCDE que observó que el número de personal del área de Libre Competencia del año 2017 estaba conformado por 58 personas entre economistas, abogados y personal de apoyo el cual era insuficiente y que debía ser ampliado si se le añadirían funciones como el de control de concentraciones. Precizando que sólo 26 de ellos eran los que trabajaban en la Secretaría Técnica. (2018, p.44)

Por lo tanto, es necesario que Indecopi incremente el personal de la agencia de competencia y que ponga especial énfasis en la detección de los cárteles de núcleo duro.

PRIMERA. De acuerdo a los casos analizados en la presente investigación se llega a la conclusión de que existiría una aplicación eficaz de los programas de clemencia en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra cárteles de núcleo duro realizados entre los años 2017 al 2021. Es decir, cuando hacemos referencia a la aplicación eficaz estamos haciendo referencia a que el objetivo en cuanto al programa de clemencia se logra a través del descubrimiento de cárteles de núcleo duro a través de la participación los integrantes del cártel.

Sostenemos, por tanto, que las empresas han accedido sin dificultad al programa de clemencia de Indecopi que se encuentra en el artículo 26 del DL. 1034 y en el Programa de clemencia. No obstante, nuestro modelo nacional de programa de clemencia es un modelo perfectible.

SEGUNDA. La Guía del programa de clemencia peruano elaborada por Indecopi señala que la finalidad del programa es incentivar con la posible exoneración o reducción de la multa a que los agentes económicos involucrados en un cártel de prohibición absoluta a que revelen su existencia a la autoridad. Dentro de la investigación hemos analizado como se regula el programa de clemencia en otros países. Por ejemplo, en la legislación comparada, el programa de clemencia en Estados Unidos ofrece inmunidad de naturaleza penal únicamente a la primera empresa infractora o persona que entregue información sobre un cártel de núcleo duro antes y después de iniciada una investigación; y el programa de clemencia europeo otorga como beneficios la no imposición de multa a la primera empresa en presentar su solicitud que pertenezca a un cártel y beneficios de reducciones a las empresas que no sean las primeras en presentarse ante la autoridad de competencia. Haciendo una comparación a la normatividad vigente con respecto a la regulación del programa de clemencia a nivel internacional, podemos señalar que la regulación establecida en nuestro país tiene como influencia la normatividad americana y la europea. En la americana porque otorga beneficios tanto personas naturales y jurídicas y en la europea porque otorga beneficios de exoneración de la multa a la primera empresa y reducción de multa a las siguientes en presentarse ante la autoridad de competencia.

En nuestro país empieza a discutirse desde cuando podemos hablar de la existencia de un programa de clemencia. Luego de la revisión exhaustiva de la normatividad de la Antigua Ley de Competencia el D.L. 701 de 1993 se observa que la misma no otorgó beneficios de

colaboración, los cuales aparecen por primera vez en 1996, pero que no pueden ser catalogados como parte de un programa de clemencia.

En el año 2008, se introdujo el artículo 26 que regula la exoneración de la sanción a través del D.L. 1205, pero por sus deficiencias tampoco pudo ser considerado como un programa de clemencia. No obstante, el programa de clemencia peruano surge como tal en el año 2015 en el cual se modifica el artículo 26 que dio origen al actual programa de clemencia del 2017. Por lo que, actualmente podemos encontrar la regulación del programa de clemencia en la Guía publicada por INDECOPI de fecha 17 de agosto de 2017.

TERCERA. Si bien Indecopi no ha elaborado en la Guía del Programa de Clemencia un concepto de cártel de núcleo duro, de la revisión del Decreto Legislativo 1034, de la doctrina consultada y de las diversas resoluciones emitidas por la misma entidad podemos extraer un concepto de cártel duro. En tal sentido, un cártel de núcleo duro se define por conductas desarrolladas por los agentes económicos que deberían encontrarse compitiendo en el mercado para afectar la libre competencia, pero que en lugar de competir deciden fijar de precios, condiciones comerciales o de servicio, limitar la producción o las ventas, repartirse clientes, proveedores o zonas geográficas; y aquellos que buscan establecer posturas o abstenciones en licitaciones, generando la pérdida de eficiencia en el mercado peruano, pérdidas millonarias para los consumidores y para el Estado.

CUARTA. En los casos analizados consultados en la presente investigación se arriba a la conclusión de que el programa de clemencia se aplicó en el Perú en tres de los seis procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra cárteles de núcleo duro del período 2017 al 2021. En tres procedimientos en primera instancia se otorgó beneficios a los colaboradores y en dos procedimientos se confirmaron las resoluciones de primera instancia. Con respecto a los procedimientos administrativos sancionadores contra cárteles de núcleo duro en los cuales fueron otorgados los beneficios de exoneración y reducción a los colaboradores consideramos que se otorgaron de manera correcta porque ello permitió que la autoridad de competencia detectara y sancionará los otros integrantes de cárteles de núcleo que funcionaban en la clandestinidad con multas de considerable valor. En los procedimientos administrativos sancionadores en los cuales no se solicitó la aplicación del programa de clemencia los agentes económicos integrantes de un cártel de núcleo duro fueron sancionados económicamente de manera drástica sin que se les otorgara reducción o exoneración. Por lo tanto, por los casos revisados anteriormente podemos sostener que es más eficiente económicamente hablando someterse a estos beneficios que no hacerlo

porque la sanción puede no ser tan gravosa para las empresas que se someten a estos beneficios. Porque, de no hacerlo la sanción puede ser excesivamente gravosa para la empresa.

QUINTA. En el Perú de acuerdo a lo que se ha analizado en la presente investigación no se logró conocer las limitaciones que impone la normatividad para la implementación del programa de clemencia dado que el programa de clemencia es un programa que se lleva en completa reserva entre los solicitantes del beneficio la Autoridad de Libre competencia. Igualmente, como hemos señalado en el Capítulo XIV nosotros consideramos que teniendo en cuenta la experiencia internacional la efectividad del Programa podría aumentarse la efectividad del programa mediante revisión de porcentajes de los beneficios por concepto de reducción, implementar la amnistía más en el Perú y permitir alteración del lugar de postulación de los solicitantes del beneficio de reducción de multas para incentivar a que más agentes económicos participen del programa y armonizar la norma penal con la norma administrativa para que no se desincentive la utilización del programa de clemencia peruano para que no se desincentive su utilización.

