

Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y
Política de Competencia

PERÚ

2018



**EXÁMENES INTER-PARES
DE LA OCDE Y EL BID
SOBRE EL DERECHO Y
POLÍTICA DE
COMPETENCIA: PERÚ**



Por favor cite esta publicación como:

OCDE (2018) Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú.

Este trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretariado General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos esgrimidos en él no reflejan necesariamente la opinión oficial de la OCDE, ni de los gobiernos de sus países miembros o de la Unión Europea.

Este documento y cualquier mapa incluido en él se entienden sin perjuicio de la condición o soberanía de ningún territorio, de la delimitación de fronteras o límites internacionales o del nombre de ningún territorio, ciudad o área.

La OCDE cuenta con dos idiomas oficiales; inglés y francés. La versión en inglés de este informe es la única versión oficial.

© OCDE 2018

Prefacio

La OCDE ha promovido de forma activa la política de competencia en los países de América Latina y el Caribe durante años. La alianza entre la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha potenciado estos esfuerzos. El Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (FLACC) es la piedra angular de esta colaboración sobre cuestiones de competencia. Se trata de un foro anual que reúne a funcionarios de alto nivel de los países de la región para promover y apoyar la identificación y difusión de las mejores prácticas en la ley y la política de competencia. Este Foro lleva celebradas dieciséis reuniones.

El examen inter-pares del Derecho y política de la competencia de los países representa una importante herramienta de ayuda para el fortalecimiento de las instituciones de competencia y la mejora del desempeño económico. Las evaluaciones inter-pares son un elemento esencial de las actividades de la OCDE. Se basan en la predisposición de un país a someter sus leyes y políticas a una revisión sustantiva por parte de otros miembros de la comunidad internacional. Este proceso ofrece una valiosa información al país examinado y promueve la transparencia y el entendimiento mutuo en beneficio de todas las partes. Existe un creciente consenso internacional en cuanto a las mejores prácticas en la aplicación de las leyes de competencia y la importancia de las reformas que promueven la competencia. Las evaluaciones inter-pares forman una parte importante de este proceso. Esas evaluaciones sirven también para fortalecer las instituciones de competencia. Instituciones de competencia potentes y eficaces pueden fomentar y proteger la competencia en todos los sectores de la economía, lo cual aumenta la productividad y el desempeño económico global.

Por lo tanto, la OCDE y el BID incluyen exámenes inter-pares como un elemento habitual de las reuniones del FLACC, que ambas instituciones organizan en conjunto. En 2007, el Foro evaluó la repercusión de los primeros exámenes inter-pares llevados a cabo en el FLACC (Brasil, Chile, Perú y

Argentina) y el examen inter-pares de México, realizado en el Comité de Competencia de la OCDE. El Foro llevó a cabo las revisiones inter-pares de El Salvador, Colombia, Panamá y Honduras en 2008, 2009, 2010 y 2011, respectivamente. En 2012 se ejecutó un seguimiento de los nueve exámenes inter-pares como parte del 10º Aniversario del FLACC. En 2014, Costa Rica se convirtió en el décimo país en someter a examen su régimen de competencia. En este Foro, Perú ha sido el último país en ofrecerse para este tipo de evaluación. La OCDE y el BID, y con él su Sector de Integración y Comercio (INT), se congratulan de que el éxito de esta alianza contribuya a la promoción de la política de competencia en América Latina y el Caribe. Este trabajo es consecuente con las políticas y objetivos de las dos organizaciones: respaldar las políticas pro-competitivas y las reformas regulatorias que fomentarán el crecimiento económico de América Latina y el Caribe.

Ambas organizaciones quisieran agradecer al Gobierno de Perú la candidatura de su país para someterse a un examen inter-pares durante la décima sexta reunión del FLACC, celebrada en Argentina los días 18 y 19 de septiembre de 2018. Queremos expresar nuestro agradecimiento a Eduardo Frade, autor del informe, a Pedro Caro de Sousa de la Secretaría de la OCDE y a los examinadores Paulo Burnier de Brasil; Nelson Guzmán Mendoza de El Salvador y Alejandro Faya de México. Nos gustaría también dar las gracias a Esteban Greco y a su equipo en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina por albergar el FLACC, así como a los numerosos funcionarios de organismos de la competencia regionales que han contribuido al éxito del Foro con sus aportaciones por escrito o verbales. El autor y ambas organizaciones desean también manifestar su particular agradecimiento a Ivo Gagliuffi, Javier Coronado y Jesús Espinoza Lozada del Indecopi por sus valiosas aportaciones, su disponibilidad para responder preguntas, y el apoyo brindado en la coordinación de las entrevistas. A Lynn Robertson de la OCDE, por la supervisión del examen inter-pares y la planificación realizada de los debates en el Foro, y a Erica Agostinho y a Angelique Servin por haber ayudado en ambas actividades.

