

Una pena entre dos... ¿duele menos?: análisis de la responsabilidad en la Ley de Libre Competencia

Andrés Calderón López*

SUMARIO

REFLEXIÓN INICIAL. 1. LA NATURALEZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 1.1. LEGALIDAD Y TIPICIDAD. 1.2. CULPABILIDAD. 1.3. PROPORCIONALIDAD. 1.4. NON BIS IN IDEM. 2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 3. DESINCENTIVANDO CONDUCTAS. 3.1. TIPOS DE SANCIONES. 3.1.1. MULTAS. 3.1.2. OTRAS MEDIDAS. 3.2. DETERMINACIÓN DE LAS MULTAS: EL BENEFICIO EXTRAORDINARIO. 3.2.1. CRITERIOS DE CÁLCULO. 3.2.2. PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN. 4. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA. 4.1. INFRACTOR. 4.2. DIRECTORES Y REPRESENTANTES LEGALES. 5. "COMPARTIENDO LA PENA".

Reflexión Inicial.

Remontémonos a épocas de la infancia. Cierta tipo de travesuras eran permitidas y otras eran castigadas. Alguna vez, en las aulas del colegio, había un profesor que ante una travesura no descubierta decidía castigar a toda la clase, aun cuando supiera que sólo una persona hubiera cometido la falta. Se podría, tal vez, tratar de justificar tal arbitrariedad en la creencia de la responsabilidad que tendrían los compañeros de clase al ocultar la falta cometida por el infractor. ¿Y si el profesor hubiera identificado al infractor, pero con el fin de querer desincentivar tal tipo de conductas impusiera la sanción a todo el aula?, ¿Aún podríamos justificar tal actitud?

La idea matriz y guía de este trabajo

recae en analizar la adecuación y viabilidad jurídica de la responsabilidad conjunta de personas jurídicas y personas naturales al interior de la estructura de las primeras, que establece el Decreto Legislativo N° 701 (en lo sucesivo, la Ley o la Ley de Libre Competencia). Sin embargo, nuestro estudio no se limitará, ni centrará, esencialmente, en analizar la posibilidad teórica de esta sanción conjunta o el controversial tema sobre la imputabilidad, responsabilidad y sanción a las personas jurídicas –materias, sin embargo, definitivamente imprescindibles e insoslayables en el fundamento de nuestro trabajo–; sino que abordará una perspectiva funcional del tema. Es decir, analizaremos las causas justificantes de esta posición legislativa, centrándonos, en particular, en los fundamentos propios del

* Alumno del séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP. Asistente de Docencia del curso de Derecho Procesal Penal y Derecho Civil (Contratos. Parte General)

derecho sancionador, como las exigencias de buscar “la obediencia a la norma” y la efectividad del rol desincentivador de conductas ilícitas.

1. LA NATURALEZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

La potestad administrativa de aplicar sanciones a los administrados es en la actualidad un punto generalmente admitido a nivel doctrinario y jurisprudencial tanto a escala nacional como internacional. Ello no obstante, gracias a la admisión de esta rama del Derecho como integrante de un conjunto mayor, el derecho sancionador estatal; lo cual ha sido fruto de una importante y larga discusión acerca de su naturaleza, en la que España nos ha proporcionado a sus más importantes disertantes. Es necesario precisar, en este momento, que la admisión de esta rama es una muestra de aquellas situaciones donde las exigencias y el devenir de la realidad superaron a la discusión teórica.

Como es ampliamente conocido, el Estado tiene el monopolio de la represión formal de ciertas conductas calificadas como ilícitas. Es igualmente conocido que el Derecho Penal es la máxima expresión de esta potestad punitiva y que es la función judicial la encargada de su aplicación como conclusión de un proceso, donde se resuelve la existencia y punibilidad de la conducta de un sujeto.

El Derecho Administrativo Sancionador es, en términos cronológicos, un

rezago de una etapa previa a la concepción y aceptación del principio de separación de poderes del Estado. En efecto, en el traslado de potestades por parte del Ejecutivo a los órganos encargados de la función legislativa y, posteriormente, a la función judicial; la potestad represiva, en cierta medida, se mantuvo en manos del Ejecutivo, generándose, como consecuencia, la dualidad de un sistema represivo, judicializándose la potestad punitiva penal y manteniéndose un ámbito de esta responsabilidad represora en la Administración¹. De igual forma, fundamentos prácticos justifican también la potestad sancionadora de la Administración, como el no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia con ilícitos de gravedad menor, dotar de mayor eficacia al aparato represivo con este tipo de ilícitos, y mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados². Empero, la aceptación de la potestad sancionadora de la Administración no ha sido fruto de la unanimidad o un pleno consenso, sin previas discusiones y críticas a dicha potestad. No es nuestro objetivo en estos momentos discutir la viabilidad de esta naturaleza sancionadora de la Administración, aunque sí debemos reconocer nuestra inquietud por abordar dicho tema que, como mencionáramos anteriormente, responde más a exigencias de la realidad que a una impecable concepción teórica del tema, lo cual, a su vez, genera la posibilidad de que sin una adecuada concepción nuestro sistema pueda caer en contradicciones e incon-

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, 7a. Ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 161 – 163.

² DANÓS, Jorge. *Notas acerca la potestad sancionadora de la Administración Pública*, en: *Ius et Veritas*, N° 10, Lima: s/e, 1995, p. 149 – 150.

gruencias aún inadvertidas. El temor de haber ya caído en tal tipo de incoherencias es también objeto de nuestro presente estudio, relacionado esta vez con la responsabilidad y sanción en el ámbito de la defensa de la libre competencia. En tal sentido, debemos precisar que los puntos a analizar no se basan en la naturaleza sancionadora de la Administración, pues nuestro sistema ha optado por la defensa de la libre competencia a nivel administrativo, en oposición a otros que han optado por la vía judicial. Nuestro estudio se centra en los propios conceptos de responsabilidad y sanción empleados en nuestra legislación sobre la materia, independientemente de si ellos fueran aplicados a nivel administrativo o judicial. Pese a ello, sí es de gran relevancia entender la naturaleza de la potestad sancionadora del Estado, en su expresión administrativa, ya que se debería optar por una congruencia de los conceptos en un sistema dual de aplicación de sanciones, pero que surgen de un solo *ius puniendi* estatal.