PRIMERA. Se recomienda la modificación del inciso artículo 26.3 del D.L 1034, para que se introduzcan cambios en los porcentajes del beneficio de reducción, se implemente la amnistía más y se permita la alteración del lugar de postulación de los solicitantes del beneficio de reducción.

SEGUNDA. Para que el programa de clemencia peruano siga funcionando de manera eficaz en un futuro sería adecuado que se logre la compatibilidad entre el programa de clemencia y la norma penal, para que el programa no pierda su eficacia. Por ello, se recomienda que la norma penal se derogue y no se sancione penalmente a aquellos agentes económicos que se han sometido al programa de clemencia de Indecopi o que la norma penal se modifique para que otorgue beneficios penales a aquellos agentes económicos que se han sometido al programa de clemencia peruano.

1. Artaza V., O., Belmonte P., M. y Acevedo M., Germán (2018) *El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo* *Revista Ius Et Praxis*, (24), 1-40
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00549.pdf>
2. Áviles, J., (2017). *La Nueva Ley de Libre Competencia y los Desafíos de la Criminalización de la Colusión*, 44,1-24. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2017/06/SIL-44-La-nueva-ley-de-Libre-Competencia-y-los-Desafios-de-la-Criminalizacion-de-la-Colusion-Abril2017.pdf>
3. BANCO MUNDIAL (2021) *Fixing Markets, Not Prices: Policy Options to Tackle Economic Cartels in Latin America and the Caribbean*.
<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35985/Fixing-Markets-Not-Prices-Policy-Options-to-Tackle-Economic-Cartels-in-Latin-America-and-the-Caribbean.pdf?sequence=5>
4. Blázquez, M y Gámez C., (2007) *Ingeniería del Telecomunicación Ingeniería de Telecomunicación Teoría de Juegos y aplicaciones: El Dilema del Prisionero*.1-8.
<http://www.it.uc3m.es/~jvillena/irc/practicas/06-07/08.pdf>
5. Borrel, J., Jimenez, J. y Luna, Y. (2015). *Crímenes y castigos en la lucha contra los cárteles*. *Revista Economía Industrial*, 398,129-144.
<https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/398/BORRELL,%20JIM%C3%89NEZ%20Y%20LUNA.pdf>
6. Borrel, J., Jiménez, J. y Ordoñez, J. (2014). *Redefiniendo los incentivos a la colusión*. *Revista Economía*, 876, 17-36.
<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/68995/1/651943.pdf>
7. Budnik Ojeda, G. y Palma Rodríguez, M., (2021) *Delación compensada y coacción*. *Revista Actualidad Jurídica*, (55), 240-245.
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7447/documento/foro-latam01.pdf?id=12275>
8. BULLARD G., A. (2006) *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Segunda edición, Lima.
<http://cendoc.sc.gob.sv/textocompleto/922.pdf>

9. BULLARD G., A. (2019) *Análisis económico del Derecho*, Primera edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170692/35%20An%C3%A1lisis%20econ%C3%B3mico%20del%20derecho%20con%20sello.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
10. Cañizares, E. y Domínguez, D. (2009) *Perspectiva económica de la colusión en los acuerdos horizontales entre empresas*. Fundación Rafael del Pino, 23- 38.
11. Cañizares, E. y Domínguez D. (2010). *Una perspectiva económica de la política de clemencia*. Revista Fundación Rafael del Pino, 23-45. https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-16_Una_perspectiva_economica_politica_clemencia-Varios_autores.pdf
12. CARTA N° 1360-2018/GEG-Sac al Congreso de la República. (09 de noviembre de 2018). [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/467A43642C68F539052583430052AB6D/\\$FILE/Estad%C3%ADsticas-Indecopi.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/467A43642C68F539052583430052AB6D/$FILE/Estad%C3%ADsticas-Indecopi.pdf)
13. Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel (2002/C 45/03) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52002XC0219\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52002XC0219(02))
14. COMISIÓN EUROPEA (2012) *Multas por incumplir el Derecho de la Competencia*. https://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf
15. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL COMERCIO Y EL DESARROLLO - UNCTAD (2004) “*Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia*” (UNCTAD, 2004). http://www.unctad.org/sp/docs//ditcclp20037_sp.pdf
16. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Efectos de los cárteles en los pobres- nota de la secretaría de la UNCTAD” (UNCTAD, 2013) https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd24rev1_es.pdf
17. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Evaluación del desempeño de las Agencias Nacionales de Defensa de la Competencia participantes en el Programa COMPAL en términos de impacto en los mercados” (COMPAL, 2018) <https://unctadcompal.org/wp-content/uploads/2018/07/EVALUACI%C3%93N-DEL-DESEMPE%C3%91O-DE-LAS-AGENCIAS-NACIONALES-DE-DEFENSA-DE-LA-COMPETENCIA->

PARTICIPANTES-EN-EL-PROGRAMA-COMPAL-EN-T% C3% 89RMINOS-
DE-IMPACTO-EN-LOS-MERCADOS-1.pdf

18. Decreto Legislativo N° 701, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y Restrictivas de la libre competencia. (7 de noviembre de 1991)
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl701.pdf/e179e02c-be5e-4bc4-acf6-a3d2f721e7bb>
19. Decreto Legislativo N° 1034, Ley de represión de conductas anticompetitivas (24 de junio del 2008). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-aprueba-la-leyde-represion-de-condu-decreto-legislativo-n-1034-217892-3/>
20. Decreto Legislativo N° 1205. Modificaciones a D.L. N° 1034, Ley de represión de conductas Anticompetitivas (5 de septiembre del 2018).
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-la-leyde-represion-de-cond-decreto-legislativo-n-1396-1688907-1/>
21. Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia. (2016)
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf
22. DEPARTMENT OF JUSTICE (2017) Frequently asked questions about the antitrust division’s leniency program and model leniency letters Originally Published November 19, 2008 Update Published January 26, 2017.
<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>
23. DEPARTMENT OF JUSTICE (2020) Matter of Trust: Enduring Leniency Lessons for the Future of Cartel Enforcement.
<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1250291/download>
24. DEPARTMENT OF JUSTICE (13 de enero 2020). Press Release, U.S. Dep’t of Justice, Former Air Cargo Executive Extradited from Italy for Price-Fixing
<https://www.justice.gov/opa/pr/former-air-cargo-executive-extradited-italy-price-fixing>
25. Deza, T. (2011). “Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea”. Vol 5, Nro. 9, 31-62.
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/63/61>
26. EUROPEAN UNION (2013) Competition Law Cartel legislation and other reference texts on.
https://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartel_compilation_en.pdf