El presente informe se elaboró a petición del Gobierno del Perú. Por último, queremos agradecer al Gobierno peruano que se haya presentado de forma voluntaria para someterse a un examen inter-pares y a todos los que tuvieron la amabilidad de aceptar participar en las reuniones de la misión de estudio que tuvo lugar en Lima del 28 de mayo al 1 de junio de 2018.

Tabla de contenidos

Prefacio	3
Resumen ejecutivo	9
1. Contexto y antecedentes.....	16
1.1. Contexto histórico	16
2. Contenido y ámbito de aplicación de la ley de libre competencia	22
2.1. Ámbito de aplicación subjetivo de la ley de libre competencia	22
2.2. Ámbito de aplicación territorial de la ley de libre competencia	26
3. Marco institucional	26
3.1. Descripción del sistema general	26
3.2. Prioridades, programas y recursos del Indecopi.....	37
3.3. Facultades de investigación y sanción.....	46
4. Aplicación de la legislación de competencia	56
4.1. Tutela privada.....	57
4.2. Clemencia.....	58
4.3. Acuerdos de avenencia y compromisos de cese.....	62
4.4. Fiscalización de la competencia	66
4.5. Concentraciones	79
5. Promoción de la competencia y fomento de la competencia	82
5.1. Estudios de mercado (“ <i>abogacías</i> ”)	82
5.2. Guías y lineamientos	88
5.3. Capacitación y difusión	89
5.4. Revisión de instrumentos normativos	93
6. Competencia desleal y protección del consumidor/Funciones del Indecopi no relacionadas con la competencia	96
6.1. Competencia desleal.....	96
6.2. Protección del consumidor	97
6.3. Neutralidad competitiva	98

7. Regímenes sectoriales	99
7.1. Relación con los reguladores sectoriales	100
7.2. Osiptel – Fiscalización de la competencia en el sector de las telecomunicaciones	104
8. Cooperación internacional	115
8.1. Acuerdos de cooperación internacional.....	115
8.2. Concreción en la práctica de la cooperación internacional	116
9. Conclusiones y recomendaciones.....	118
9.1. Cuestiones institucionales y administrativas	124
9.2. Control de concentraciones	135
9.3. Fiscalización de la competencia	140
9.4. Promoción de la competencia.....	148
9.5. Cooperación internacional.....	151
Referencias.....	153

Tablas

Tabla 1. Empleados por departamento administrativo y funcional, 2017.....	41
Tabla 2. Presupuesto institucional del INDECOPI y su área de defensa de la competencia, 2013 – 2017	43
Tabla 3. Empleados del INDECOPI que trabajan en actividades relacionadas con la competencia, 2014-2017	44
Tabla 4. Comparativa entre los salarios del INDECOPI y los de otras entidades públicas	45
Tabla 5. Origen de las investigaciones de cárteles en Perú.....	47
Tabla 6. Duración media (días naturales) de los procedimientos de competencia en la segunda instancia administrativa - Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2013-2018)	50
Tabla 7. Multas impuestas en procedimientos de infracción de la competencia	55
Tabla 8. Compromisos	64
Tabla 9. Estadísticas de procedimientos administrativos Sustanciados en casos de libre competencia (2013 – 2017).....	66
Tabla 10. Vías para la detección de cárteles	68

Tabla 11. Casos de prácticas colusorias horizontales: multas impuestas.....	68
Tabla 12. Casos de prácticas colusorias verticales	73
Tabla 13. Número de operaciones de concentración analizadas en el sector eléctrico, 2001 - 2017	81
Tabla 14. Escuela del Indecopi – Número de actividades de capacitación en temas de libre competencia 2013 - 2018.....	90
Tabla 15. Escuela del Indecopi – Actividades de capacitación en temas de libre competencia en 2013 - 2018	91
Tabla 16. Acuerdos firmados por el INDECOPI con otros organismos reguladores y entes públicos	102
Tabla 17. Presupuesto del Osiptel.....	106
Tabla 18. OSIPTEL: Personal asignado a cuestiones de competencia	106
Tabla 19. Investigaciones en materia de competencia del Osiptel, por tema (2013-2017)	111
Tabla 20. Opiniones del Osiptel sobre transferencia de espectro y de títulos de concesión:.....	115
Tabla 21. Participación del Indecopi en organizaciones internacionales (Competencia) entre 2012 y 2016.....	117

Gráficos

Gráfico 1. Organigrama institucional del Indecopi.....	34
Gráfico 2. Número de visitas de inspección realizadas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2013 – 2017	48
Gráfico 3. Duración media (en días naturales) de los procedimientos de competencia hasta que la Comisión emite su resolución (2013-2017)	50
Gráfico 4. Multas impuestas en procedimientos de infracción de la competencia, por año	56
Gráfico 5. Multas impuestas en procedimientos sancionadores de prácticas colusorias horizontales, 2013 - 2017.....	76
Gráfico 6. Número de casos iniciados por Osiptel, por año.....	109
Gráfico 7. Número de casos iniciados de oficio y por denuncia de parte	110

