

# ¿CÁRCEL PARA LOS COLUSORES? REFLEXIONES SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL PERÚ

## PRISON FOR ANTITRUST OFFENDERS? REFLECTIONS ON THE CRIMINALIZATION OF ANTI-COMPETITIVE PRACTICES IN PERU

Francisco José Floríndez Aramburú\*

Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS  
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

Sebastián Velarde Ferreyros\*\*

Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS  
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

Laura Zúñiga Alemán\*\*\*

Luz del Sur S.A.A.

*On August 29, 2020, in an attempt to address some of the public's claims in the context of the health crisis, the Congress of the Republic of Peru approved Law 31040, a Law amending the Criminal Code and the Consumer Protection Code, with regard to hoarding, speculation and adulteration, which aims to criminalize the execution of anticompetitive practices. Thus, these practices, until before the enactment, merited only administrative sanctions imposed by Indecopi's Committee on the Defense of Free Competition.*

*In this paper, the authors present some reflections on the compatibility of that Act with the Peruvian legal system. In this way, they substantiate why it constitutes an obstacle to the suppression of anti-competitive practices and increases the level of legal uncertainty for potential offenders.*

**KEYWORDS:** Act No. 31040; abuse of economic power; anti-competitive practices; free competition; criminal sanction.

*El 29 de agosto de 2020, en un intento por atender algunos de los reclamos de la población en el marco de la crisis sanitaria, el Congreso de la República del Perú aprobó la Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, que tiene por objeto criminalizar la realización de prácticas anticompetitivas. Dichas prácticas, hasta antes de la promulgación, eran merecedoras únicamente de sanciones administrativas impuestas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.*

*En el presente artículo, los autores presentan algunas reflexiones sobre la compatibilidad de la referida Ley con el ordenamiento jurídico peruano. De esa manera, fundamentan por qué constituye un obstáculo para la represión de prácticas anticompetitivas e incrementa el nivel de inseguridad jurídica para los administrados*

**PALABRAS CLAVE:** Ley 31040; abuso de poder económico; prácticas anticompetitivas; libre competencia; sanción penal.

\* Abogado. Asociado del área de Regulación de Servicios Públicos y Libre Competencia de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú). Contacto: fflorindez@estudiorodrigo.com

\*\* Bachiller en Derecho. Asociado del área de Regulación de Servicios Públicos y Libre Competencia de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú). Contacto: svelarde@estudiorodrigo.com

\*\*\* Abogada. Jefa del Departamento de Regulación de Luz del Sur S.A.A. (Lima, Perú). Contacto: lzuñiga@luzdelsur.com.pe

Las opiniones contenidas en el presente artículo son estrictamente académicas y a título personal.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 2 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 10 de octubre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El periodo 2016-2020 ha sido quizás uno de los más singulares de los últimos años. En este periodo, el Perú no solo ha transitado por una mani-fiesta inestabilidad política, sino que, además, ha debido afrontar una pandemia que derivó en un aislamiento social obligatorio y que desencadenó una de las crisis económicas más severas del país en las últimas décadas.

Una crisis —como la actual— requiere respuestas rápidas y efectivas; sin embargo, muchas veces el remedio aplicado es peor que la enfermedad. Este artículo muestra un ejemplo de cómo una medida adoptada para atender una demanda social derivó en la aprobación de una norma que complica la regulación existente en materia de libre competencia.

En el contexto de la pandemia, el Poder Ejecutivo decretó el aislamiento social obligatorio, lo que generó la escasez y el incremento de precios de una serie de productos de primera necesidad (tales como papel higiénico, harina, alcohol medicinal, entre otros), así como de otros productos que se volvieron indispensables durante la pandemia (tales como medicamentos, oxígeno medicinal, etc.). Ante esto, parte de la opinión pública exigió la sanción más severa para aquellos que, aprovechando la oportunidad, subieron sus precios.

Como respuesta al alza de precios, y de modo ciertamente populista, el Congreso de la República decidió, entre otras medidas legislativas, volver a tipificar como delito el abuso de poder económico y las prácticas o acuerdos destinados a restringir la competencia. Así, el 5 de junio de 2020 se aprobó el texto sustitutorio del Proyecto de Ley 731/2016-CR y otros (en adelante, Proyecto de Ley) que prevé, entre otros aspectos, la tipificación del delito de abuso de poder económico en el artículo 232 del Código Penal.

Sin perjuicio de las contundentes observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo al Proyecto de Ley<sup>1</sup>, el 29 de agosto de 2020 el Congreso de la República decidió aprobar por insistencia el referido proyecto, dando origen a la Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa

del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración (en adelante, la Ley).

Como adelantamos, la Ley tiene por objeto criminalizar, como ocurría antes, la realización de prácticas anticompetitivas, las que, hasta antes de su promulgación, eran merecedoras únicamente de sanciones administrativas impuestas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi).