Adicionalmente a la existencia de un Derecho Administrativo Sancionador, ha generado gran debate el tema de su autonomía frente al Derecho Penal, discutiéndose si esta rama se aproxima más al ámbito del Derecho Administrativo o al propio del Derecho Penal. Dicha discusión no será materia de estudio en el presente trabajo, sin embargo, sí es pertinente

recalcar la existencia de principios comunes en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, que son fruto de admitir una rama de origen común, el derecho sancionador. En atención a ello, desarrollaremos algunos principios elementales presentes en el Derecho Administrativo Sancionador, los cuales son de particular relevancia para nuestro estudio.

1.1. Legalidad y Tipicidad.

El principio de legalidad está contemplado en el literal d) del numeral 24 del artículo 2º de la Constitución³. En virtud de dicha disposición y, en atención a que toda persona puede hacer lo que no está prohibido, no cabe sancionar a un sujeto por un hecho que previamente no ha sido expresado como ilícito, como no deseable por el ordenamiento jurídico, como expresión de aquello que la sociedad no desea.

Uno de los objetivos que persigue una sanción –tema que analizaremos con mayor detenimiento más adelante– es, pues, generar una coacción psicológica a fin de que el sujeto infractor sepa qué conductas no debe realizar, pues ello le significaría un rechazo del ordenamiento, manifestado mediante la sanción y el daño que ella produce sobre su esfera jurídica⁴.

El principio de legalidad comprendería dos conceptos, uno material que consiste en el establecimiento normativo

³ Constitución Política del Perú.

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

⁴ CARRETERO PÉREZ, Adolfo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editoriales de Derecho Reuniones. Revista de Derecho Privado, 1992, p. 115.

de las conductas que constituyen infracción y la definición de su correspondiente sanción; y uno formal, que consistiría en el requerimiento de que tales definiciones sean brindadas por una norma en particular, la ley (principio de reserva de ley)⁵.

La primera acepción otorgada al principio de legalidad estaría ligada o, en todo caso, complementada por el principio de tipicidad. Verdaderamente, si se requiere que para que exista una infracción ésta deba ser predeterminada por la ley estamos, en realidad, afirmando que las conductas infractoras y las consecuentes sanciones que acarrearán deben ser expresamente señaladas (tipificadas) en la ley. El contemplar una acción en un tipo definido por la ley exige una determinación de las infracciones, lo cual no obsta a la posibilidad de prescribir tipos medianamente genéricos, siempre que no vulneren este principio en el extremo de no garantizar la posibilidad de defensa de quien ha sido imputado como sujeto activo del referido tipo genérico⁶.

1.2 Culpabilidad.

Este principio constituye uno de los elementos centrales de nuestro trabajo. En atención a ello, en este punto sólo nos detendremos a hacer una descripción de la esencia de este principio, dejando para las líneas posteriores el análisis de la

culpabilidad y, en particular, de la responsabilidad, contemplada para los infractores por la normativa de defensa de la libre competencia en nuestro ordenamiento. El principio de culpabilidad supone imputación y dolo o culpa en la acción sancionable, lo cual se opone a la concepción de sanciones administrativas fundadas en una responsabilidad objetiva⁷.

Este elemento encuentra uno de sus máximos problemas en la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin embargo, dicha posibilidad se ha ido aceptando cada vez más por distintos ordenamientos, reformulándose el criterio de culpabilidad atribuible a estos entes morales, distinguiéndolos de las clásicas variables usadas en el Derecho Penal, para pasar a usar otras como la *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional español de 246/1991 de 19 de diciembre señala lo siguiente:

“(...) todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese

⁵ Desde nuestra posición, optamos por diferenciar el principio de legalidad del principio de reserva de ley. Sin embargo, tal distinción no será determinante a efectos de nuestro trabajo.

⁶ Es este el caso del Decreto Legislativo 701, modificado por el Decreto Legislativo 807, en cuyos artículos 5.f y 6.i, se describe como casos de abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la libre competencia, respectivamente, a *Otros casos de efecto equivalente*. En nuestra opinión, esta descripción no atenta contra el principio de tipicidad, dado que esta remisión genérica está predeterminada por la descripción genérica de las conductas infractoras, prevista en el artículo 3 del mismo cuerpo normativo, y complementada por la descripción ilustrativa de conductas infractoras en los literales previos de los referidos artículos 5 y 6. Una posición distinta es la expresada por el vocal de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI, Lorenzo Zolezzi, en su voto en singular en la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI en el conocido caso de las AFP sobre prácticas explotativas.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Ob. Cit., p. 174.

principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto a las personas físicas”⁸.

Existe, sin embargo, una corriente que señala que el tan arraigado principio de culpabilidad no tiene real sustento constitucional, admitiéndose, en ciertos casos, por imperio de la ley una responsabilidad objetiva⁹.

1.2.1 Proporcionalidad.

Este principio es también uno de los pilares del presente trabajo, el mismo que nos servirá como herramienta de análisis en acápites posteriores referidos a las sanciones previstas por la Ley de Libre Competencia y a la evaluación de su adecuación respecto a los fines que pretende alcanzar.

