

## AUTOR(A)

Roberto Mendoza Matos

## TÍTULO

Criminalización de Cártels y el Programa de Clemencia en el Perú: complementariedad o debilitamiento

## RESUMEN CORTO PARA REDES SOCIALES

El congreso promulgó por insistencia la Ley 31040, el cual sanciona con pena de cárcel a quienes participen de prácticas anticompetitivas: abuso de posición de dominio o acuerdos colusorios (cártel). Si bien esta medida tiene efectos disuasivos, no está exenta de riesgos más aún si el Poder judicial no tiene experiencia sobre la materia. En ese sentido, el presente trabajo, bajo una revisión de literatura, evalúa los posibles efectos negativos en la lucha contra los cárteles, principalmente, sobre el programa de clemencias, el cual se ha convertido en la principal herramienta para detectar, investigar y sancionar cárteles en el Perú. Finalmente, se plantea algunas recomendaciones.

## DESARROLLO

El mercado de competencia perfecta es un mecanismo que maximiza el bienestar de la sociedad por medio de la eficiencia asignativa y productiva de los recursos (Viscusi, Harrington, & Vernon, 2005), lo cual hace referencia al primer teorema del bienestar. Asimismo, los agentes solo requieren información de los precios para elegir sus opciones óptimas, en contraste a otros sistemas de asignación de recursos (Varian, 2010). No obstante, en la práctica, las empresas cuentan con algún poder de mercado, el cual puede magnificarse bajo ciertas conductas específicas y generar serios daños a la sociedad: abuso de posición dominante<sup>1</sup> y colusión vertical<sup>2</sup> u horizontal<sup>3</sup>. Estas prácticas fijan un precio mayor y restringen la cantidad producida en comparación a un escenario de competencia. En consecuencia, los mayores precios disminuyen el consumo de los hogares, por un lado, y afectan la competitividad de las firmas, por otro lado, al encarecer su costo de producción (Indecopi, 2017).

La colusión o acuerdo concertado es el arreglo entre competidores reales o potenciales para acordar precios, hacer ofertas amañadas (licitaciones colusorias), establecer restricciones de producción, o dividir los mercados, por ejemplo, asignándose clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio (OECD, 2020). Esta práctica anticompetitiva es la más común, como muestra la Tabla 1 para el caso peruano, y presente en mercados de bienes esenciales como alimentos, servicios de salud, transporte y entre otros (Guillén, 2019) (Indecopi, 2017). De esta forma, las posibilidades de consumo de las familias pobres se

---

<sup>1</sup> El agente económico usa su posición dominante para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirecto.

<sup>2</sup> Acuerdos entre agentes económicos de distintos niveles de la cadena de producción, distribución y comercialización con el objetivo de restringir la libre competencia.

<sup>3</sup> Acuerdos entre competidores con la finalidad de impedir la libre competencia.

reducen. Por su parte, según el profesor Connor (2014), el sobreprecio a largo plazo en promedio de todos los tipos de carteles es 23% mayor a la situación de competencia, y en los carteles más dañinos puede alcanzar un 80%. Este escenario es más crítico aún si solo entre 10 y 30% de los carteles son descubiertos y sancionados (Miller, 2009). En adición, en países en desarrollo como el Perú, un mercado cartelizado reduce la producción en un 15.1% Ivaldi *et al.* (2014). Ante tales resultados, las autoridades de competencia de diferentes jurisdicciones han adoptado medidas como el programa de clemencia, investigaciones proactivas, denuncias, multas y sanciones penales. En el presente artículo, se enfatiza el programa de clemencia y la sanción penal, así como su vinculación.