Hasta ahora, la criminalización de este tipo de prácticas se aplica en diversos países miembros de la Unión Europea, Estados Unidos, Chile, entre otros. Sin embargo, en dichas legislaciones, la criminalización de estas prácticas se ha planteado de forma distinta al esquema previsto en la Ley, criminalizándose únicamente las conductas más graves como las prácticas colusorias horizontales<sup>2</sup>.

Este artículo presenta algunas reflexiones sobre la compatibilidad de la Ley con nuestro ordenamiento jurídico, la que, en nuestra opinión, constituye un obstáculo para la represión de prácticas anticompetitivas e incrementa el nivel de inseguridad jurídica para los administrados.

## II. CUANDO SER ANTICOMPETITIVO ERA CONSIDERADO UN DELITO: EL ANTIGUO ARTÍCULO 232 DEL CÓDIGO PENAL

Desde el año 1991 hasta el año 2008, el delito de abuso de poder económico se encontraba tipificado en el Código Penal, aunque regulado de manera distinta a la prevista en la Ley.

La tipificación anterior implicaba, a diferencia de la nueva propuesta del Congreso de la República, un análisis más completo de la conducta anticompetitiva realizada, ya que, para sancionar penalmente el delito de abuso de poder económico, era necesario analizar no solo el Código Penal, sino también el Decreto Legislativo 701<sup>3</sup>.

El delito de abuso de poder económico se encontraba tipificado en el Código Penal, hasta el año 2008, de la siguiente manera:

<sup>1</sup> El Poder Ejecutivo formuló observaciones mediante el Oficio 103-2020-PR del 2 de julio de 2020.

<sup>2</sup> De acuerdo con Loughlin, existe una tendencia a nivel mundial destinada al uso de sanciones penales con la finalidad de reprimir los cárteles. Al respecto, el referido autor señala

[r]ecently, there has been a proliferation of jurisdictions across the world seeking to use criminal sanctions to deter and punish this type of anticompetitive behavior, and many have enacted laws that criminalize cartel activity. This is a product of the worldwide trend towards tougher sanctions against cartels advocated by international organizations (2016, p. 17).

<sup>3</sup> Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

### Artículo 232.- Abuso de poder económico

El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica 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 pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesentecinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4 (1991).

De la norma anterior, se desprenden los siguientes tres (3) elementos:

- (i) La versión anterior del artículo 232 del Código Penal constituía un tipo penal en blanco que se completaba a partir de lo dispuesto por la ley de la materia, esto es, por el Decreto Legislativo 701. En otras palabras, la norma penal requería expresamente analizar el Decreto Legislativo 701 para verificar la comisión del tipo penal.

Es por ello que, antes de que se diera inicio a la investigación penal, era indispensable que el Indecopi haya determinado previamente que existió una conducta anticompetitiva pasible de ser sancionada administrativamente bajo las normas de libre competencia vigentes en la época.

- (ii) El Decreto Legislativo 701 disponía que el Indecopi, una vez emitida la resolución que sancione la existencia de una conducta anticompetitiva, debía analizar si esta fue realizada de manera dolosa y si suponía graves consecuencias para el interés económico general<sup>4</sup>. Cumplidas las condiciones antes mencionadas, el Indecopi debía comunicar la existencia de la infracción al Fiscal Provincial competente, a efectos de que este realice las investigaciones penales correspondientes. Inicialmente, el Decreto Legislativo 701 señalaba que el Ministerio Público solo podía iniciar la acción penal luego de recibida la denuncia de la Comisión.
- (iii) Una vez realizada la denuncia por parte del Indecopi, se debía seguir un procedimiento

penal regulado bajo las disposiciones del Código Procesal Penal.

Como se puede observar, en el anterior artículo 232 del Código Penal la participación del Indecopi era absolutamente necesaria, toda vez que es esta entidad quien tiene las facultades y el conocimiento especializado para investigar este tipo de conductas, las cuales –adicionalmente a un análisis jurídico– requieren de un análisis económico.

La norma bajo comentario fue derogada en el 2008 por el Decreto Legislativo 1034, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante el Decreto Supremo 030-2019-PCM (en adelante, Ley de Competencia). Una de las principales razones por la que se derogó el delito de abuso de poder económico fue su nula aplicación práctica. Así, en 2008 no se procesó penalmente a ningún agente económico por la realización de prácticas anticompetitivas<sup>5</sup>.

### III. REVIVIENDO A LOS MUERTOS: LA NUEVA PROPUESTA PARA CRIMINALIZAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

Sin perjuicio de su nula aplicación práctica, en el contexto de crisis actual, el Congreso de la República ha considerado, como una “solución oportuna”, la re-tipificación del delito de abuso de poder económico.

Como se indicó, el 29 de agosto de 2020 el Congreso de la República aprobó por insistencia la Ley, la que incluye, entre otros, el delito de abuso de poder económico en el artículo 232 del Código Penal, conforme a lo siguiente:

### Artículo 232.- Abuso de 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.

<sup>4</sup> Artículo 19.- Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del Artículo 5 e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Artículo 6, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del Artículo 232 del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión (Decreto Legislativo 701, 1991).

<sup>5</sup> Al respecto, véase la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia (2008, p. 8).