27. Exposición de motivos del decreto legislativo 1205, que modifica El Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. https://hiperderecho.org/wp-content/uploads/2015/09/EXP_MOTIVOS_DLEG_1205.pdf
28. FISCALIA NACIONAL ECONOMICA (2017). Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Delacion_Compensada.pdf
29. Fonseca F. F., R.H. (2016). *Análisis coste-beneficio de los cárteles económicos de núcleo duro*. *Foro*, 1-24. <https://ficip.es/wp-content/uploads/2016/11/Fonseca-Fortes-Furtado-An%C3%A1lisis-coste-beneficio-de-los-cárteles-econ%C3%B3micos.pdf>
30. Grebe Lira, Benjamín (marzo, 2020), “*Hacia una delación compensada 2.0 en Chile*”, *Investigaciones CeCo*, 1-14. https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/03/Grebe_Hacia-una-delaci%C3%B3n-compensada-2-0-en-Chile.pdf
31. Gagliuffi I., (2011). “*la evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón* *Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual*, 12, 139-162. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/100/107>
32. Gagliuffi I., (2006). “*Viaje a la semilla: ¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701?*”. En Universidad de Lima (Ed.), *Libro homenaje Facultad de Derecho* (pp. 133-162). Fondo Editorial Universidad de Lima. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5537/Gagliuffi_Ivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
33. Hernández, R (2014) *Análisis Costo-Beneficio en los Proyectos de Ley: Problema Estructural*. *Revista del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios - Congreso de la República*, 57-86. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/65B4B2D8D27B2E3705257ED5007794C4/\\$FILE/58_pdfsam_ccep_10.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/65B4B2D8D27B2E3705257ED5007794C4/$FILE/58_pdfsam_ccep_10.pdf)
34. González T. *Prácticas colusivas*. *Revista de la libre competencia en el Chile del bicentenario Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 143-162. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AA7033F2E2920480052581DF005C1E38/\\$FILE/La_libre_competencia_en_el_Chile_del_Bicentenario.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AA7033F2E2920480052581DF005C1E38/$FILE/La_libre_competencia_en_el_Chile_del_Bicentenario.pdf)

35. Gómez, D. (2021), *Lo incierto de los programas de beneficios por colaboración*, en *Dikaion* 30, 1, pp. 27-6.
36. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/14237/6507>
37. Grandino, J. (2002). *Los cárteles en la esfera del Derecho de competencia en las Américas*.
http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Derecho_de_competencia_CJI-doc_106-02.pdf
38. Guía Interna para la Interposición de Querellas. (2018) <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/06/Gu%C3%ADa-de-Querellas-final-definitiva.pdf>
39. Guillén L, A. (2019), “*El Programa de Clemencia en el Perú: propuestas para una implementación efectiva*”. (Tesis para obtener el título profesional de abogado, Pontificia Universidad Católica Del Perú).
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/14123/Guill%C3%A9n_Lazo_Programa_clemencia_Per%20ba1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
40. Hammond, S. (2006). Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations. <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/215514.pdf>.)
41. Higa, C. y Sigüeñas F. (2012). *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*. *Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual*, 8(14), 5-26.
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/49/47>
42. INDECOPI. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*.
https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y
43. INDECOPI (2017). *Conferencia internacional “Eficacia de los Programas de Clemencia y beneficios de la desarticulación de cárteles en la defensa de la competencia”*.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761587/EFICACIA+DE+LOS+PROGRAMAS+DE+CLEMENCIA.pdf/a57d9336-0434-2bb4-63f1-e60e005e3e6b>
44. INDECOPI. (2017). Resolución 01 0-2017/CLC-INDECOPI.
<http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/Concertaci%C3%B3n-de-precios-Kimberly-Clark-Per%C3%BA-S.R.L.-y-Productos-Tissue-del-Per%C3%BA-S.A.pdf>

45. INDECOPI (2018). *Transcripción escrita de las exposiciones orales desarrolladas en la Conferencia Internacional: “Criminalización de los cárteles: Experiencia comparada y desafíos”*.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3772260/CRIMINALIZACION+DE+LOS+C%C3%81RTELES.pdf/0289c957-21bb-faee-0461-dba48651e4db>
46. INDECOPI (2018). Documento de trabajo N° 03-2018/GEE Ahorro potencial de los consumidores por la desarticulación del cártel de papel higiénico en el marco del programa de clemencia.
https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/2748605/20181018_Documento+de+Trabajo_PH_dise%C3%B1ado.pdf
47. INDECOPI. (2018) Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2961200/Gu%C3%ADa+de+Libre+Competencia+en+Compras+P%C3%BAblicas/>
48. INDECOPI. (2019). *Lineamientos del programa de recompensas*.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4402954/ESP+Lineamientos+del+Programa+de+Recompensas/>
49. INDECOPI. (2020). Lineamientos de Visitas de Inspección en Sede De Libre Competencia.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131170/Lineamientos%20de%20Visitas%20de%20Inspecci%C3%B3n.pdf>
50. INDECOPI. (2021) *Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas*.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1898027/Lineamientos%20CLC%20sobre%20demandas%20resarcitorias%20VF%20%281%29%20%281%29.pdf.pdf>
51. INDECOPI (2021), Cuadro para asignación de personal provisional del año 2021.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/6305628/Reordenamiento+CAP-P+2021/70de832c-a10c-9c7f-7cb0-9df56e9f406f>
52. INFORME 027-2019/ST-CLC-INDECOPI, Proyecto de Ley 3828/2018-CR (2019), INFORME 027-2019/ST-CLC-INDECOPI, *Proyecto de Ley 3828/2018-CR, Proyecto de Ley que sanciona penalmente las prácticas colusorias horizontales*.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1830264/Informe%20027-2019-ST-CLC.pdf.pdf>