Por un lado, el programa de clemencia, según OECD (2019), se define de la siguiente manera: “Mecanismos que ofrecen la oportunidad a los miembros del cártel de informar su conducta, proporcionar información y pruebas y cooperar con una investigación, a cambio de inmunidad o reducción de sanciones y, en algunas jurisdicciones, inmunidad procesal”. De esta forma, el programa opera bajo un mecanismo similar al dilema de prisionero de Nash pues el primero en comunicar sobre el acuerdo ilegal recibe sanciones menores o inmunidad. En ese sentido, el programa de clemencia se ha convertido en la herramienta más efectiva debido a su efecto desestabilizador y disuasivo (Motta & Polo, 2003) (Hammond, 2000) (Piña, 2019). La capacidad desestabilizadora se explica por la desconfianza generada entre los miembros del cartel por las mayores posibilidades de detección, investigación y castigo. Bajo el mismo argumento sumado a multas severas, los costos de formar el cártel serían mayores a sus ganancias: efecto disuasivo.

Por su parte, las sanciones penales se basan en sanciones individuales a ejecutivos o empleados involucradas en el cártel. Esta medida en relación con las sanciones económicas goza de un mayor efecto disuasivo, según Ezrachi & Kindl (2011), ya que las multas propician el problema del principal-agente al aplicarse a la empresa, y no a individuos, por tanto, los empleados responsables no internalizan el costo completo de sus actos. La sanción penal individual corrige este problema y desincentiva la participación individual en cárteles. Por otro lado, la sanción penal de cárteles se ha proliferado tanto en países miembro y no de la OECD, y su aplicación muestra una tendencia creciente en los últimos 4 años (OECD, 2020). En particular, los buenos resultados de la medida en Estado Unidos se explican por la severidad de la medida, alto riesgo de detección, y predictibilidad en la ejecución del programa de clemencias (Hammond, 2010).

En el caso peruano, Indecopi es la autoridad de competencia y el área de la libre competencia está conformada por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) y el Tribunal Administrativo. Con respecto al programa de clemencia, el Gráfico 1 muestra solo una solicitud desde la creación del programa en 1996 hasta 2013. En contraste, a partir del 2014 se evidencia una tendencia creciente hasta alcanzar cinco solicitudes en un año. Esto se explica por el cambio institucional<sup>4</sup> mediante decretos legislativos, que permitió fortalecer la predictibilidad de sanciones al solicitante del programa. Por otro lado, el Congreso aprobó,

---

<sup>4</sup> Para mayor detalle revisar Decreto Legislativo 1034, Ley de represión de Conductas Anticompetitivas, y Decreto Legislativo 1205, Ley que modifica la Ley de represión de Conductas Anticompetitivas.

en el presente año, el nuevo artículo 232<sup>5</sup> del código penal, el cual sanciona con pena de cárcel entre 2 a 6 años a quienes participen de prácticas anticompetitivas. No obstante, cabe resaltar que una normativa similar fue derogada en 2008 mediante el decreto legislativo 1034 que se justificó por dos razones principalmente: posible impunidad en los procesos penales y mayor efectividad de sanciones administrativas (multas) de Indecopi. Ante esto, se abre el debate sobre el efecto de las sanciones penales sobre el programa de clemencias y la lucha contra los cárteles.

Identificar las consecuencias de introducir sanciones penales sobre la efectividad del programa de clemencia requiere el análisis desde una justificación instrumental y normativa como propone Beaton-Wells (2017). Por el lado instrumental, el debate radica sobre la capacidad de detección y el efecto disuasivo del programa de clemencia en un contexto de criminalización de los cárteles. Por un lado, acogerse al programa de clemencia se vuelve más riesgoso pues involucra sanciones penales sobre los involucrados (Guillén, 2019), además la falta de predictibilidad del programa en relación con las sanciones, en un contexto de pena de cárcel, reduce los incentivos de las empresas por cooperar con la autoridad. En efecto, las empresas decidirían impugnar los cargos más aún si el poder judicial tiene recursos limitados para continuar juicios prolongados o si el historial en la ejecución del delito es deficiente o sin experiencia previa como el caso peruano. Esta situación se agrava ante posibles arbitrariedades por presión mediática, motivaciones políticas y actos de corrupción en el Poder Judicial (Quintana, 2020). Por el lado disuasivo, el efecto conjunto de sanciones penales y administrativos posiblemente sería mayor cuando el sector privado conozca más de la normativa y la incidencia del programa de clemencia.