De la lectura de la norma, se identifican dos conceptos a ser determinados por el Ministerio Público para imponer una sanción: (i) que el agente tenga posición dominante en el mercado y que haya abusado de esta; o (ii) que el agente haya cometido prácticas y acuerdos anticompetitivos. Ambos conceptos tienen un desarrollo propio en la Ley de Competencia.

No obstante, la nueva versión del artículo 232, recientemente aprobada, no vincula —a diferencia de lo que ocurría en la experiencia anterior— las definiciones recogidas en la Ley de Competencia a las del Código Penal, ni obliga expresamente a que exista un pronunciamiento previo del Indecopi para que se inicie una investigación penal por la realización de prácticas anticompetitivas.

A partir del texto de la Ley, nos surge la siguiente pregunta: ¿criminalizar las prácticas anticompetitivas es realmente la mejor opción? A continuación, se presentan algunas reflexiones que surgen en torno a la Ley y nuestro intento de responder esta pregunta.

#### IV. PRIMERA REFLEXIÓN: ¿QUÉ ES LO QUE ESTÁ REGULANDO EL NUEVO ARTÍCULO 232 DEL CÓDIGO PENAL?

El nuevo artículo 232 del Código Penal tiene un claro problema de tipicidad que podría dificultar su aplicación. En efecto, a partir de una lectura de la norma, no es posible afirmar con certeza que el nuevo artículo 232 del Código Penal y la Ley de Competencia contemplan exactamente el mismo supuesto. Como veremos a continuación,

las consecuencias de aplicar una norma o la otra pueden ser completamente distintas y, en algunos casos, absurdas.

El nuevo artículo 232 del Código Penal nos podría llevar a inferir que la tipificación “abuso de posición dominante” o “el que participa en prácticas o acuerdos para [...] restringir o distorsionar la libre competencia [...]” (2020) no se refiere a los artículos 10, 11 y 12 de la Ley de Competencia, toda vez que ambos tipos no requieren de la verificación de los mismos requisitos.

La Ley de Competencia sanciona tres conductas como anticompetitivas: (i) abuso de posición de dominio<sup>6</sup>; (ii) prácticas colusorias horizontales<sup>7</sup>; y (iii) prácticas colusorias verticales<sup>8</sup>.

De acuerdo con la Ley de Competencia, tales conductas pueden constituir, por un lado, prohibiciones absolutas, es decir, comportamientos prohibidos *per se* y en los que la autoridad únicamente tiene que probar la existencia de la práctica para que esta sea sancionada, referidas únicamente a ciertas prácticas colusorias horizontales; o por el otro, prohibiciones relativas, las que hacen referencia a comportamientos sancionables en la medida que se pruebe, además de la existencia de la infracción, que la conducta tiene o puede tener un efecto negativo en la competencia y el bienestar de los consumidores.

Específicamente, los elementos que debe verificar la autoridad de competencia para sancionar la existencia de una conducta anticompetitiva son los siguientes:

Tipo	Requisitos	Regla aplicable
Abuso de Posición de Dominio	a. Realización de una conducta destinada a restringir de manera indebida la competencia. b. El infractor debe ostentar una posición de dominio en el mercado relevante. c. Relación de competencia entre el infractor y el agente sobre el cual recae la conducta anticompetitiva.	<b>Regla de la razón:</b> la conducta solo será sancionada si tiene efectos negativos en el mercado.
Colusión Horizontal	a. Realización de una conducta coordinada destinada a restringir, impedir o falsear la libre competencia. b. Existencia de competidores independientes que participan en la colusión horizontal.	<b>Regla <i>per se</i> o absoluta:</b> en los casos previstos en el artículo 11.2 de la Ley de Competencia, la conducta será sancionada independientemente de su impacto en el mercado. <b>Regla de la razón:</b> los demás supuestos de colusión horizontal solo serán sancionados en la medida en que se verifiquen efectos negativos en el mercado.

<sup>6</sup> Artículo 10 de la Ley de Competencia (2008).

<sup>7</sup> Artículo 11 de la Ley de Competencia (2008).

<sup>8</sup> Artículo 12 de la Ley de Competencia (2008).

Tipo	Requisitos	Regla aplicable
Colusión Vertical	a. Realización de una conducta coordinada destinada a restringir, impedir o falsear la libre competencia. b. Agentes independientes que participen en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización. c. Al menos uno de los agentes involucrados debe ostentar una posición de dominio en el mercado relevante.	<b>Regla de la razón:</b> la conducta solo será sancionada si tiene efectos negativos en el mercado.

Lo anterior supone que, para poder sancionar un comportamiento anticompetitivo, se deberá verificar la existencia de los requisitos mencionados y aplicar la regla correspondiente. Para ejecutar ambas tareas –tal como demostraremos más adelante– el operador jurídico requiere, en la mayoría de los casos, realizar un exhaustivo análisis económico y legal de los hechos identificados. Como se puede apreciar la imposición de sanciones bajo la Ley de Competencia requiere de un prolijo análisis técnico.