53. Ivaldi, M., Khimich, A., and Jenny, F., (2014). Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries. https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplmisc2014d2_en.pdf
54. Kresalja R., B. y Ochoa, C. (2009) *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial PUCP.
55. Lalopu Balarezo, J. (2017) *El programa de clemencia y las prácticas colusorias horizontales en el Perú, 2017* (Tesis para obtener el título profesional de abogado, Universidad César Vallejo). <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/40092?show=full&locale-attribute=es>
56. LENIENCY POLICY FOR INDIVIDUALS (1994) <https://www.justice.gov/atr/individual-leniency-policy>
57. López M., G. y Arenas R., P. (2020). *La cuantificación del daño en casos de concertación de precios Damage quantification in price fixing*. *Revista Derecho y Sociedad*, (54), 135-149.
58. Manual de Directrices para la Formulación de Sentencias de los Estados Unidos (2016). <https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-6#NaN>
59. Mendoza, P. (1995). *Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el Decreto Legislativo 701*. *Derecho y Sociedad*, (10), 128-131. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14316/14932>
60. Monsalve, S. (2003) John Nash y la teoría de juegos. *Revista Universidad Nacional de Colombia*, (24), 137-149. https://www.cienciared.com.ar/ra/usr/4/26/john_nash_y_la_teor_a_de_juegos.pdf
61. Nota de Prensa Nro.2480 de INDECOPI, de fecha 05 de abril de 2017, “*El Indecopi desarticuló y sancionó, en primera instancia, al cártel de papel higiénico conformado por las empresas Kimberly Clark Perú y Protisa.*” <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/5662?show=full>
62. O’Neill de la Fuente, C. (2013), *La colaboración eficaz y la libre competencia: INDECOPI atrapado en el dilema del prisionero*. *Revista FORSETI*, (1), 30-91. <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1193/1361>
63. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (1998). Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core

- Cartels- Recomendación del Consejo relativa a la efectiva acción contra cárteles de núcleo duro. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>
64. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2000). *Reporte Reports Hard Core Cartels 2000*.
<https://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>
65. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2002). Resumen “*Overview Using Leniency to Fight Hard Core Cartels Resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles*”. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264174993-sum-es.pdf?expires=1637282412&id=id&accname=guest&checksum=A733322AD4408738B3EF817DF19C97AC>
66. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2002). Resumen “*Perjuicios causados por los cárteles y aplicación de sanciones eficaces*”. <https://www.oecd.org/competition/cartels/1935141.pdf>
67. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2009) *Foro Latinoamericano de Competencia*.
<https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2009%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>
68. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2011) *Herramientas para la Evaluación de la Competencia Volumen II: Guía*.
<https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>
69. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2012). *Recomendación del Consejo Instrumentos Jurídicos de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*.
<https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>
70. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016). *Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas*.
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CO/MP/LACF\(2016\)5&docLanguage=Es](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CO/MP/LACF(2016)5&docLanguage=Es)
71. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016). *Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas, Contribución de Los Estados Unidos*.

- [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)34&docLanguage=Es](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)34&docLanguage=Es)
72. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016). *Sesión III: Promoviendo la competencia efectiva en los procesos de compras públicas*. [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)31&docLanguage=Es](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)31&docLanguage=Es)
73. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2018). *Exámenes Inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú 2018*. <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>
74. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2019). *Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia. Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia*. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2019\)12/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2019)12/es/pdf)
75. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). *OECD Competition Trends 2020- Tendencias de competencia de la OCDE 2020*. <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf>
76. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2022). *Recommendation of the Council OECD Legal Instruments concerning Effective Action against Hard Core Cartels*.
77. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2002), Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General. http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/OEA/Nueva%20carpeta/Informe%20Anual%20CJI%202002.pdf
78. OSIPTEL (2020) Informe Nro. 00106-GPRC/2020 que sustenta la aprobación de la Guía del programa de clemencia en Telecomunicaciones. <https://www.osiptel.gob.pe/media/uwcpwtwm/inf106-gprc-2020.pdf>
79. Padilla, J., Requejo, A. y Watson N. (2009) *Perspectiva económica de la colusión en los acuerdos horizontales entre empresas*. Fundación Rafael del Pino, 357- 370.
80. Proyecto de Ley 1853-2017-CR (12 de septiembre de 2017) https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0185320170907.pdf

- la competencia REDEC.* 13 (13), 253-259.
<https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/03/9-roldan-253-299.pdf>
90. Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente EXP. N.O 3315-2004-AA/TC.
https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/03315-2004-AA_unlocked.pdf
91. Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente Nro. 03116-2009-PA/TC.
<https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/03116-2009-AA.pdf>
92. Sentencia N° 160/2017 (2017), República de Chile Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/03/Sentencia_160_2017.pdf
93. Stucchi P. y Ballón F. (2017) *Síntesis de la Defensa de la Libre Competencia en el Perú: contenido y aplicación del Decreto Legislativo N° 1034.- Ley De Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA)* 18 (1), 9-73.
94. Tassano V., H. (2016) *Competencia y regulación. Revista de la Facultad de Derecho PUCP,* (76), 105-121.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/14850/15392>
95. Trujillo Viteri, C. A. (2017). *Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Derecho de Competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador. Foro, Revista De Derecho,* (26), 87-105.
<https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/494>
96. UNCTAD (2020), “*La interacción de la Política de Competencia con la Innovación*”, UNCTAD Research Paper No. 43, marzo, 2020.
97. Vargas Vargas, K. (2019). *Clemencia como instrumento político: Justicia, Afectos y Medios.* Universidad de Costa Rica. <https://hdl.handle.net/10669/80144>
98. Zúñiga, M, (27 de julio de 2017) Clemencia no es impunidad: en defensa de los programas de clemencia en los casos de libre competencia.
<https://mariozuniga.org/2017/07/27/clemencia-no-es-impunidad-en-defensa-de-los-programas-de-clemencia-en-los-casos-de-libre-competencia%e2%88%97/>

Resoluciones de primera y segunda del período 2017 al 2021 en procedimientos administrativos sancionadores en materia de Defensa de la Libre Competencia.

2018

Expediente	Resolución	SUMILLA
000005-2017/CLC	24-2018/ST-CLC De fecha: 2018-06-04	Se decidió no iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Pesquera Hayduk S.A., y otros por fijación del precio de la anchoveta a nivel nacional.
002-2017/CLC y 003-2017/CLC	30-2018/CLC De fecha: 2018-05-14	Se declaró que Compañía Marítima Chilena S.A. y otros incurrieron en prácticas colusorias horizontales con el objeto de repartirse cuentas de manera coordinada en el servicio de transporte marítimo internacional de carga rodante.