Por lo pronto, nos dedicaremos a definir este principio como aquel que exige que la sanción impuesta sea coherente con la infracción cometida y con las circunstancias que la rodearon. A partir de esta correspondencia, las medidas impuestas serán aquellas que cumplan con su cometido represivo, sin generar una excesiva e innecesaria afectación en el sujeto sancionado. Nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado reiteradamente en sus sentencias el principio de proporcionalidad como herramienta para definir la corrección de la actuación de los órganos detentadores de poder. Así, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, de 24 de noviembre de 2004, se expresa que:

“(...) el carácter desproporcionado de un acto administrativo no termina en la violación de un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de proporcionalidad es un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos [constitucionales o simplemente legales]”.

La relevancia de este principio en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador ha sido igualmente reconocida por nuestro Tribunal Constitucional. Así, en la Sentencia recaída en el expediente N.º 2192-2004-AA /TC, de 11 de octubre de 2004, el Tribunal expresó que:

“(...) es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas”.

1.4. *Non bis in idem*.

El principio del *non bis in idem* implica la imposibilidad de duplicidad de

⁸ Sentencia citada por MAYOR MENÉNDEZ, Pablo. *Sobre la responsabilidad conjunta de las personas jurídicas y sus administradores en el Derecho Administrativo sancionador (especial referencia al Mercado de Valores)*, en: Revista Española de Derecho Administrativo, N° 87, 1995, p. 347.

⁹ En esta línea de pensamiento se pronuncia NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 4ta. Ed., 2005, p. 467.

sanciones en tanto se cumpla la triple identidad de sujeto, hechos y fundamentos. Este principio no tiene amparo constitucional expreso, pero sirve como parámetro para la racionalización del *ius puniendi* estatal¹⁰.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

El objeto jurídico protegido en la Ley de Libre Competencia es la propia libre competencia, como medio a través del cual se logra la satisfacción de los consumidores, quienes se verán beneficiados por la interacción de la oferta y la demanda, la cual guiará (a modo de una mano invisible) a estos actores a encontrar la cantidad de productos que, ofertados al público a un precio tal que se genere la máxima eficiencia social posible, genere bienestar para ofertantes y consumidores.

La defensa de la libre competencia en nuestro ordenamiento se enmarca en el modelo de regulación estatal indirecta, mediante la sanción de conductas consideradas ilícitas a través de medidas (la multa es el arquetipo) que desincentive dichos modos de actuar. En líneas generales, los mercados se rigen por la libre iniciativa privada de quienes ofertan y demandan y pueden entrar o salir de tales mercados. Es en el ejercicio de esta libertad que, en ocasiones, se detecta que un agente económico realiza determinadas conductas

que implican una restricción a la competencia o un ejercicio abusivo de su poder de mercado, que genera pérdida de eficiencia social. Ante dicha situación, se abre la posibilidad de aplicar una sanción que penalice dicho comportamiento¹¹.

3. DESINCENTIVANDO CONDUCTAS.

3.1. Tipos de Sanciones.

Habiendo descrito algunos principios generales del Derecho Administrativo Sancionador y su naturaleza y justificación en la defensa de la competencia, corresponde describir y analizar los tipos de sanciones administrativas que prevé nuestro ordenamiento.

La sanción es la consecuencia dañosa establecida normativamente como castigo al autor del hecho que constituye una infracción al ordenamiento jurídico con el fin de mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que prevalezcan los actos contrarios al derecho estipulado en ellas¹².

Debemos centrarnos en estos momentos en las sanciones cuyo fin es el desincentivar las conductas infractoras, dejando de lado, por el momento, ciertos tipos de medidas represivas por la no colaboración de los administrados con la labor de investigación encargada a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia¹³ y aquellas medidas de

¹⁰ DANÓS, Jorge. Ob. Cit., p. 155.

¹¹ COLOMA, Germán. *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 260.

¹² DROMI, Roberto. *Competencia y Monopolio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 130.

¹³ Decreto Legislativo 701.

Artículo 22.- Quien en forma maliciosa o sin motivo atendible solicite a la Secretaría investigaciones, será responsable de las costas personales sin perjuicio de la responsabilidad civil a que haya lugar. Asimismo, será sancionado por delito de calumnia.

La Secretaría debe rechazar de plano solicitudes de investigación que sean manifiestamente infundadas.

carácter coercitivo¹⁴.

3.1.1. Multas.

Como hemos adelantado, la multa es el prototipo de las sanciones impuestas en un procedimiento sancionador. Es una sanción pecuniaria impuesta al agente infractor y, como también hemos men-

cionado previamente, en nuestro ordenamiento existe también la posibilidad de sancionar con este tipo de medidas a sujetos distintos del agente.

El artículo 23º de la Ley¹⁵ establece los límites máximos para la imposición de multas por infracción a la libre competencia, así distingue tres rangos para sancionar

¹⁴ Decreto Legislativo 701.

Artículo 20.- Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

(...)

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Asimismo, la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento.

(...)

Artículo 21º.- En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión de Libre Competencia podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.

(...)

Si el obligado a cumplir una medida cautelar ordenada por la Comisión de Libre Competencia no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción no menor de 10 ni mayor de 100 UIT, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios señalados en el Artículo 23. La multa que corresponda deberá ser pagada dentro del plazo de cinco días, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta, hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer otra multa o una sanción distinta al final del procedimiento.

¹⁵ Decreto Legislativo Nº 701.

Artículo 23º.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas:

- a) Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.
- b) Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

- a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e) La duración de la restricción de la competencia.

al infractor, respondiendo los dos primeros a caracteres propios de la conducta y el tercero a condiciones del agente:

- En caso de infracción leve o grave, la multa tendrá el límite de mil (1000) UITs, teniendo como tope el 10% de las ventas o ingresos brutos del infractor del ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.
- En caso de infracción muy grave, la multa podrá superar las mil (1000) UITs teniendo siempre como tope el referido 10%.
- En caso el infractor no realice actividad económica o la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar las mil (1000) UITs.

De otro lado, respecto de los funcionarios de la empresa que participen en la conducta infractora, el propio artículo 23º señala la posibilidad de una multa individual de hasta cien (100) UITs a cada uno de ellos de acuerdo a su responsabilidad en la infracción cometida.