En cambio, el nuevo artículo 232 solo hace referencia al abuso de posición dominante o a la participación en prácticas o acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. Como se puede apreciar, para sancionar esta conducta bajo el nuevo artículo 232, no es claro si el operador jurídico debe demostrar los efectos de la conducta, acreditar la existencia de competidores y/o determinar las características del mercado relevante.

El tipo penal da pie a un alto grado de subjetividad, toda vez que los requisitos que se deben verificar para su aplicación no son nada claros. Al respecto, esta situación no solo incrementa la inseguridad jurídica de los posibles imputados, sino que, además constituye una abierta trasgresión del principio de tipicidad.

En relación con el principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que,

[...] constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal (Expediente 2192-2004-AA/TC, 2004, fundamento 5).

Como se aprecia, el nuevo tipo penal no cuenta con el nivel de precisión requerido por el princi-

pio de tipicidad, lo cual, como hemos venido analizando, torna cuestionable su aplicación. El nuevo artículo 232 ni define los requisitos que configuran el delito, ni se remite a la Ley de Competencia.

La imprecisión de la norma parece sugerir que la intención del legislador fue criminalizar los mismos comportamientos anticompetitivos regulados en la Ley de Competencia, tal como sucedió en el pasado. Sin embargo, incluso bajo esta suposición, el artículo 232 es, como veremos a continuación, inviable.

#### V. SEGUNDA REFLEXIÓN: ¿LA LEY ES COMPATIBLE CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE?

La Ley, al menos en los términos en los que ha sido planteada, no es consistente con el ordenamiento jurídico vigente, toda vez que: (i) pone en riesgo la competencia primaria del Indecopi en materia de libre competencia y la naturaleza de *última ratio* de la sanción penal; y (ii) puede constituir un supuesto de *non bis in idem*.

##### A. Competencia primaria del Indecopi y naturaleza de *última ratio* de la sanción penal

La nueva versión del artículo 232, recientemente aprobada, no obliga expresamente a un pronunciamiento previo por parte del Indecopi, sino que menciona de manera general que “aquel que abuse de su posición dominante” o “participe en prácticas o acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios” podrá ser sancionado penalmente. En nuestra opinión, la nueva tipificación es contradictoria con la Ley de Competencia, ya que es el Indecopi quien cuenta con competencia primaria para investigar y sancionar conductas anticompetitivas.

En efecto, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Competencia (2008), dispone lo siguiente:

Primera.- Competencia primaria: El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al Indecopi y al Osiptel,

según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.

Como se puede apreciar, la Ley de Competencia dispone que, de acuerdo con el principio de competencia primaria, es necesario que el Indecopi se pronuncie sobre la existencia de una práctica anticompetitiva –en la vía administrativa– antes de acudir al Poder Judicial. En el caso que nos ocupa, el hecho de que el nuevo artículo 232 no se refiera al Indecopi podría debilitar la competencia primaria de la referida entidad<sup>9</sup>, ya que nada evitaría que el Ministerio Público inicie una investigación por voluntad propia.

Una interpretación sistemática del nuevo artículo 232 del Código Penal y de la Ley de Competencia podría llevarnos a la conclusión de que, a pesar de no haber sido expresamente mencionado en la norma penal, es necesario que el Indecopi se pronuncie previamente sobre la existencia de una práctica anticompetitiva antes de que esta pueda ser conocida en la vía penal.

Sin perjuicio de lo anterior, la falta de mención al Indecopi y/o la Ley de Competencia en el nuevo artículo 232 implica que el respeto a la competencia primaria del Indecopi esté sujeto a la mejor interpretación del operador jurídico. Sin duda, una remisión expresa a la Ley de Competencia otorgaría mayor claridad y seguridad sobre la aplicación del nuevo tipo penal.

Ahora bien, en caso no se adopte la interpretación antes mencionada, consideramos que no solo la competencia primaria del Indecopi se vería afectada, sino que, además, la propuesta legislativa sería también incompatible con la naturaleza de *última ratio* del derecho penal<sup>10</sup>. Al respecto, Luis Bramont-Arias señala que el “Derecho Penal interviene en las conductas ilícitas contra el orden económico cuando las demás ramas jurídicas no sean capaces de originar su cumplimiento” (1992, p. 87).

En línea con lo anterior, cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, la Ley prevé la criminalización de todas las conductas anticompetitivas sin distinción. De insistirse con la

criminalización de las prácticas anticompetitivas, dicha consecuencia debería ser aplicable únicamente a las conductas más gravosas (*i.e.* colusiones horizontales sujetas a prohibición absoluta), de modo que se atienda a la naturaleza de *última ratio* del derecho penal.

Como hemos adelantado, el Perú cuenta con una entidad con todas las facultades para perseguir y sancionar eficientemente las conductas anticompetitivas; razón por la cual el inicio de un proceso penal no resulta, en principio, necesario.