2019

Expediente	Resolución	SUMILLA
000005-2017/CLC	27-2019/SDC De fecha: 2019-02-07	Se CONFIRMA, modificando fundamentos, la Resolución 024-2018/ST-CLC-INDECOPI.
000009-2018/CLC	10-2019/CLC De fecha: 2019-03-20	Se aprueba la propuesta de compromiso de cese de Amcor Rigid Plastics del Perú S.A. y Gonzalo Belaunde López de Romaña en relación con el procedimiento iniciado por una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto concertado de clientes en el segmento spot del mercado de preformas PET a nivel nacional entre 2008 y 2016.
000009-2018/CLC	11-2019/CLC De fecha: 2019-03-20	Se aprueba la propuesta de compromiso de cese de San Miguel Industrias PET S.A., Víctor Guillermo Mendiola Villa García, Johann Ludwig Sitter

		Vásquez, Jorge Luis Portal Arboleda y Erick Bratzo Balarín Osos.
12-2018/CLC	032- 2019/CLC- INDECOPI De fecha: 2019-09-03	Se aprueba la propuesta de compromiso de cese presentado por Quad Graphics como infractor participante de un cártel que consistió una práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas en licitaciones.

2020

Expediente	Resolución	SUMILLA
Nro.002- 2019/CLC	27- 2020/CLC De fecha: 2020-03-05	Se aprueba la propuesta de compromiso de cese presentado por un agente económico.
000012- 2018/CLC	14-2020/CLC De fecha: 2020-05-20	Se sancionó a las empresas vinculadas Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A por haber incurrido, junto con Quad/Graphics Perú S.A., en un acuerdo para repartirse a los clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales, a nivel nacional, entre los años 2011 y 2016. Así también, se sancionó con multas a ocho (8) funcionarios y exfuncionarios de las mencionadas empresas por su participación en la conducta investigada.
002- 2017/CLC y 003- 2017/CLC	171- 2020/SDC De fecha: 2020-12-30	Se CONFIRMA la Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI del 14 de mayo de 2018.
000002- 2019/CLC	005- 2020/CLC- INDECOPI De fecha: 2020-03-05	Se aprueba la propuesta de compromiso de cese presentado por el señor Sandro Urbina infractor participante de un cártel que consistió una práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas en licitaciones.

Nro.001-2020/CLC	26-2020/CLC De fecha: 2020-11-06	Se aprueba la propuesta de compromiso de cese presentado por cinco agentes económicos.
Nro.001-2020/CLC	27-2020/CLC De fecha: 2020-11-06	Se aprueba la propuesta de compromiso de cese presentado por cinco agentes económicos.

2021

Expediente	Resolución	SUMILLA
000002-2019/CLC	15-2021/CLC De fecha: 2021-05-05	Se sancionó a Amauta Impresiones Comerciales S.A.C., Empresa Editora El Comercio S.A., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L. por haber incurrido, entre los años 2009 y 2016, en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones, concursos y otras formas de contratación o adquisición pública.
12-2018/CLC	37-2021/SDC De fecha: 2021-03-04	Se CONFIRMA la Resolución 014-2020/CLC-INDECOPI del 20 de mayo de 2020. Conducta anticompetitiva consistente en un reparto concertado de clientes en el mercado de impresiones comerciales a nivel nacional, lo cual fue concertado por Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. con Quad/Graphics Perú S.A.
Nro.001-2020/CLC	80-2021/CLC De fecha: 2021-05-05	Se sancionó a diversas empresas constructoras y otros agentes económicos por repartirse diversas licitaciones.
Nro.001-2020/CLC	26 -2020/CLC.	Se aprueba la propuesta de compromiso de cese presentado por un agente económico.
Nro.001-2020/CLC	27-2020/CLC.	Se aprueba la propuesta de compromiso de cese presentado por tres agentes económicos.

Cárteles de núcleo duro investigados en el Perú del período 2017 al 2021.

Expediente	Denunciados	Conducta y Mercado afectado	Resolución
------------	-------------	-----------------------------	------------

Nro. 000005-2017/CLC	Pesquera Hayduk S.A., Tecnológica de Alimentos S.A. y otros.	Fijación del precio de la anchoveta/ Nacional	Resolución Nro. 24-2018/ST-CLC Fecha: 2018-06-04
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	Compañía Marítima Chilena S.A., Compañía Sudamericana de Vapores S.A y otros.	Reparto de cuentas o cartera de clientes/ Internacional	30-2018/CLC Fecha: 2018-05-14
Nro. 000009-2018/CLC,	Amcor Rigid Plastics del Perú S.A., San Miguel Industrias PET S.A. y otras personas naturales.	Reparto concertado de clientes en el segmento spot del mercado de preformas PET/Nacional	Resolución Nro. 10 y 11-2019/CLC Fecha: 2019-03-20
Nro. 000012-2018/CLC	Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A.	Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales/ Nacional	14-2020/CLC Fecha: 2020-05-20
Nro. 000002-2019/CLC	Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C.	Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones/ Nacional	Resolución 15-2021/CLC Fecha: 2021-05-05
Nro.001-2020/CLC	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.; Obrainsa, Grupo CASA, Graña y Montero y otros.	Repartirse diversas licitaciones/ Nacional	Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI Fecha: 2021-05-05

Procedimientos concluidos por Compromiso de cese aprobados en el Perú del período 2017 al 2021.

Expediente	Denunciados	Mercado Geográfico Afectado	Conducta	Resolución
Nro. 000009-2018/CLC	Amcor Rigid Plastics del Perú S.A., San Miguel Industrias PET S.A. y otras personas naturales.	Nacional	Reparto concertado de clientes en el segmento spot del mercado de preformas PET.	Resolución Nro. 10 y 11-2019/CLC Fecha: 2019-03-20

Procedimientos declarados improcedentes del período 2017 al 2021.

Expediente	Denunciados	Mercado Geográfico Afectado	Conducta	Resolución
Nro. 000005-2017/CLC	Pesquera Hayduk S.A., Tecnológica de Alimentos S.A., Pesquera Diamante S.A., Austral Group S.A.A. y otros.	Nacional	Fijación del precio de la anchoveta.	Resolución Nro. 24-2018/ST-CLC Fecha: 2018-06-04
Nro. 000005-2017/CLC	Pesquera Hayduk S.A., Tecnológica de Alimentos S.A.,	Nacional	Fijación del precio de la anchoveta.	Resolución Nro.27-2019/SDC Fecha: 2019-02-07

Procedimientos del período 2017 al 2021 en los cuales se aplicó el programa de clemencia en primera instancia.