3.1.2. Otras Medidas.

El artículo 21º de la Ley dispone asimismo la potestad de la Comisión de dictar medidas cautelares a fin de garantizar

el cumplimiento de la decisión definitiva. Dentro de este tipo de medidas señala la orden de cesación y la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas materia del procedimiento administrativo.

Uno de los presupuestos del dictado de una medida cautelar es la posibilidad de lo pedido; en tal sentido si se puede dictar como medida cautelar la orden de cesación de la conducta presuntamente infractora y la imposición de condiciones determinadas, en consecuencia, se podrían dictar tales medidas en la resolución final.

Tal interpretación es complementada por el artículo 19º del Decreto Ley N° 25868¹⁶ que establece que las Comisiones de Indecopi tienen dentro de sus facultades adoptar las medidas correctivas e imponer las sanciones correspondientes.

Reconocemos la dificultad de categorizar tales medidas correctivas, no pudiendo enmarcarlas dentro del concepto de sanción, pues en realidad constituirían medidas de policía, consecuencias de la restauración del orden de la competencia alterado por las conductas infractoras¹⁷. En efecto, la sanción implica algo nuevo, inexistente al momento de cometerse el ilícito, no la simple restauración de la

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

¹⁶ Decreto Ley N° 25868.-

Artículo 19º.- Las Comisiones a que se refiere el artículo anterior, tienen las siguientes características:

- a) tienen autonomía técnica y funcional, y se rigen por las normas legales por medio de las cuales se crearon y sus modificatorias, en lo que no se opongan a lo prescrito en el presente Decreto Ley;
- b) resuelven en primera instancia administrativa los procesos de su competencia, así como sobre la adopción de medidas correctivas y la imposición de las sanciones correspondientes;
- c) (...)

¹⁷ En este orden ideas se manifiesta BANO LEÓN, Jose María. *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1996, p. 242 – 243. Ello no obstante, el autor indica

realidad alterada por este último¹⁸.

3.2. Determinación de las Multas: El Beneficio Extraordinario.

3.2.1. Criterios de Cálculo.

El beneficio extraordinario es la diferencia entre el beneficio de no cumplir la ley y el beneficio de cumplir la ley. Esta categoría es utilizada a fin de determinar el monto de las sanciones administrativas, las cuales cumplirán su propósito de desincentivar la realización de infracciones administrativas sólo si la cuantía o magnitud de ellas supera o iguala el referido beneficio.

“(…) la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero. Esto hace que, cuando la persona decide llevar a cabo el hecho ilícito en cuestión (o toma precauciones para que el mismo no acontezca), tiene presumiblemente en cuenta la probabilidad que esto induce de tener que erogar luego una determinada suma de dinero”¹⁹.

Así, el artículo 230º de la Ley N° 27444²⁰, Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Otro criterio a tomar en cuenta es la posibilidad de detección de la conducta infractora, razón por la cual resulta necesario imponer una multa más elevada a los infractores cuyas conductas sean difíciles de identificar, a efectos de que sean conscientes de que, si bien puede ser difícil que su infracción sea detectada, en caso de que ello ocurra recibirán una sanción significativa. Ello con el objeto de que los agentes internalicen los costos de su conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.

Tal razonamiento parte de un criterio económico, fundamentado en el presupuesto de que un infractor actúa con racionalidad económica y que se mueve bajo el incentivo de lograr el provecho ilícito y el desincentivo de la multa a

que la orden de remoción de efectos sí sería una medida sancionadora en tanto implicaría una aflicción para el infractor, el cual incurrirá en costes económicos para realizar dicha tarea, a diferencia de la simple cesación de la práctica. A nuestro entender, el carácter sancionador no necesariamente se tendría que medir en torno a la imposición de nuevos efectos sobre la conducta del infractor. Una medida de policía abarcaría también aquellas conductas que el infractor tendría que realizar para restituir, en este caso la competencia, a su estado previo a la comisión de la infracción. El carácter punitivo de la sanción se distingue por implicar un mal en el infractor de manera independiente a la obligación de restituir la afectación a la competencia.

¹⁸ SANTAOLALLA, Fernando, citado por DANÓS, Jorge, Ob. Cit., p. 156. En el mencionado artículo el profesor Danós resalta la diferencia entre las medidas de restauración de los efectos ocasionados por las conductas infractoras, que dicta el INDECOPI –en el caso de la represión de la competencia desleal– y las sanciones consistentes en multas aplicables a los infractores.

¹⁹ COLOMA, Germán. Ob. Cit., p. 254.

²⁰ Ley N° 27444.

Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(…)

pagar²¹.

En resumen, la determinación del beneficio esperado seguiría el siguiente racionamiento²².

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

3.2.2. Proporcionalidad de la sanción.

Hemos señalado que la regla de la proporcionalidad va a comportar que la Administración elija entre las opciones posibles para desincentivar eficazmente las conductas ilícitas, la menos limitativa de la libertad²³. Habiendo definido la forma del cálculo del beneficio esperado o beneficio extraordinario del infractor, cabe preguntarnos si tal fórmula cumple con el requisito de proporcionalidad que, como hemos estudiado, es exigido en la aplicación de sanciones.

Al respecto, el previamente aludido artículo 23º de la Ley impone ciertos criterios a ser evaluados por la autoridad administrativa para la imposición de las multas. Estos criterios son básicamente los siguientes:

- La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
- La dimensión del mercado afectado.
- La cuota de mercado afectado de la empresa correspondiente.
- El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- La duración de la restricción de la competencia.
- La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

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

²¹ REVILLA, Víctor. *¿Cómo calcular el monto de las multas? Criterios de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI*, en: *Ius et Veritas*, N° 19, Lima: s/e, 1999, p. 115 – 116.