Más aún, la proactiva labor del Indecopi en materia de libre competencia ha ocasionado la toma de mayor conciencia sobre la importancia de evitar la realización de prácticas anticompetitivas y sobre las consecuencias que se pueden derivar de dichos actos. De igual forma, consideramos que las multas impuestas por el Indecopi, las cuales suelen venir acompañadas de la obligación de implementar programas de cumplimiento, desincentivan eficientemente la reincidencia en materia de libre competencia.

En suma, consideramos que la Ley –en los términos que ha sido planteada– no es concordante con la competencia primaria del Indecopi en materia de libre competencia ni con la naturaleza de *última ratio* del derecho penal. Así las cosas, se debe procurar una adecuada articulación entre el Indecopi y el Ministerio Público.

## B. Tránsito del principio de *non bis in idem*

El principio de *non bis in idem* implica que nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos y por los mismos fundamentos. Si bien este principio no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, su vigencia ha sido plenamente reconocida por el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que “[e]l derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* “procesal”, está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139, inciso 3), de la Constitución” (Expediente 1670-2003-AA/TC, 2004, fundamento 2).

Conforme a lo expresado por el Tribunal Constitucional y a lo indicado en el numeral 11) del artículo 247 del Texto Único Ordenado de la Ley del Pro-

<sup>9</sup> También vulneraría la competencia primaria de Osiptel; sin embargo, para efectos del presente artículo nos referiremos únicamente al Indecopi.

<sup>10</sup> Tanto la Corte Suprema de Justicia de la República como el Tribunal Constitucional han reconocido que la naturaleza de *última ratio* del Derecho Penal supone que solo se debe recurrir a este cuando sea absolutamente necesario y que la sanción penal no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos. Al respecto, revisar la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 0012-2006-PI-TC y la Resolución 3004-2012.

cedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS, el principio de *non bis in idem* proscribire la aplicación de una doble sanción cuando exista una identidad de sujeto, hechos y fundamentos<sup>11</sup>.

En el ordenamiento jurídico peruano ha sido común la aplicación conjunta de sanciones penales y administrativas<sup>12</sup>. En nuestra opinión, lo anterior se debe a que se suele alegar que el derecho administrativo y el derecho penal no protegen los mismos bienes jurídicos y que, por tanto, no se cumple con la triple identidad exigida por el principio de *non bis in idem*<sup>13</sup>.

No obstante, consideramos que lo expresado en el párrafo anterior no es correcto, toda vez que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son manifestaciones de un único *ius puniendi* del Estado y, como tal, pueden perfectamente proteger el mismo bien jurídico<sup>14</sup>. Eso es precisamente lo que ocurre en el caso que nos ocupa. Así, podría sostenerse que el bien jurídico protegido por el nuevo artículo 232 es el mismo que aquel que protege la Ley de Competencia; esto es, el proceso competitivo y, por extensión, el bienestar de los consumidores.

A partir de lo anterior, es probable que la aplicación de la Ley genere una discusión sobre si la sanción administrativa y penal de las prácticas anticompetitivas contraviene o no el principio de *non bis in idem*.

En nuestra opinión, la represión de las conductas anticompetitivas tanto a nivel penal como a nivel

administrativo tiene por finalidad proteger el mismo bien jurídico. Siendo ello así, consideramos que la imposición conjunta de sanciones administrativas y penales en el presente caso cumple con la triple identidad y, por tanto, supone la trasgresión del principio de *non bis in idem*.

En línea con lo expresado, consideramos que corresponde al legislador decidir claramente si se debe aplicar una sanción administrativa o más bien penal (solo una de ellas) para reprimir prácticas anticompetitivas. Por las razones que abordaremos a continuación, consideramos que el Indecopi es la entidad más idónea para investigar y sancionar la realización de prácticas anticompetitivas y, por tanto, se debe continuar apostando únicamente por la sanción administrativa de las referidas conductas.

## VI. TERCERA REFLEXIÓN: ¿EXISTEN PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL NUEVO ARTÍCULO 232 DEL CÓDIGO PENAL?

Como demostraremos en esta sección, lo señalado en este artículo va más allá de la sola discusión teórica, pues la inviabilidad del nuevo artículo 232 también se sustenta en su aplicación práctica.

### A. Falta de conocimiento técnico del Ministerio Público para sancionar la existencia de prácticas anticompetitivas

Para decidirse o no por la aplicación del nuevo artículo 232 a un caso concreto, el Ministerio Público deberá realizar una evaluación de subsunción, de modo que pueda verificar si los elementos que

<sup>11</sup> Además, es posible interpretar que el referido principio proscribire también la existencia dos procesos de investigación que involucren los mismos sujetos, hechos y fundamentos. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha indicado que

[u]na extensión del principio bajo análisis es que tampoco cabe la existencia de dos procesos de investigación sobre el mismo hecho (con la triple identidad ya mencionada). En consecuencia, una misma persona no puede ser investigada por el mismo hecho a través de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador, o investigada por el mismo hecho mediante dos procedimientos administrativos sancionadores (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020, fundamento 4.2).

<sup>12</sup> Al respecto, el profesor Jorge Danós ha indicado que “[e]n verdad es un principio [*non bis in idem*] que lamentablemente ha tenido poca recepción en la legislación nacional, la misma que se ha distinguido por proclamar más bien la regla contraria de la compatibilidad de la doble sanción” (1995, p.155).