Expediente	Denunciado Beneficiado	Mercado Geográfico Afectado	Conducta	Resolución
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	Compañía Marítima Chilena S.A., Compañía Sudamericana de Vapores S.A.	Internacional y nacional.	Reparto de cuentas o cartera de clientes	Resolución Nro. 30-2018/CLC Fecha: 2018-05-14

	y Eukor Car Carrier			
Expediente Nro. 000012-2018/CLC	Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A.	Nacional	Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales.	14-2020/CLC Fecha: 2020-05-20
000002-2019/CLC	Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C.	Nacional	Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones.	Resolución 15-2021/CLC Fecha: 2021-05-05

Procedimientos del período 2017 al 2021 en los cuales se aplicó el programa de clemencia en segunda instancia.

Expediente	Denunciado Beneficiado	Mercado Geográfico Afectado	Conducta	Resolución
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	Compañía Marítima Chilena S.A., Compañía Sudamericana de Vapores S.A. y Eukor Car Carrier	Internacional y nacional.	Reparto de cuentas o cartera de clientes	171-2020/SDC Fecha: 2020-12-30
Expediente Nro. 000012-2018/CLC	Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A.	Nacional	Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales.	37-2021/SDC Fecha: 2021-03-04

Multas impuestas por INDECOPI en contra cárteles de núcleo duro del período 2017 al 2021 en los cuales se aplicó el programa de clemencia.

Expediente	Denunciados	Mercado Geográfico Afectado	Conducta	Multa Total en UIT para
-------------------	--------------------	------------------------------------	-----------------	--------------------------------

				las empresas
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	Compañía Marítima Chilena S.A. y otros.	Internacional y nacional.	Reparto de cuentas o cartera de clientes	27.064,36
Resoluciones 30-2018/CLC y 171-2020/SDC				
Nro. 000012-2018/CLC	Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A. y otros.	Nacional	Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales	61.171, 236
Resoluciones 14-2020/CLC Y 37-2021/SDC				
Nro. 000002-2019/CLC	Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y otros.	Nacional	Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones.	10.460,41
Resolución 15-2021/CLC Fecha: 2021-05-05				
Nro.001-2020/CLC	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.; Obrainsa, Grupo CASA, Graña y Montero y otros.	Nacional	Repartirse diversas licitaciones.	626.422,8
Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI Fecha: 2021-05-05				

BENEFICIOS OTORGADOS por INDECOPI en procedimientos iniciados del período 2017 al 2021 en los cuales se aplicó el programa de clemencia.

Expediente	Beneficiados	Mercado Geográfico Afectado	Conducta	BENEFICIO O Multa Total en UIT
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	CLEMENCIA TIPO A Compañía Sudamericana de Vapores S.A.,	Internacional y nacional.	Reparto de cuentas o cartera de clientes	<i>Exoneración total de la multa:</i> CSAV 13 904,43
Resoluciones 30-2018/CLC y 171-2020/SDC	CLEMENCIA TIPO B Nippon Yusen Kabushiki Kaisha			<i>Reducción de la multa al 40%:</i> NYK Total 5 300,59 Reducción 2.120,236
Nro. 000012-2018/CLC	CLEMENCIA TIPO A Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A.	Nacional	Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales.	<i>Exoneración total de la multa:</i> 14.747.01
Resoluciones 14-2020/CLC Y 37-2021/SDC				
Nro. 000002-2019/CLC	CLEMENCIA TIPO A Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C.	Nacional	Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones.	<i>Exoneración total de la multa:</i> 4.664,50
Resolución 15-2021/CLC Fecha: 2021-05-05				

Beneficios ilícitos obtenidos por cárteles de núcleo duro de acuerdo las resoluciones de Indecopi del período 2017 al 2021.

Expediente	Denunciados	Mercado Geográfico Afectado y Conducta	Beneficio ilícito no actualizado en soles
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	Compañía Marítima Chilena S.A. y otros.	Internacional y nacional/ Reparto de cuentas o cartera de clientes	Total 34.280.806,29 Resoluciones 30-2018/CLC y 171-2020/SDC
Nro. 000012-2018/CLC y	Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y otros.	Nacional/ Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales	Total 70.793.410,45 Resoluciones 14-2020/CLC Y 37-2021/SDC
Nro. 000002-2019/CLC y	Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y otros.	Nacional/ Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones	Total 56.879.466,3 Resolución 15-2021/CLC Fecha: 2021-05-05
Nro.001-2020/CLC	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.; y otras 32 empresas.	Nacional/ Repartirse diversas licitaciones	Total 981.750.128,61 Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI Fecha: 2021-05-05

Montos entregados en calidad de medida correctiva complementaria como parte de compromisos de cese en procedimientos en contra cárteles de núcleo duro del período 2017 al 2021

Expediente	Denunciados	Mercado Geográfico Afectado y Conducta	Contribución económica
Nro. 000009-2018/CLC	Amcor Rigid Plastics del Perú S.A., San Miguel Industrias PET S.A. y otras personas naturales.	Nacional/ Reparto concertado de clientes en el segmento spot del mercado de preformas PET.	Amcor Rigid Plastics del Perú S.A., S/ 9 132 864.00 (nueve millones ciento treinta y dos mil ochocientos sesenta y cuatro con 00/100 soles) San Miguel Industrias PET S.A. S/ 3 406 405.60 (tres millones cuatros cientos seis cuatros cientos con 00/100 soles)
Nro. 000012-2018/CLC y	Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y otros.	Nacional/ Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales	S/ 10 847 120.91 (diez millones ochocientos cuarenta y siete mil ciento veinte y 91/100 soles), en calidad de medida correctiva complementaria
Nro.001-2020/CLC	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.; y otras 32 empresas.	Nacional/ Repartirse diversas licitaciones	Hernando Graña 72.25 UIT Motta Engil Perú, Motta Engil Sucursal, Motta Engil Matriz y otro 14. 695,25 UIT

Procedimientos del período 2008 al 2021 en los cuales se aplicó el programa de clemencia en primera instancia.