²² Tal fórmula es resultado de la siguiente ecuación:

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL} \cdot P_{det} - Multa \cdot P_{det} + B^{NL} - B^{NL} \cdot P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - Multa \cdot P_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - Multa \cdot P_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq Multa \cdot P_{det}$$

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley.

BNL = Beneficio de no cumplir la ley.

BL = Beneficio de cumplir la ley.

P_{det} = Probabilidad de detección.

BE_{Ext} = Beneficio extraordinario.

²³ TRAYTER, Juan Manuel y VICENV AGUADO. *Derecho Administrativo Sancionador. Materiales*, Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 93.

Para contrarrestar los efectos de una conducta ilícita nos pueden servir los criterios señalados por la ley, a fin de que las medidas correctivas que imponga la Comisión deberán eliminar los daños subsistentes producidos por la infracción. De igual manera, estos criterios nos serán de utilidad para calcular el beneficio que esperaba obtener el infractor. Debemos recordar que en nuestro ordenamiento, las indemnizaciones, a diferencia de las sanciones en sentido estricto, son las figuras encargadas de reparar el daño producido. Pensemos en un ilícito penal como el asesinato, la indemnización que se imponga a favor de los familiares de la víctima intentará reparar el daño que se les ha producido (gastos médicos, gastos de sepelio, lucro cesante, daño moral, etc.), aun cuando no podrán restituir el daño causado (la víctima no volverá a vivir). La pena que se le imponga (pena privativa de libertad, multa, inhabilitación, etc.) no tiene la finalidad de reparar el daño producido, sino desincentivar la futura producción de tales daños (así, digamos que el infractor u otros posibles infractores no conducirán en estado de ebriedad aun cuando eso les genere cierto grado de satisfacción, dado que el daño que ello les podría ocasionar –la pena– sería aún mayor).

Con el fin de evaluar un análisis de proporcionalidad que debería seguir una autoridad ante la comisión de un ilícito, nos permitimos citar un ejemplo propuesto por Posner²⁴:

“Supongamos que me extravió en el bosque y, para no morirme de hambre, entro a una cabaña desocupada y robo

una pequeña cantidad de comida que encuentro allí. ¿Desearíamos realmente que el castigo de este robo fuese la pena de muerte, según la teoría de que, como el delito salvó mi vida, ningún castigo menor lo disuadiría?. Por supuesto que no. El problema es que la ley del robo castiga generalmente los apoderamientos en contextos de costos de transacción bajos, mientras que en este ejemplo son prohibitivos los costos de transacción con el dueño de la cabaña que se encuentra ausente. Una solución sería definir el robo de tal manera que se excluyan estos ejemplos; y en efecto el derecho penal contiene una defensa de necesidad que probablemente podría invocarse con éxito en este ejemplo”.

El análisis del beneficio extraordinario no obvia los criterios señalados por la ley. Cualquier método que los soslaye sí pecaría de desproporcionalidad. Así, criterios como la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, entre otros elementos determinantes de la proporcionalidad de la sanción, pueden ayudar a determinar el beneficio extraordinario que pretendía el infractor, y también para establecer el daño que dicha conducta efectivamente iba a producir en el mercado, pero ello no puede llevarnos a concluir que otros factores como las condiciones en que se realizó la conducta ilícita no podrían modificar la sanción a imponerse, toda vez que debemos valorar que tales circunstancias podrían haber aumentado, probablemente, el costo en que hubiera tenido que incurrir el agente de actuar conforme a ley. Estas circunstancias

²⁴ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 215.

se adicionarán a la ecuación inicialmente efectuada a fin de atenuar o agravar la sanción a imponerse.

4. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA.

Tal como ha sido señalado previamente, la Ley establece dos sujetos pasivos de la sanción a imponerse por la comisión de prácticas anticompetitivas. Así, distingue entre el sujeto infractor y los sujetos que integran los órganos directivos o que tengan la función de representantes legales, en el caso que el sujeto infractor sea una persona jurídica. A continuación, estudiaremos brevemente a cada sujeto con el fin de entender la naturaleza de su posición pasiva en la imposición de dichas sanciones.

4.1. Infractor.

El infractor a la Ley de Libre Competencia es aquel sujeto que realiza los tipos descrito en los artículos 3º, 5º y 6º de la Ley.

Al respecto, el artículo 2º²⁵ establece el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley, señalando, en primer lugar, que su aplicación abarca a las personas naturales o jurídicas –de derecho público o privado–

que realizan actividades económicas.

Un primer punto que llama la atención es la admisión de las personas jurídicas como sujeto activo de una infracción administrativa, como una admisión de la regla *societas delinquere potest*, en contradicción con la posición actual de nuestro ordenamiento jurídico penal, donde se contempla el principio opuesto.

Si analizamos las conductas descritas por los artículos 5º²⁶ y 6º²⁷ de la Ley, veremos que se tratan de ilícitos especiales, en tanto requieren que el sujeto activo de la conducta ilícita sea un agente económico, el mismo que, adicionalmente en el caso del abuso de posición de dominio, deberá ostentar una posición dominante en el mercado.

4.2. Directores y representantes legales.

En este apartado, tendremos que preguntarnos la razón que justifica la posibilidad de aplicación de sanciones a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que participarán en las infracciones cometidas, contemplada en el precitado artículo 23º de la Ley.

²⁵ Decreto Legislativo N° 701.

Artículo 2º.- La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley.

²⁶ Decreto Legislativo N° 701.

Artículo 5º.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.
(...)

²⁷ Decreto Legislativo N° 701.

Artículo 6º.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.
(...)

Si bien la responsabilidad de estos funcionarios radica en su participación en las infracciones cometidas, no podríamos hablar de una autoría en la comisión de la conducta ilícita, dado que la propia ley ha establecido que el infractor es el agente económico, es decir, la empresa y no el funcionario.