Desde un enfoque normativo, la criminalización de carteles hace complejo conciliar la condena de una conducta extremadamente dañina con una política de clemencia que absuelve al primer confesor. Esto es más grave cuando la inmunidad por sanciones se basa principalmente en el momento de la confesión sin tener en cuenta la naturaleza o la culpabilidad del confesor (Beaton-Wells, 2017). Esto podría generar una pérdida de credibilidad del derecho de la competencia por parte de la opinión pública en casos donde se recompense con inmunidad a infractores graves. En segundo lugar, resoluciones contradictorias entre la autoridad administrativa (Indecopi) y penal (Poder Judicial) puede socavar la coherencia e integridad de la ejecución penal.

Los efectos negativos mostrados anteriormente, y dado que el proyecto de Ley 31040 no sería posible de corregirlo hacen urgente proponer cambios institucionales en miras de fortalecer el régimen de sanciones penales. De esta manera, siguiendo la línea de recomendaciones de OECD (2005), se propone los siguientes puntos. En primer lugar, una estrecha colaboración entre la autoridad fiscal y de la competencia, así este último pueda persuadir al primero de procesar cárteles muy dañinos. En efecto, se evitaría la arbitrariedad en el proceso penal y posibles incoherencias entre la resolución administrativa y penal. Asimismo, la discrecionalidad, experiencia y posicionamiento de Indecopi reduciría la incertidumbre de participar en el programa de clemencias. Segundo, protección ante procesos penales durante

---

<sup>5</sup> Mediante Proyecto de Ley 31040

las investigaciones de la autoridad de la competencia con el fin de incentivar a las empresas infractoras de acogerse al programa de clemencias: mayor seguridad jurídica. Tercero, una adecuada definición del delito penal del cártel, el cual debe ser diferente a lo estipulado en la Ley de Competencia pues, en caso contrario, se volvería complejo la emisión de condenas penales basado en conceptos técnicos como mercado relevante, barreras de entrada y entre otros pues tendrían que probarse en términos penales. En ese sentido, el delito penal debe especificar los escenarios donde se aplique la norma.

En suma, en el corto plazo, la criminalización de cárteles debilitaría la efectividad del programa de clemencias debido a que la burocracia fiscal responsable en ejecutarla no está capacitada en temas de competencia, el Poder Judicial tiene recursos limitados, y los posibles actos de corrupción pueden generar resultados indeseados. En adición, en el país no existe consenso de aplicar sanciones penales a prácticas anticompetitivas. Pero en el mediano y largo plazo se espera una complementariedad debido a una consolidación de la cultura por defensa de la competencia, conocimiento de la norma, mayor experiencia en procesos sancionadores, y la promulgación de un nuevo proyecto de Ley que contemple, principalmente, una acertada definición penal del delito de formar cárteles.

- Beaton-Wells, C. (2017). Criminal Sanctions for Cartel Conduct: the Leniency Conundrum. *Journal of Competition Law & Economics*(13), 125-149.
- Connor, J. (2014). *Price Fixing Overcharges: revised 3 edition*. Purdue University, Zionsville. Obtenido de Connor, John M., Price Fixing Overcharges: Revised 2nd Edition (April 27, 2010). Available at <https://ssrn.com/abstract=1610262>
- Connor, J. (2016). *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990 - july 2016*. Purdue University.
- Guillén, A. (2019). *El programa de clemencias en el Perú: propuestas para una implementación efectiva*. Tesis licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima.
- Hammond, S. (2000). *Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program*. Antitrust Division U.S. Department of Justice. Obtenido de <https://www.justice.gov/atr/speech/detecting-and-deterring-cartel-activity-through-effective-leniency-program>
- Hammond, S. (2010). *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the last Two Decades*. Criminal Enforcement Antitrust Division U.S. Department of Justice , Miami.
- Indecopi. (2017). *Eficacia de los programas de clemencia y beneficios de la desarticulación de carteles en la defensa de la competencia*. Lima.
- Ivaldi, M., Khimich, A., & Jenny, F. (2014). Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries. *UNCTAD*, 21.
- Miller, N. H. (2009). Strategic Leniency and Cartel Enforcement. *American Economic Review*, 99(3), 750-768.
- Motta, M., & Polo, M. (2003). Leniency programs and cartel prosecution. *International journal of industrial organization*(21), 347-379.
- OECD. (2005). *Hard Core Cartels: Third report in the implementation of the 1998 Council Recommendation*. Obtenido de <https://www.oecd.org/competition/cartels/35863307.pdf>
- OECD. (2019). *Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels*,. Obtenido de <https://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainstharcocartels.htm>
- OECD. (2020). *OCDE Competition Trends 2020*. Obtenido de <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>