<sup>13</sup> Al respecto, ver la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2090-2005, 2006, fundamentos 4 al 6.

<sup>14</sup> Así las cosas, la sanción administrativa o penal de una determinada conducta dependerá más de la elección del legislador que del bien jurídico que se pretenda proteger (aunque tradicionalmente se ha optado por sancionar penalmente a las conductas más gravosas para la sociedad y como última ratio). Con relación al principio de *non bis in idem*, el profesor Tomás Cano Campos refiere que

[e]s indiferente que las sanciones cuya duplicidad se prohíbe sean todas de carácter penal, una de carácter penal y otra de carácter administrativo o ambas de este último carácter: cuando de un mismo hecho se trate, y únicamente se lesione un bien jurídico, sólo una de las sanciones puede ser impuesta (2001, p. 196).

En sentido similar, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha indicado que

[n]o es posible que por el mismo hecho infractor se imponga una sanción penal y una sanción administrativa, o dos sanciones administrativas, entendiendo por el “mismo hecho infractor” que se trate del mismo sujeto, del mismo hecho (o conducta) y el mismo fundamento; es decir, debe existir identidad de sujeto, hecho y fundamento [...] (2020, fundamento 4.1).

tiene para su análisis constituyen el supuesto de hecho previsto en la norma.

Como señalamos anteriormente, el nuevo artículo 232 regula dos supuestos de hecho específicos: (i) el abuso de posición dominante; y (ii) las prácticas o acuerdos restrictivos de la competencia. Al respecto, para determinar que un posible infractor ha incurrido en los supuestos antes mencionados, es necesario, dejando de lado una eventual aplicación arbitraria e irracional de la norma, realizar un análisis que excede la simple evaluación jurídica.

Así, para aplicar el nuevo artículo 232, el Ministerio Público deberá analizar y valorar criterios económicos, tal como lo hace el Indecopi para investigar posibles infracciones a la libre competencia (determinación de mercado relevante, afectación al mercado, entre otros). En nuestra opinión, el Ministerio Público no cuenta con dicho conocimiento técnico/económico, ni con recursos para generarlo en el corto y mediano plazo.

La necesidad de contar con conocimiento técnico para sancionar la existencia de prácticas anticompetitivas no es nada nuevo. De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia se indicó que

[e]l complejo análisis de efectos anticompetitivos y la generación de eficiencias que este tipo de conductas pueden tener en el mercado, aconseja que sea un órgano técnico y administrativo el encargado de reprimirlas, sin necesidad de recurrir a sanciones más gravosas para los agentes económicos como las de tipo penal (2008, p. 51).

De manera coincidente con nuestra opinión, el Poder Ejecutivo observó el Proyecto de Ley señalando que, adicionalmente a la alta complejidad técnica del tema,

[...] desde que se derogó el tipo penal de abuso de poder económico, ni de Proyectos de Ley que sirvieron de antecedente a la Autógrafa de Ley ni del debate en el Pleno del Congreso, se ha logrado tener evidencia empírica real y objetiva, que demuestre que las medidas administrativas que protegen el libre mercado han fallado y, por lo tanto, que resulta imprescindible que el Derecho Penal debe de intervenir **nuevamente**, para dar una pro-

tección adecuada al bien jurídico (Oficio 103-2020-PR, 2020, p. 4) [El énfasis es nuestro].

Considerando lo anterior, no es eficiente ni razonable que se exija al Ministerio Público que cumpla con alcanzar un alto grado de especialización técnica en materia de libre competencia, sobre todo si ya existe una entidad pública que ha venido desarrollando dichas capacidades durante años.

En efecto, el alto nivel de especialización alcanzado por el Indecopi se puede verificar al observar los resultados obtenidos ante el Poder Judicial con ocasión de los cuestionamientos a las resoluciones emitidas por dicha entidad. Actualmente, y en parte debido a la solidez técnica que reviste el análisis efectuado por el Indecopi, la probabilidad de revertir una decisión del Indecopi ante el Poder Judicial es baja.

A manera informativa, desde el 2012, la eficacia del Indecopi en el Poder Judicial ha sido superior al 95%<sup>15</sup>. En definitiva, no solo contamos ya con un organismo técnico especializado en el control de tipo de conductas, sino que la labor realizada por dicha entidad ha sido hasta la fecha, bastante efectiva.

En nuestra opinión, para asegurar un mayor nivel de cumplimiento de las normas de libre competencia no era ni es necesario criminalizar las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, resulta mucho más eficiente invertir en el fortalecimiento de las competencias del Indecopi que asignar nuevas competencias a una entidad que no tiene experiencia alguna en la materia (experiencia que, además, tardaría mucho tiempo en adquirir).

#### **B. Pérdida de eficacia de los mecanismos de colaboración (clemencia, recompensas, compromisos de cese y reconocimiento de la infracción)**

Partiendo de la premisa que la Ley sanciona lo mismo que la Ley de Competencia, el nuevo artículo 232 del Código Penal compromete seriamente la eficacia de los mecanismos de colaboración habitualmente utilizados por el Indecopi.