Es pertinente remitirnos en este punto a los tipos de responsabilidad analizados por Nieto, con el fin de determinar si la responsabilidad atribuida a los funcionarios en cuestión encaja en uno de estos supuestos. Empero, requerimos hacer una precisión respecto a un supuesto de estos tipos de responsabilidad: podrán requerir en algunos supuestos una responsabilidad objetiva, es decir, inexistencia de culpabilidad.

Aquellos casos donde se impute y sancione la conducta ilícita a un solo agente, sea éste la persona jurídica o la persona natural, estaremos en el caso de una responsabilidad alternativa²⁸. Como podemos apreciar, en nuestro ordenamiento de protección de la libre competencia hay una concurrencia de responsabilidades, por lo que se descartaría esta figura.

De otro lado, la responsabilidad acumulada presupone dicha concurrencia de responsabilidades tanto en la persona física como en la jurídica. Ello no obstante, corre el riesgo de convertirse en “una

variedad del *bis in idem*, ya que por el mismo hecho se produce una doble sanción”²⁹.

La responsabilidad puede responder a un deber incumplido por el responsable o puede responder a hechos objetivos. En el primer caso, se cumpliría con el principio de personalidad de la pena y se salvaría de la posibilidad de incurrir en *bis in idem*. En este sentido, expresa Nieto, al comentar la responsabilidad contemplada en el artículo 288º de la Ley del Suelo del ordenamiento español, que:

“Si las obligaciones fueran tres, y tres las subsiguientes infracciones, no existiría dificultad alguna a la hora de multar a los tres responsables puesto que no intervendría la prohibición del *bis in idem*; mientras que si la infracción fuera única, no resultaría fácil explicar esta triplicidad sancionadora de la misma perspectiva del *non bis in idem*”³⁰.

La responsabilidad por incumplimiento del deber individual de cada responsable no obsta a la posibilidad de que se imponga la solidaridad o la subsidiariedad en el pago de una única sanción o de dos de ellas. Tal característica se presenta en la responsabilidad atribuida a un sujeto sin incumplimiento de un deber específico impuesto por la ley, sino en virtud a una relación con el sujeto infractor. Dicho tipo de responsabilidad genera un

²⁸ NIETO, Alejandro. Ob. Cit., p. 451. En la descripción de este tipo de responsabilidad que realiza el autor, se expresa que la responsabilidad recaería en la persona jurídica, excluyéndose a la persona física, autora material de la acción.

²⁹ Ibid., p. 453. El autor no desarrolla en extensión esta variedad del *bis in idem*. Se podría argumentar que en tanto los sujetos de sanción son distintos, no habría la triple identidad requerida para la violación de la interdicción del *bis in idem*. Sin embargo, debemos entender dicha modalidad del *bis in idem*, apreciando que la identidad cuestionada se refiere a una misma conducta, un mismo fundamento y una misma autoría. Así, si la infracción ha sido cometida por una sola persona, dos no podrían ser imputados y sancionados como autores.

³⁰ NIETO, Ob. Cit., 431.

primer rechazo en virtud de la naturaleza del derecho sancionador, el cual demandaría el cumplimiento de principios como el de culpabilidad y personalidad del castigo que se verían vulnerados bajo este modelo.

Sobre la conveniencia de este tipo de responsabilidad nos pronunciaremos en la parte final de nuestro trabajo.

En nuestra posición, la responsabilidad atribuida a los funcionarios de una empresa adolecería de la ausencia de una correcta construcción de un deber especial que recaiga sobre ellos, cuya infracción merezca la imposición de la sanción prevista en el artículo 23º de la Ley. Dicha posición es compartida por Baño León en el ordenamiento español, cuya normativa prevé igualmente esta particularidad de concurrencia de responsabilidades. Así, señala que “si bien la dualidad de sanciones puede responder en determinadas leyes a la protección de bienes jurídicos diferentes, en otros, como en el de la defensa de la competencia, carece de verdadera justificación”³¹. Añade, asimismo, que “(...) el único criterio al que hace referencia nuestra ley es el de la participación en el acuerdo o decisión, lo cual no resuelve en qué circunstancias estará justificada la sanción personal junto a la societaria y en qué casos no”³².

En efecto, por un lado el bien jurídico protegido es el mismo, el modelo económico de libre competencia como mecanismo para lograr la mayor eficiencia social, y la propia ley no exige un deber

especial “acumulado” a los administradores, directores o representantes de personas jurídicas que pueden desenvolverse en las diversas y numerosas áreas del tráfico comercial, todas ellas sujetas a la protección por la Ley de Libre Competencia.

Menéndez justifica esta fórmula de responsabilidad conjunta en la Ley del Mercado de Valores en “la especial naturaleza de las normas que pueden ser infringidas, dirigidas en general a preservar el interés de los inversores y la transparencia y buen funcionamiento del mercado financiero”³³.

Desde nuestra perspectiva admitimos la posibilidad de exigir dos distintas responsabilidades (a distintos agentes) en razón de los especiales deberes de cumplimiento impuestos a cada uno de ellos, lo cual podría darse en el ejemplo mencionado por el jurista español. Sin embargo, no compartimos totalmente su opinión en el extremo que sostiene que no se configuraría el *bis in idem*, dado que “no se impondría la sanción estrictamente a un mismo sujeto, sino a dos distintos; ni la sanción tendría un mismo fundamento, pues en cada caso se habrían vulnerado obligaciones distintas por parte de la persona física y de la persona jurídica”³⁴.

Es cierto que pueden haber deberes distintos, pero tal como sucede en el ámbito de la defensa de la libre competencia, la infracción la comete un solo agente, sea que consideremos como tal a la persona jurídica (como autor directo del delito especial) o a

³¹ BAÑO LEÓN, José María. Ob. Cit., p. 254.

³² Ibid., p. 255.

³³ MAYOR MENÉNDEZ, Pablo. Ob. Cit., p. 352.

