

# Entrevista: Impacto de la Ley N° 31040 en el Programa de Clemencia del Indecopi\*

— Dr. Alejandro Falla\*\* —

---

\* Esta entrevista fue realizada el 12 de septiembre de 2022. En este sentido, informamos al lector que el artículo 232° del Código Penal, que tipificaba el delito de Abuso de Poder Económico y que de acuerdo con el presente artículo fue incorporado nuevamente a través de la Ley N° 31040 [Ley que modificó el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración], fue modificado el 7 de junio de 2023 a través de la Ley N° 31775. Tras dicha modificación, que incluyó también otras disposiciones complementarios, se destaca principalmente que a la fecha de publicación de la presente entrevista (i) la sanción penal estaría únicamente prevista para los agentes económicos que participen en un acuerdo o práctica anticompetitiva sujeta a prohibición absoluta; (ii) se exonera de responsabilidad penal a quien hubiera obtenido la exoneración total de la sanción administrativa, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que regula el programa de clemencia; y, (iii) se dispone que investigación preparatoria por parte del Ministerio Público se daría luego de que Indecopi u OSIPTEL le informen sobre la resolución firme que declare la existencia de un acuerdo o práctica anticompetitiva sujeta a una prohibición absoluta.

Las preguntas realizadas en la presente entrevista fueron elaboradas por Ángel Bravo Morales, estudiante de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La transcripción de la entrevista ha sido realizada por Ángel Bravo Morales, miembro de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Finalmente, la edición de la entrevista fue realizada por Andrea Sotelo Molero, miembro de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\* Socio de Bullard Falla Ezcurra +. Máster en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene práctica en las áreas de Derecho de la Competencia, Regulación Económica, Regulación en Telecomunicaciones, Energía y Transporte, Responsabilidad Civil Extracontractual, Contratos y Arbitraje.

En la presente entrevista, el Dr. Alejandro Falla conversó con el Equipo de Derecho Mercantil acerca de la aplicación de la Ley N° 31040 que tipifica el delito de abuso de poder económico (en adelante, la “Ley N° 31040”), en tanto su aplicación afecta el Programa de Clemencia establecido en sede administrativa en las conductas de abuso de posición de dominio y acuerdos restrictivos a la competencia.

En ese sentido, el autor expone los antecedentes que motivaron la promulgación de la Ley 31040, los problemas que presenta su aplicación en la práctica y las recomendaciones que las autoridades legislativas deberían observar a fin de garantizar una eficiente y funcional regulación de prácticas anticompetitivas, evitando una criminalización innecesaria y/o excesiva en el Perú.

### **1. ¿En qué consiste el Programa de Clemencia y cuáles eran sus principales ventajas antes de la publicación de la Ley N° 31040?**

El Programa de Clemencia es un instrumento que consiste en el otorgamiento de beneficios a quienes hayan participado de prácticas y conductas anticompetitivas; por ejemplo, un cártel. Un beneficio que se otorga en este tipo de mecanismo es la exoneración de una sanción. Se exonera de sanción a cambio de que el agente aporte evidencia y/o material probatorio que permita a la autoridad de competencia abrir procesos y/o sancionar a quienes han participado de esta práctica anticompetitiva.

En otras palabras, es un “caramelo” que busca atraer a los agentes económicos partícipes de estas prácticas y cuyos aportes son del interés de la autoridad de competencia con el objetivo de descubrir, desbaratar y sancionar prácticas anticompetitivas.

La virtud de este mecanismo es permitir desestabilizar los cárteles y permitir a la autoridad obtener información que ayude a poner fin a este comportamiento. Sin este tipo de instrumentos sería muy difícil para la autoridad de competencia detectar y sancionar, si consideramos que cada día se complejiza la detección de los cárteles.

Las empresas saben que cartelizar es ilícito, las sanciones son cada vez más duras, por lo que estas suelen encontrar formas para encubrir sus “fechorías” e inventar estrategias para ocultarse de la autoridad. Las empresas que conciertan ya no dejan rastros de sus acuerdos en las actas de directorio o en los mails, ya no se reúnen en restaurantes, incluso ya no lo hacen en el territorio nacional. Estas crean

mecanismos “sofisticados” para comunicarse entre ellos, lo hacen a través de correos y teléfonos que no son los institucionales. En fin, buscan ocultar sus coordinaciones y eso hace más difícil para las autoridades identificar estos cárteles y eventualmente sancionarlos.