Al respecto, los mecanismos de colaboración (clemencia, recompensas, compromiso de cese y reconocimiento de infracción) son de suma im-

<sup>15</sup> Según la información contenida en las Memorias Anuales del Indecopi (2018), el porcentaje de éxito de la referida autoridad ante el Poder Judicial es el siguiente: (i) 97.67% - 2012; (ii) 98.67% - 2013; (iii) 96.77% - 2014; (iv) 97.85% - 2015; (v) 97.23% - 2016; (vi) 96.70% - 2017; y (vii) 95.01% - 2018. Al respecto, cabe señalar que las estadísticas antes mencionadas incluyen todos los procesos seguidos por el Indecopi ante el Poder Judicial (no solo los referidos a la defensa de la libre competencia).

portancia tanto para garantizar un mayor nivel de cumplimiento de las normas de libre competencia como para reducir los costos en lo que incurre el Indecopi para sancionar la existencia de prácticas anticompetitivas<sup>16</sup>.

Al respecto, de acuerdo con estudios publicados por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), los programas de exoneración de responsabilidad (clemencia) pueden ayudar a combatir o conocer las violaciones más flagrantes a las leyes de competencia, al romper el silencio entre las personas que realizan dichas conductas (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos [OCDE], 2001, p. 1). Es decir, dichos instrumentos de colaboración permiten detectar conductas que, de otro modo, pasarían desapercibidas.

Ahora bien, para que los mecanismos de colaboración antes mencionados sean efectivos y exista una verdadera motivación de colaborar, debe existir un beneficio para quien comunica la existencia de la infracción. Al respecto, el beneficio no solo se debe reflejar en el ámbito administrativo sino también en el penal.

En ese sentido, la OCDE ha señalado que “si no se ofrece inmunidad penal, existirían muy pocos incentivos para solicitar clemencia” (2016, numeral 117). Inclusive, en casos como el de Estados Unidos, se indica que la forma de alcanzar programas de clemencia efectivos es admitiendo la posibilidad de otorgar una amnistía total si se reúne una serie de condiciones (OCDE, 2001, p. 1).

Actualmente, la Ley de Competencia señala que la exoneración de la sanción administrativa no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por daños y perjuicios<sup>17</sup>. Una situación similar podría ocurrir en el ámbito penal, debido a que nada impediría que el Ministerio Público inicie una investigación de oficio a pesar de que se haya llegado a un acuerdo en la instancia administrativa.

Lo anterior compromete, sin duda, la eficacia de los mecanismos de colaboración. ¿Quién estaría dispuesto a informar sobre la existencia de una práctica anticompetitiva si dicho acto puede derivar

en cárcel efectiva? ¿Quién estaría dispuesto a reconocer la existencia de una infracción si la declaración puede ser usada en su contra en un proceso penal? Nos atrevemos a afirmar que nadie o, si se quiere, casi nadie.

Si bien es cierto que existen jurisdicciones en las que la realización de prácticas anticompetitivas puede implicar sanciones penales, lo cierto es que se dejan a salvo los derechos y prerrogativas derivados de los programas de clemencia o similares, a efectos de que las autoridades de libre competencia sigan contando con herramientas útiles para detectar infracciones a la libre competencia.

A manera de ejemplo, en Colombia, país donde es un delito únicamente la concertación en contrataciones públicas, la Ley 1474 del 2011 señala que los delatores o clementes que obtengan la exoneración total de la multa en una investigación por acuerdos anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrán como beneficio una reducción de la pena en una tercera parte. En cambio, la Ley no contiene una fórmula similar.

La normativa chilena también sigue la misma línea. En ese orden de ideas, la Guía Interna sobre Delación Compensada en casos de Colusión, elaborada por la Fiscalía Nacional Económica de Chile, señala textualmente que:

El primer Postulante que aporte antecedentes a la FNE sobre una conducta prevista en la letra a) del artículo 3 del DL 2111 **se eximirá de:** (i) la sanción de disolución de la persona jurídica contemplada en la letra b) del artículo 26; (ii) la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo; y (iii) **la responsabilidad penal por el delito de colusión**, tipificado en el artículo 62 (2017, p. 7) [el énfasis es nuestro].

Por su parte, México contempla un planteamiento similar. Así, el Código Penal Federal de dicho país recoge expresamente en su artículo 254 que “No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica”<sup>18</sup> (2014).

<sup>16</sup> A manera de ejemplo, los compromisos de cese pueden derivar en la conclusión anticipada del procedimiento administrativo sancionador; hecho que, sin duda, implica un ahorro en los costos en los que habría incurrido el Indecopi para llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador.

<sup>17</sup> Artículo 26.- Exoneración de sanción  
[...]  
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 (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019).