³⁴ Ibid., p. 353.

la persona natural (bajo la forma del “actuar en lugar de otro”³⁵). De modo contrario, la admisión de la voluntad de la persona jurídica en distintas ramas del derecho, incluyendo la del Derecho Administrativo Sancionador, trataría de ser negada ahora. No podría, por ejemplo, tratar de sancionar a una persona que roba por el hecho de haber robado y a esa misma persona por negligencia al haberse “autopermitido” robar. Tendríamos que optar por una postura más coherente, o bien la persona jurídica no tiene voluntad para la comisión de ilícitos (penales o administrativos), o bien sí la tiene, y la voluntad material de la persona natural es en realidad el conducto por el cual se expresa la voluntad de este ente moral infractor. “La persona jurídica no constituye una ficción sino una realidad social, no hay muchas dificultades para atribuirle no sólo las acciones y omisiones, sino también las faltas de sus órganos (como a cualquier agrupación reconocida por la ley)”³⁶.

De otro lado, cabría preguntarse por aquellos casos donde la voluntad o conducta de la persona jurídica sólo pueda ser canalizada por un órgano o determinado funcionario dentro de su propia estructura. En estos casos, ¿cómo podría plantearse un deber especial dirigido al funcionario, distinto de aquél impuesto a la persona jurídica?, ¿acaso habrían dos deberes

distintos de modo tal que sólo uno de ellos puede ser cumplido, mientras que el otro no, generándose la infracción administrativa y consecuente sanción? Es claro que ello no podría suceder, en tal supuesto, la empresa sólo realizará una práctica anticompetitiva cuando así sea expresado por la persona natural. Nos encontramos claramente ante un solo deber.

5. “COMPARTIENDO LA PENA”.

El marco normativo primigenio impuesto por el Decreto Legislativo N° 701, previo a la modificación del Decreto Legislativo N° 807, imponía un tope máximo de la multa aplicable, siendo éste ascendente a un máximo de cincuenta (50) UITs, monto al cual añadiendo las posibilidades de detección para concluir la ecuación en la cual obtendríamos el beneficio del agente, se convertía dicha multa en un incentivo para realizar conductas anticompetitivas.³⁷

Como hemos mencionado anteriormente, las multas hoy responden más a las exigencias de la realidad, pudiendo llegar ellas a montos muy superiores que los originalmente impuestos como límites.

En efecto, con el fin de desincentivar las conductas ilícitas cabe cuando menos dos soluciones que se pueden presentar de manera conjunta o alternativa;

³⁵ Una interesante reflexión de esta fórmula la encontramos en MAZUELOS, Julio. *La Responsabilidad Penal de los Órganos de Dirección de la Persona Jurídica. Revisión de la fórmula del “actuar en lugar de otro”*, en: *Advocatus*, N° 5. Lima: s/e, 2001, p. 173 – 192. La aplicación de estos conceptos podría llevar a detectar posibles incongruencias en el ordenamiento jurídico peruano en general, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. Una crítica a la dualidad entre admitir la responsabilidad administrativa de los entes morales y aceptar el principio *societas delinquere non potest* en el derecho penal es la expresada por MEINI, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999.

³⁶ TIEDEMANN, Klaus, citado por DROMI, Roberto. Ob. Cit., p. 133.

³⁷ Tal apreciación ha sido manifestada por BULLARD, Alfredo. *Derecho y Economía*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 797.

una de ellas, es la que se efectuó con la promulgación del Decreto Legislativo N° 807, al incrementar los topes máximos de las multas aplicables por infracción a la libre competencia; la segunda alternativa consistiría en aumentar las facultades de los órganos de instrucción y resolución de las autoridades encargadas de la protección de la libre competencia, a fin de incrementar el porcentaje correspondiente a la probabilidad de detección, lo cual desincentivaría a realizar conductas ilícitas, dado el posible alto riesgo de que la conducta ilícita sea descubierta y sea objeto de sanción, lo cual sería internalizado por el infractor.

Respecto de esta última alternativa, consideramos que no resultaría proporcional aumentar las facultades de INDECOPI en desmedro de las garantías y los derechos de los administrados, facultades que por su propia naturaleza de entidad administrativa pueden resultar en algún caso excesivas, como ya han sido apreciadas anteriormente³⁸.

Habría que preguntarnos cuál es el fin de imponer una sanción conjunta a directivos de la empresa y a la propia empresa.

Uno de los argumentos esbozados, cuyos cimientos recaen en una personalidad de la pena, ha sido ya ampliamente rebatido. Nos toca ahora analizar un

argumento fundado en una política criminal-administrativa y en términos de eficacia que, adelantamos, podría ser el más perjudicial.

Si la idea es desincentivar y erradicar las prácticas anticompetitivas, se podría optar por sancionar de manera drástica solamente a aquellas personas naturales, con cuya actuación se logra formar la voluntad anticompetitiva de la persona jurídica. De esta forma, se buscaría desincentivar que los altos funcionarios de una empresa tomen decisiones o lleven a cabo prácticas anticompetitivas, aún cuando deban cumplir órdenes “impuestas por la empresa”. Ello no obstante, tendría una respuesta inmediata en la realidad, la cual consistiría en que la persona jurídica asumiría los costos de la sanción impuesta a aquella persona que representa, en ocasión de su función, la verdadera voluntad anticompetitiva del agente económico.

“Desde el punto de vista de la política administrativa, la acumulación se traduce en una mayor gravedad de la sanción que recae sobre el mismo responsable, puesto que en definitiva es la persona jurídica quien va a pagar”³⁹.