Expediente	Denunciado Beneficiado	Mercado Geográfico Afectado	Conducta	Resolución
Expediente 17-2015/CLC	Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A.	Nacional	Fijación de precios y de condiciones comerciales de productos de papel tissue.	Resolución Resoluciones Nro. 10-2017/CLC y 190-2018/SDC
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	Compañía Marítima Chilena S.A., Compañía Sudamericana de Vapores S.A. y Eukor Car Carrier	Internacional y nacional.	Reparto de cuentas o cartera de clientes	Resolución Nro. 30-2018/CLC Fecha: 2018-05-14
Expediente Nro. 000012-2018/CLC	Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A.	Nacional	Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales.	14-2020/CLC Fecha: 2020-05-20
000002-2019/CLC	Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C.	Nacional	Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones.	Resolución 15-2021/CLC Fecha: 2021-05-05

Beneficios ilícitos obtenidos por cárteles de núcleo duro de acuerdo las resoluciones de Indecopi del período 2008 al 2021.

Expediente	Denunciados	Mercado Geográfico Afectado y Conducta	Beneficio ilícito no actualizado en soles
Nro.17-2015/CLC	Kimberly Clark Perú S.R.L. y	Nacional/Fijación de precios	S/. 194, 430,424.37 Resoluciones Nro.

	Productos Tissue del Perú S.A.		10-2017/CLC y 190-2018/SDC
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	Compañía Marítima Chilena S.A. y otros.	Internacional y nacional/ Reparto de cuentas o cartera de clientes	Total 34.280.806,29 Resoluciones 30-2018/CLC y 171-2020/SDC
Nro. 000012-2018/CLC y	Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y otros.	Nacional/ Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales	Total 70.793.410,45 Resoluciones 14-2020/CLC Y 37-2021/SDC
Nro. 000002-2019/CLC y	Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y otros.	Nacional/ Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones	Total 56.879.466,3 Resolución 15-2021/CLC Fecha: 2021-05-05
Nro.001-2020/CLC	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.; y otras 32 empresas.	Nacional/ Repartirse diversas licitaciones	Total 981.750.128,61 Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI Fecha: 2021-05-05

Multas impuestas por INDECOPI en contra cárteles de núcleo duro del período 2008 al 2021 en los cuales se aplicó el programa de clemencia.

Expediente	Denunciados	Mercado Geográfico Afectado	Conducta	Multa Total en UIT para las empresas
17-2015/CLC	Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A.	Nacional	Fijación de precios y de productos de papel tissue.	68,111.42 UIT Resoluciones Nro. 10-2017/CLC y 190-2018/SDC
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	Compañía Marítima Chilena S.A. y otros.	Internacional y nacional.	Reparto de cuentas o cartera de clientes	27.064,36 Resoluciones 30-2018/CLC y 171-2020/SDC
Nro. 000012-2018/CLC	Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A. y otros.	Nacional	Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales	61.171, 236 Resoluciones 14-2020/CLC Y 37-2021/SDC
Nro. 000002-2019/CLC	Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y otros.	Nacional	Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones.	10.460,41 Resolución 15-2021/CLC Fecha: 2021-05-05
Nro.001-2020/CLC	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.; y otros.	Nacional	Repartirse diversas licitaciones.	626.422,8 Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI Fecha: 2021-05-05

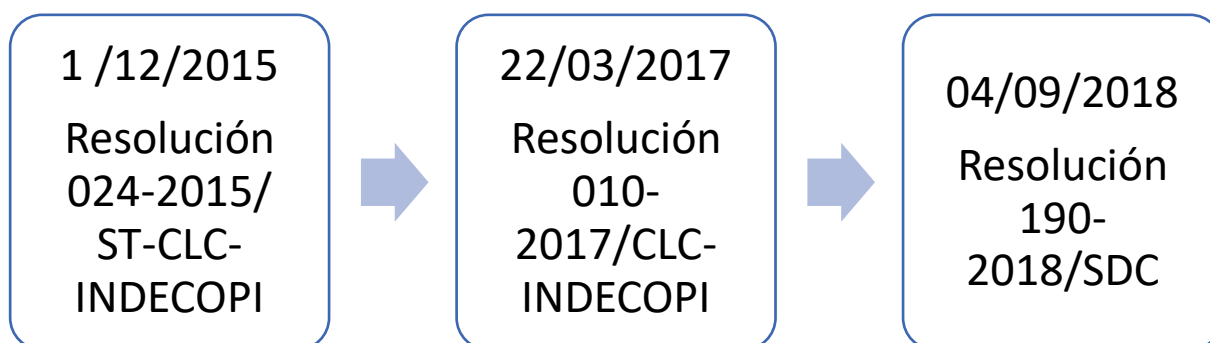
BENEFICIOS OTORGADOS por INDECOPI en procedimientos iniciados del período 2008 al 2021 en los cuales se aplicó el programa de clemencia.

Expediente	Beneficiados	Mercado Geográfico Afectado /Conducta	BENEFICIO Multa Total en UIT
17-2015/CLC Resoluciones Nro. 10-2017/CLC y 190-2018/SDC	Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A.	Nacional/ Fijación de precios y de condiciones comerciales de productos de papel tissue.	<i>Exoneración total de la multa de Kimberly</i> 42,385.14 UIT <i>Reducción de la multa al 40% a Protisa</i>
Nro. 002-2017/CLC y 003-2017/CLC	CLEMENCIA TIPO A Compañía Sudamericana de Vapores S.A., CLEMENCIA TIPO B	Nacional/ Reparto de cuentas o cartera de clientes	<i>Exoneración total de la multa:</i> CSAV 13 904,43 <i>Reducción de la multa al 40%:</i>
Resoluciones 30-2018/CLC y 171-2020/SDC	Nippon Yusen Kabushiki Kaisha		NYK Total 5 300,59 Reducción 2.120,236
Nro. 000012-2018/CLC	CLEMENCIA TIPO A Amauta Impresiones Comerciales S.A.C. y Empresa Editora El Comercio S.A.	Nacional/ Reparto de clientes del mercado de servicios de impresiones comerciales.	<i>Exoneración total de la multa:</i> 14.747.01
Resoluciones 14-2020/CLC Y 37-2021/SDC			
Nro. 000002-2019/CLC	CLEMENCIA TIPO A Empresa Editora El Comercio S.A. y Amauta Impresiones Comerciales S.A.C.	Nacional/ Establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones.	<i>Exoneración total de la multa:</i> 4.664,50
Resolución 15-2021/CLC Fecha:			