En este contexto aparece el Programa de Clemencia. Este mecanismo otorga este beneficio o inmunidad a cambio de que uno ayude a la agencia de competencia aportando información que le permite detectar y sancionar la práctica anticompetitiva.

### **2. ¿Considera que fue positiva y necesaria la publicación de una norma como la Ley N° 31040 en relación al Programa de Clemencia? ¿Por qué?**

La Ley N° 31040 fue publicada en junio de 2020, a decir, en medio de la pandemia causada por el COVID-19. En ese sentido, es una norma que se dio en un contexto de mucho estrés y presión, donde habían discusiones acerca de los precios de las mascarillas, oxígeno y los servicios brindados por las clínicas particulares. En reacción a esta problemática, el Congreso emitió este dispositivo mediante el cual se generaban mecanismos para sancionar la especulación y el acaparamiento, y se restableció el artículo 232 del Código Penal que sancionaba el abuso del poder económico.

Este artículo 232 entró en vigencia en 1991 y fue derogado en 2008. Esto significa que desde el 2008 hasta el 2020 vivimos básicamente sin una sanción penal para las prácticas anticompetitivas, pero en el medio de este deseo de los políticos por atender el clamor general de la gente por regulación, el Congreso reestableció esta sanción.

Acerca de la relación de este dispositivo con el Programa de Clemencia, tenemos que el artículo 232 criminaliza las prácticas anticompetitivas como las conductas de abuso de posición de dominio y los acuerdos restrictivos a la competencia (tipificadas en el Decreto Legislativo 1034 y sancionadas por la autoridad de competencia). De esta manera, estas dos instituciones se vinculan porque tratan de regular los mismos comportamientos y/o conductas. Ambos establecen prohibiciones y mecanismos de sanción, uno con instrumentos de tipo penal, mientras que los otros de tipo administrativo; sin embargo terminan regulando lo mismo.

En ese sentido, considero que la criminalización termina afectando la dinámica de los procesos administrativos y todo el esquema de beneficios que



pueden existir en el ámbito administrativo destinados a descubrir, revelar y/o desestructurar las prácticas anticompetitivas. Es allí cómo se empieza a relacionar el Programa de Clemencia y la tipificación del nuevo delito recogido en el artículo 232 del Código Penal.

### **3. ¿Por qué el legislador propuso una sanción penal de este tipo de comportamientos? ¿Debería restringirse la aplicación de esta Ley N° 31040 a los cárteles?**

El motivo de la promulgación de la Ley N° 31040 fue básicamente atender el clamor popular, el legislador quería dar muestras ante sus votantes y el público en general de que el Congreso estaba actuando para resolver los problemas que aparecieron en el contexto de la promulgación. Pese a lo anterior, considero que el proceso legislativo se realizó sin analizar de forma pausada si las medidas adoptadas tendrían el resultado que el Congreso esperaba obtener.

En ese sentido, creo que fue una reforma muy mal hecha: hecha en la calentura del momento, aprobada con una mayoría en el Congreso; sin embargo se hizo tan rápido que no permitió un espacio para una reunión seria de lo que se pretendía lograr. De hecho, se ignoraron opiniones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, "Indecopi") sobre cómo criminalizar el delito, a decir, los problemas asociados a la criminalización de la conducta.

Acerca de si la Ley N° 31040 debería restringirse a los cárteles, es importante advertir que, debido al apresuramiento, se implementó una criminalización "sábana", es decir, una tipificación en la cual se incluyeron todos los comportamientos anticompetitivos (tanto las conductas de abuso de posición como las prácticas horizontales y verticales). Incluso, se incluyeron comportamientos que en el plano administrativo están sujetos a prohibiciones relativas y no a prohibiciones absolutas. En ese sentido, se utilizó una fórmula muy amplia.