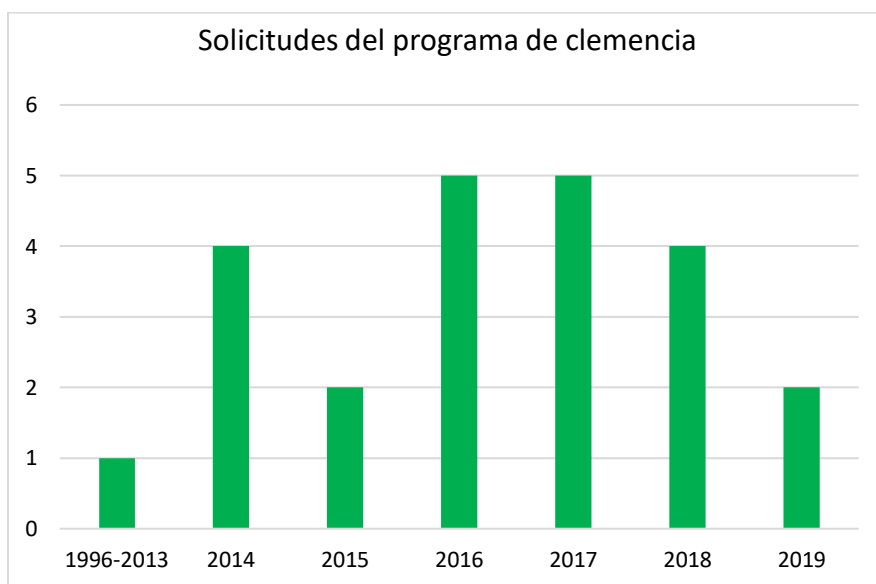
- OECD. (2020). *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. Obtenido de <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>
- Piña, L. (2019). *Efecto de los Programas de Clemencia sobre las Prácticas Colusorias en el Perú*. Tesis de licenciatura, Universidad del Pacífico, Departamento de Economía, Lima.
- Quintana, E. (2020). *Penalización a la criolla*. Bullard Falla Ezcurra, Lima.
- Varian, H. (2010). *Microeconomía intermedia: un enfoque actual* (Octava ed.). Barcelona, España: Antoni Bosch.
- Viscusi, W. K., Harrington, J. J., & Vernon, J. M. (2005). *Economics or regulation and antitrust* (Cuarta ed.). London, England: MIT press.

Cuadro 1

Año	Colusión horizontal		Colusión vertical		Abuso de poder	
	Multa	Casos	Multa	Casos	Multa	Casos
2008	11,887,890	1	2,281,510	1		
2009	726,721	1			10,650	1
2010	20,902,680	2			2,367,000	1
2011	2,691,396	2	2,444,400	2		
2012	123,662	1			109,500	1
2013	427,720	1	5,982,937	1		
2014	8,127,174	5				
2015	539,770	4				
2016	15,748,413	3				
2017	373,062,470	5				
2018	520,010,123	4				

Fuente: (Guillén, 2019)

Gráfico 1



Fuente: Indecopi  
Elaboración propia