De otro lado, se podría optar por sancionar drásticamente sólo a la persona jurídica, teniendo que deslindar aquellos

³⁸ Una crítica a las potestades del INDECOPI se encuentra realizada por OCHOA, César. *Límites de la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia*, en: *Ius et Veritas*, N° 13, Lima: s/e, 1996, p. 185 – 198. En efecto, en el referido artículo se aprecian algunos excesos en las facultades de investigación de las Comisiones de INDECOPI, que vulnerarían derechos constitucionales de los administrados. Sin embargo, consideramos en algunos puntos, exageradas las críticas realizadas, particularmente en el extremo que se critica las potestades sancionadoras del INDECOPI, calificándolas de desproporcionales en base a conceptos utilizados del Análisis Económico del Derecho, cuando, la proporcionalidad no puede ser medida apriorísticamente sin conocer el hecho infractor concreto y las circunstancias del caso, donde, como hemos analizado, la racionalidad económica del agente infractor es uno de los factores más importantes en el cálculo de la multa, que de otro modo podría resultar ineficaz.

³⁹ NIETO, Alejandro. Ob. Cit., p. 453.

casos donde la decisión o conducta ejecutada por un funcionario de dicha empresa ha sido producto de la voluntad de la persona jurídica o ha sido producto de la propia voluntad de la persona natural, a efectos de determinar la responsabilidad. Sobre estas dos alternativas volveremos más adelante.

Si, de otro lado, atendiendo a los fines que tiene una sanción admitimos la posibilidad de otorgar responsabilidad tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, de modo tal que ellas puedan “compartir la pena”, se podría llegar a un resultado mucho más pernicioso, esto es, que no se lograra trasladar al conglomerado infractor (bajo este término englobamos tanto a la empresa que realiza una práctica anticompetitiva como a los funcionarios que estando dentro de su estructura participan de dicha infracción) el monto total de la sanción que supere el beneficio extraordinario esperado y que, por tanto, no logre su cometido desincentivador.

Veamos:

Tenemos a una empresa X que celebra contratos de distribución exclusiva de modo tal que restringirá el acceso de posibles competidores en su mercado, quienes no podrán construir de manera paralela propias redes de distribución de manera que puedan entrar a ese mercado en condiciones competitivas. Supongamos, asimismo, que por estatutos de dicha empresa, sólo el Gerente de Comercialización, el señor ‘a’ puede celebrar acuerdos de dicha naturaleza. Digamos que del análisis del beneficio esperado y teniendo en consideración los criterios de proporcionalidad de la sanción, determinamos que la multa que cumpliría perfectamente su función desincentivadora

asciende a 100.

Si la autoridad de competencia decide repartir dicha sanción en cantidades de 50 y 50 entre ‘X’ y ‘a’, se podría llegar al perjudicial resultado que uno de los dos sancionados alegue la imposibilidad del pago (ser insolvente) y, en tal caso, al haber creado una “personalidad en la pena”, el infractor solvente no podrá ser exigido por dicho pago.

La finalidad de este análisis es poner de manifiesto en el ámbito del derecho sancionador un elemento de mucha problemática histórica en el derecho privado, esto es, la imposibilidad del cobro de las obligaciones, derivadas no de origen consensual. Éste es el caso de la responsabilidad extracontractual, donde una persona jurídica podría verse protegida ante daños por ella ocasionados, y no tener que responder por los mismos al contar con un patrimonio mínimo (no en los hechos, sino de manera formal), abusando del derecho de la personalidad jurídica. Ante tal abuso, surgió la doctrina del levantamiento del velo societario.

La imposición de multas por infracciones administrativas puede tener este tipo de límites en su función de lograr desincentivar conductas ilícitas y garantizar la eficacia de las normas.

La responsabilidad solidaria por la infracción cometida por otro agente (esto es, que al infractor ‘a’ o ‘X’ –en nuestro ejemplo– se le imponga la sanción de 100 y al otro se le imponga solidariamente la responsabilidad por dicho monto), es una alternativa para lograr la verdadera eficacia de los preceptos sancionadores.

Con el escaso conocimiento del que disponemos, resultaría demasiado atrevido

proponer en estos momentos la adopción de estas figuras propias del derecho privado para contrarrestar los beneficios extraordinarios ilícitos. Sin embargo, ya hay quienes admiten la posibilidad o la cercanía del Derecho Administrativo Sancionador a sistemas de responsabilidad civil, distanciándose ligeramente de aquella consagrada en el derecho penal⁴⁰.

A pesar de todo lo anterior, estimamos que las primeras alternativas a usar deben ser las más cercanas. En tal sentido, el rol desincentivador que propugna el Derecho Administrativo Sancionador, particularmente relevante en el ámbito de la defensa de la competencia, debe ser satisfecho con la correcta aplicación de sanciones y con la corrección de instituciones; así, por ejemplo, la responsabilidad conjunta del agente económico y sus funcionarios, que carece de verdadero fundamento, o en todo caso éste no es lo suficientemente claro.

El aumentar el haz de sanciones a aplicarse e, incluso, el monto de las mismas no atenta *per se* contra la proporcionalidad

ni abre las puertas a la discrecionalidad administrativa. La incorrecta o insuficiente motivación al momento de aplicar sanciones y el no tener en consideración la racionalidad económica de los agentes, sin obviar la proporcionalidad que debe respetar el derecho sancionador, sí generan discrecionalidad y, en consecuencia, inseguridad jurídica, uno de los principales desincentivos al crecimiento económico.

El presente trabajo, en el mar de las limitaciones que presenta, sólo ha tenido por objeto cuestionar algunas instituciones que se mantienen vigentes y son aplicadas, pero no siempre del todo comprendidas. Concluimos expresando que sí es posible utilizar figuras generalmente consideradas externas al Derecho Administrativo Sancionador para solucionar sus problemas. Pero es menester, en primer lugar, analizar el propio marco normativo de la protección de la libre competencia. Este trabajo no termina con una iluminadora cita épica, sino con un simple comentario del día a día que hace mérito a la propia simpleza del estudio realizado: "Se limpia de adentro para afuera".

⁴⁰ Véase NIETO, Alejandro. Ob. Cit, p. 371 y ss.; así también BAÑO LEÓN, José María. Ob. Cit., p. 256 y ss.