Siendo así, la Ley N° 31040 debió focalizarse en las prácticas respecto de las cuales no cabe duda que su comisión generan un daño al consumidor, como los cárteles que pueden existir en los procesos de licitaciones públicas.

Por otro lado, en las conductas sujetas a una posición relativa, en las cuales la autoridad debe demostrar el comportamiento y los efectos de este,

no sería conveniente criminalizar figuras sobre las que se produce discusión acerca de si realmente son o no un problema. En ese sentido, si solo se hubiera limitado a los cárteles, se tendría menos discusión.

### **4. ¿La persecución penal de las conductas anticompetitivas debería requerir de forma previa una declaración firme de responsabilidad administrativa por parte de la autoridad de competencia?**

Sí, debería requerirla. La sanción penal debe estar limitada solamente a determinadas conductas anticompetitivas como los cárteles e infracciones más graves, ya que sobre estas no existen dudas respecto al efecto dañino que generan al consumidor y la competencia en el mercado. En segundo lugar, se debe requerir de una declaración de existencia del comportamiento y una sanción por parte de la autoridad administrativa como condición para tener una sanción del tipo penal. En tercer lugar, la autoridad administrativa debe decidir el inicio de un procedimiento penal.

### **5. ¿Considera que el Indecopi debería establecer un primer filtro y determinar qué conductas pueden ser merecedoras de una sanción penal adicional a la administrativa?**

El pronunciamiento previo de la autoridad administrativa debe determinar en qué casos se justifica, además de la imposición de una sanción penal, el inicio de un procedimiento destinado a la aplicación de sanciones de tipo penal a quienes hayan estado involucrados en la participación ilícita.

Este modelo va a garantizar que los casos con infracciones más graves a la competencia, en las cuales no exista discusión sobre su configuración respecto a una práctica anticompetitiva, sean trasladados al fuero penal para la discusión y aplicación de una eventual sanción. Este sería un sistema mucho más razonable.

### **6. ¿Considera que se debería otorgar inmunidad en sede penal para los beneficiarios del Programa de Clemencia en sede administrativa?**

El problema que se ha generado es que desde el ámbito penal no se espera que el proceso administrativo culmine. No hay una obligación del juez penal o del fiscal de requerir opinión del Indecopi sobre la conducta investigada. Asimismo, no hay

una coordinación sobre el esquema de beneficios entre ambas autoridades.

Actualmente, el beneficio administrativo, como la exoneración o reducción de multa, no le sirve a una empresa como defensa dentro de un procedimiento penal. En la reforma realizada por el Congreso no se resolvieron los problemas de coordinación. Al ser un esquema de criminalización, se debió cuidar no afectar el mecanismo de clemencia que se maneja en el fuero administrativo. En los procedimientos penales se deberían otorgar beneficios que cubran las consecuencias que se derivan de estos dando la posibilidad a las empresas de aplicar de manera simultánea el beneficio de clemencia y de colaboración eficaz. Así el riesgo actual no se presentaría.

En ese sentido, la colaboración eficaz debería estar disponible para los delitos consignados en el artículo 232 del Código Penal. Lamentablemente, cuando se aprobó la Ley N° 31040 no se concretó esta posibilidad. Eso ha generado que nos encontremos en una situación en la que, siendo posible colaborar con el Indecopi mediante el Programa de Clemencia, ello no sea viable en el proceso penal en tanto no contempla la figura del colaborador eficaz.

### **7. ¿Está de acuerdo con la afirmación de que la aplicación de sanciones penales desincentivaría la participación de posibles colaboradores en sedes administrativas lo cual afectaría la capacidad del Indecopi para detectar carteles?**

Es correcto. La forma en cómo se ha aprobado la Ley N° 31040 y cómo se ha establecido el artículo 232 del Código Penal desincentiva totalmente a los agentes económicos en aplicar al Programa de Clemencia. La mencionada Ley ha sido una desventaja para este programa en tanto ningún agente económico puede aplicar sin tener como consecuencia inmediata la exposición a una sanción de tipo penal.