<sup>18</sup> Artículo 103.- Cualquier Agente Económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta; haya participado directamente en prácticas monopólicas absolutas en representación o por cuenta y orden de personas

Sin duda, los programas de colaboración implementados por el Indecopi vienen teniendo un efecto positivo. Prueba de ello es que para el 2019, el Indecopi recibió 24 solicitudes para acogerse al programa de clemencia (Chávez Quispe, 2019) e inclusive la Guía de dicho programa fue reconocida internacionalmente como “una importante herramienta para la lucha eficaz contra los cárteles en la categoría Soft Law (Guías o Lineamientos)” (Andina, 2019). Lo anterior demuestra que el impacto de estos programas ha sido positivo para el cumplimiento de los objetivos del Indecopi.

Así las cosas, el planteamiento de la Ley constituye un retroceso en la sanción de las prácticas anticompetitivas, toda vez que se compromete la eficacia de las herramientas con las que cuenta actualmente el Indecopi.

## VII. REFLEXIÓN FINAL

El Congreso de la República, en un claro intento por atender algunos de los reclamos de la población en el marco de la crisis sanitaria, ha optado por aprobar –por insistencia– la Ley sin valorar adecuadamente su impacto y sin definir correctamente los aspectos que se deben verificar en la norma para lograr su efectiva aplicación.

Como consecuencia de lo anterior, nos encontramos ante una Ley imprecisa que, además, compromete seriamente la eficacia de las herramientas con las que cuenta el Indecopi para investigar la existencia de prácticas anticompetitivas de manera efectiva. Peor aún, la imprecisión de la norma puede llevar a la represión arbitraria de prácticas que ni siquiera deberían ser consideradas como anticompetitivas.

En nuestra opinión, la forma de alcanzar un mayor cumplimiento de las normas de libre competencia no es a través de la criminalización de las prácticas anticompetitivas, sino más bien mediante el fortalecimiento de las capacidades del Indecopi. Se trata de fortalecer el sistema existente y no de implementar –forzadamente a nuestro parecer– un sistema alternativo que, a todas luces, puede devenir en arbitrario e ineficiente. 📌

## REFERENCIAS

Andina (3 de febrero de 2019). Indecopi desarticuló cuatro cárteles empresariales en

2018. Andina – Agencia peruana de noticias. <https://andina.pe/agencia/noticia-indecopi-desarticulo-cuatro-carteles-empresariales-2018-741323.aspx>

Bramont-Arias Torres, L. (1992). Delitos económicos y bien jurídico. *Ius et Veritas*, 3(5), 85-92.

Cano Campos, T. (2001). Non bis in ídem, Prevalencia de la vía Penal y Teoría de los Concursos en el Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Administración Pública*, (156), 191-249.

Chávez Quispe, L. (18 de septiembre de 2019). Indecopi: ¿Cuántas solicitudes de clemencia se ha recibido por concertación de precios? *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/economia/peru/indecopi-solicitudes-clemencia-recibido-concertacion-precios-cartel-noticia-ecpm-677136-noticia/>

Danós Ordóñez, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *Ius et Veritas*, 5(10), 149-160.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos [OCDE] (2001). *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. OECD Policy Brief.

(2016). *Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas*. DAF/COMP/LACF(2016)5.

O’Loughlin, P. (2016). The Criminal Enforcement of Antitrust Law – The Importance of Building an Enforcement Culture and How to Create It. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, (117), 116-145. <https://doi.org/10.14324/111.2052-1871.065>

## LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Penal [CP], Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 1991 (Perú).

Código Penal Federal [CPF], Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931 (Méx.).

Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, Exposición de Motivos de la Ley de Competencia, 12 de junio de 2008 (Perú).

morales; y el Agente Económico o individuo que haya coadyuvado, propiciado, inducido o participado en la comisión de prácticas monopólicas absolutas, podrá reconocerla ante la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones establecidas en esta Ley [...] (Ley Federal de Competencia Económica, 2014).

- Congreso de la República del Perú, 10 de junio de 2020, Oficio 103-2020-PR (Perú).
- Decreto Legislativo 701, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, Diario Oficial *El Peruano*, 7 de noviembre de 1991 (Perú).
- Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2008 (Perú).
- Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).
- Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de febrero de 2019 (Perú).
- Fiscalía Nacional Económica (2017). *Guía Interna sobre Delación Compensada en casos de Colusión*. [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia\\_Delacion\\_Compensada.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf).
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2019). *Memoria Institucional 2018*.
- Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014 (Méx.).
- Ley 1474, Ley que dicta normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, Diario Oficial de Colombia, 12 de junio de 2011 (Col.).
- Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y defensa del consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de agosto de 2020 (Perú).
- Proyecto de Ley 731/2016-CR, Ley que protege a los consumidores de la concertación de precios y conductas anticompetitivas, 5 de mayo de 2016 (Perú).
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 13 de febrero de 2014, Recurso de Nulidad 3004-2012-CAJAMARCA (Perú).
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de 7 de junio de 2006, Recurso de Nulidad 2090-2005-LAMBAYEQUE (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de abril de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0012-2006-PI-TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de octubre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de diciembre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 1670-2003-AA/TC (Perú).
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 8 de mayo de 2020, Proceso 484-IP-2018.