2021-05-05			
------------	--	--	--

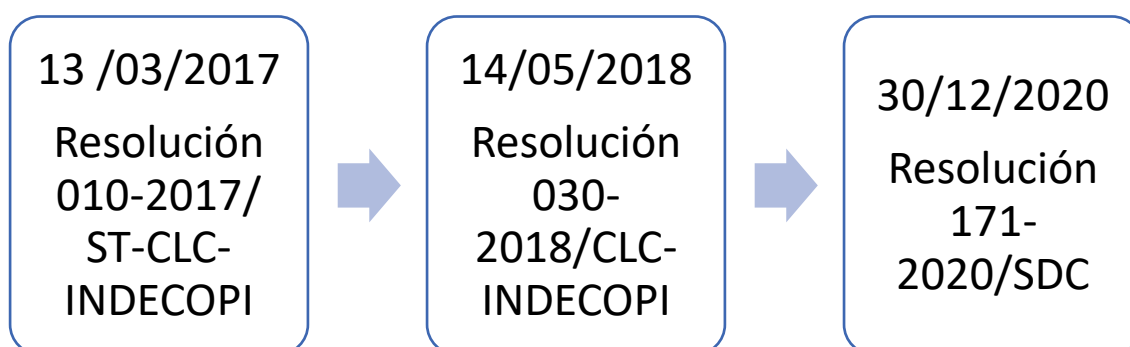
TIEMPO DE DURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CLEMENCIA

Expediente 17-2015/CLC: Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. (Cártel del papel higiénico)



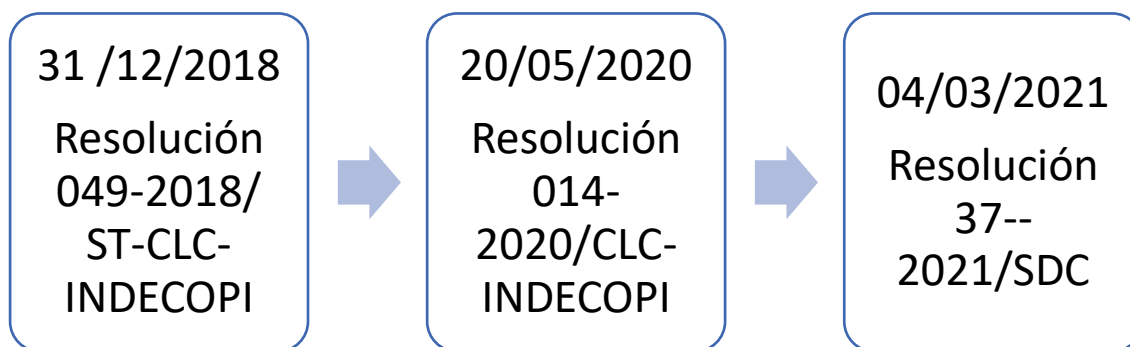
La duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la resolución de segunda instancia fue de 2 años, 9 meses, y 3 días.

Expediente 000003-2017/CLC: Compañía Marítima Chilena S.A., Eukor, Car Carrier Inc. y a Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.



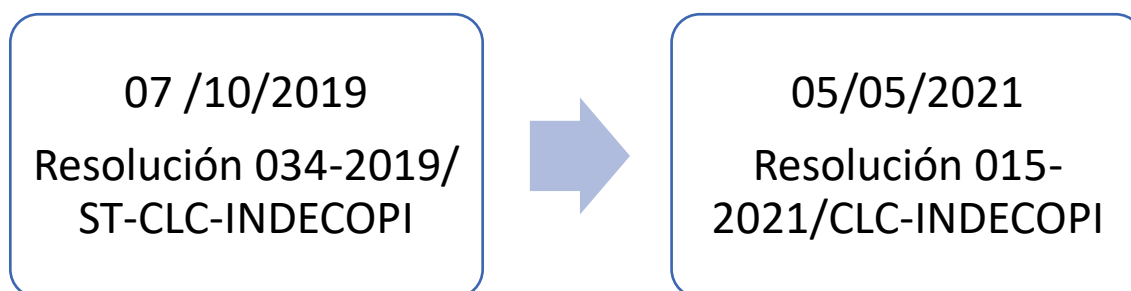
La duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la resolución de segunda instancia fue de 3 años, 9 meses, y 17 días.

Expediente 000012-2018/CLC: Empresa Editora El Comercio S.A., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L.-CARTEL DE LAS IMPRESIONES



La duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la resolución de segunda instancia fue de 2 años, 2 meses, y 1 días.

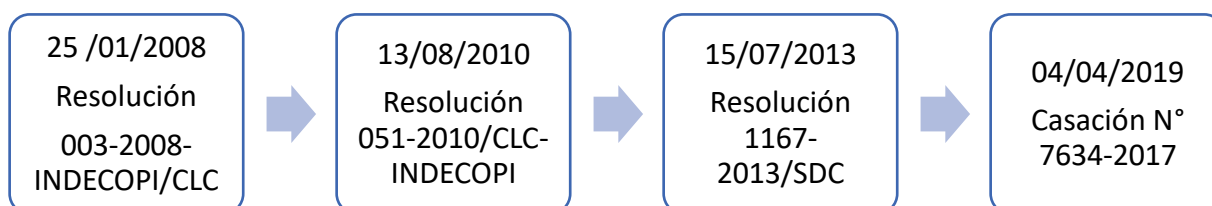
Expediente Nro. 000002-2019/CLC: Amauta Impresiones Comerciales S.A.C., Empresa Editora El Comercio S.A., Metrocolor S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Quad/Graphics Perú S.R.L.



La duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la resolución de primera instancia fue de 1 año, 6 meses, y 26 días.

TIEMPO DE DURACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SIN APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Expediente Nro. 002-2008/CLC: Cártel del oxígeno medicinal de las empresas Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A.



La duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la resolución de segunda instancia fue de 2 años, 6 meses, y 17 días.

La duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador y la resolución de segunda instancia fue de 5 años, 5 meses, y 19 días.

La duración del proceso desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador hasta su conclusión en la Corte Suprema fue de 11 años, 2 meses, y 8 días.