Esto afecta la capacidad de Indecopi para detectar cárteles. Entre el 2014 y el 2020 hubieron un número importante de solicitudes de clemencia: en el 2014 se presentaron 4, el 2015 fueron 2, el 2016 fueron 5, el 2017 fueron 5, el 2018 fueron 4, el 2019 fueron 2, el 2020 fueron 2; sin embargo, posterior a la aprobación de la Ley N° 31040 y del restablecimiento de la Ley 232 del Código Penal, hubo 0 aplicaciones del Programa de Clemencia, es decir, no se presentó ninguna solicitud

al Programa de Clemencia. En el 2022 se registró solo un caso.

Eso quiere decir que después de dos años de aprobación y vigencia de este cambio, el número de solicitudes es considerablemente más bajo que el que se registraba antes de la existencia de la Ley N° 31040. Este es un efecto concreto del impacto negativo que ha tenido la aprobación del 232 del Código Penal.

Entonces, a menor número de solicitudes de clemencia obviamente se va a producir una afectación a la capacidad de Indecopi de detectar un cártel. Claro que sigue siendo viable, pero a un costo mayor sin este tipo de instrumentos.

Asimismo, hay una cuestión más importante: la clemencia permite que la autoridad detecte cárteles, pero, a su vez, la sola existencia de un sistema como el que estamos describiendo envía el mensaje a los agentes económicos de desincentivo para unirse o formar un cártel.

Entonces, actualmente a raíz de la puesta en vigencia de la Ley 232 del Código Penal, está claro que el sistema de clemencia en Indecopi no funciona.

Aquello termina favoreciendo la formación de prácticas anticompetitivas, lo que hace que la existencia de los cárteles sea más estable.

### **8. ¿Cuáles son las modificaciones principales que deberían realizarse?**

En primer lugar, reduciría el ámbito de aplicación de la Ley 232 del Código Penal sólo a las conductas más graves, a las conductas sancionadas bajo prohibición absoluta.

En segundo lugar, condicionaría el inicio de cualquier investigación penal a la culminación del procedimiento administrativo sancionador a cargo del Indecopi, de manera que solo puedan ser sancionadas las conductas que previamente hayan sido castigadas por esta.

En tercer lugar, debería brindarse la iniciativa o el inicio de acciones penales al Indecopi, es decir, “dejaría en sus manos” la decisión respecto a iniciar la persecución para, posteriormente, se determine la sanción penal en los casos que corresponda.

Finalmente, articularía mejor el mecanismo de clemencia y colaboración eficaz, abriendo la posibilidad de que tal colaboración también se encuentre disponible para los delitos consignados en



la Ley 232 del Código Penal. De manera que las empresas que deseen acceder a este beneficio en el Indecopi también accedan a colaborar con el Ministerio Público.

**9. A nivel internacional ¿existen ejemplos de normas similares a la Ley N° 31040 que hayan sido aplicadas con éxito?**

Desconozco casos de pleno éxito, sin embargo desde una perspectiva de diseño sería óptimo mirar la experiencia chilena. Al igual que en Perú, en Chile se dejó de sancionar la conducta y se reestablecieron las sanciones penales. Como consecuencia de lo anterior, se han vuelto a criminalizar las prácticas anticompetitivas; no obstante, se otorgó la llave de inicio de acciones penales a la Fiscalía Nacional Económica para que sea quien gatille las acciones criminales. Luego de realizar sus investigaciones se determina si las conductas deben ser sancionadas

penalmente. A través de esta delegación de facultades se cautela que las sanciones penales no sean aplicadas en contra de los agentes económicos que se acogieron al Programa de Clemencia.

**10. ¿Cuál es su expectativa con la publicación de la Ley N° 31040 en el Perú?**

A partir del restablecimiento de la Ley 232 del Código Penal, el Programa de Clemencia ha “muerto” en el país. No puede funcionar por falta de incentivos, las empresas no van a estar dispuestas a aplicar a este programa de beneficios, incluso asegurada una exoneración, porque se condenan a una sanción penal. Siendo ello así, se volvería muy inusual que hayan solicitudes de clemencia. No vamos a ver lo que se ha visto en los últimos seis o siete años. Ese número de solicitudes de clemencia y la constancia que existía (de 2 a 4 anuales), no volverá a verse hasta que no se atienda al problema.