Resumen ejecutivo

Perú tiene instaurado un activo régimen de competencia que está en sintonía con las prácticas y estándares reconocidos en el plano internacional, con excepción del control de concentraciones. El conjunto de reformas introducidas en los últimos años pone de manifiesto lo ambicioso de los esfuerzos que el Indecopi y el Gobierno de Perú han realizado para tutelar de manera más eficaz la defensa de la competencia y lograr un mejor funcionamiento de los mercados. La legislación de competencia se aplica a todos los sectores económicos y a todas las conductas susceptibles de producir efectos anticompetitivos en la economía peruana. De esta manera, Perú prohíbe los cárteles intrínsecamente nocivos sin necesidad de evaluar sus efectos sobre la competencia; las prácticas colusorias horizontales y verticales cuando tienen efectos contrarios a la competencia, y los abusos de posición de dominio. En efecto, los pilares fundamentales del Derecho de competencia peruano se ajustan a las mejores prácticas internacionales, con una excepción: la falta de un régimen de control de concentraciones.

Perú cuenta con dos organismos de competencia: el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), competente en todos los asuntos de competencia relacionados con el sector de las telecomunicaciones, y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que lo es respecto de la tutela de la competencia en todos los demás sectores de la economía. Esta configuración institucional no es inhabitual en América Latina, si bien entraña el riesgo de que se planteen situaciones de divergencia en la aplicación de la legislación de competencia. En el caso del Osiptel, se arrostran también los riesgos de que la tutela de la defensa de la competencia se vea fagocitada por la función regulatoria de Osiptel, o incluso instrumentalizada en aras de la consecución de objetivos regulatorios. Ambos riesgos se ven acentuados además por la falta de personal en la Secretaría Técnica del Osiptel exclusivamente dedicado a las cuestiones de competencia. De no salirse al paso de estos riesgos, la inclinación del Osiptel a resolver los problemas sirviéndose de sus facultades regulatorias podría sembrar la inquietud —especialmente en vista de lo limitado de las actuaciones que el Osiptel acomete en defensa de la competencia.

Indecopi es un organismo de competencia que goza de gran predicamento tanto a nivel nacional como internacional. Concita el apoyo y el reconocimiento de prácticamente todas las principales partes interesadas de los sectores público y privado en Perú. La estructura del Indecopi es poco habitual y la conforman una rama funcional, responsable de la solución de controversias y de emitir resoluciones sobre numerosas cuestiones de regulación del mercado que van más allá del Derecho de competencia —incluidas, en particular, la propiedad intelectual, la competencia desleal y la protección del consumidor— y una rama administrativa que presta asistencia a la rama funcional, pero que no toma parte en sus actuaciones de tutela del cumplimiento de la legislación de competencia. Esta estructura parece funcionar adecuadamente en lo que respecta al Derecho y política de la competencia, especialmente porque los órganos del Indecopi encargados de las cuestiones de competencia —a saber, la Secretaría Técnica, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual— actúan, a todos los efectos prácticos, como una autoridad de competencia totalmente autónoma e independiente. Este marco institucional permite aprovechar las sinergias entre ámbitos de regulación conexos.

El Indecopi es un organismo con personalidad jurídica de Derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestaria y administrativa. Este diseño institucional fue ideado a modo de salvaguardia contra posibles presiones políticas y públicas, especialmente contra las que eventualmente se ejercieran desde los Ministerios sectoriales. En combinación con el marco institucional del Indecopi, que garantiza la naturaleza técnica y autónoma de las resoluciones que emiten sus diferentes órganos resolutivos, ese diseño crea una protección en distintos niveles contra cualquier intromisión en las resoluciones de la rama funcional del Indecopi o su politización. En la práctica, la influencia del Poder Ejecutivo o del Congreso en la definición de la agenda de trabajo del Indecopi ha sido mínima. Todos los observadores reconocen ampliamente la autonomía de la Comisión a la hora de decidir qué investigar y de qué forma administrar los procedimientos. Así con todo, un marco jurídico como el expuesto entraña una serie de riesgos para la autonomía e independencia del Indecopi, y para su proceso de toma de decisiones.

Este empeño por mantener la autonomía e independencia de los órganos decisorios ha tenido aparentemente el efecto colateral de distraer la atención del Indecopi de la necesidad de acometer una planificación y priorización estratégicas de las cuestiones de competencia. Se echa en falta una estrategia y un pensamiento integral sobre el modo en que el Derecho y la política de

competencia podrían encajar con otras actividades y funciones del Indecopi, para cosechar así los beneficios de las sinergias que se crean entre las distintas competencias del instituto. Actualmente el Indecopi está elaborando un plan nacional de competencia. Se trata de una iniciativa digna de encomio, que debe servir para identificar las prioridades de su labor investigadora y sancionadora, así como la manera en que el Indecopi podría valerse de sus distintas funciones regulatorias para fomentar la competencia en Perú.

El Indecopi se financia a partir de una fuente estable y autónoma. Su presupuesto se ha mantenido relativamente constante a lo largo de los años y goza de una protección amplia contra las injerencias políticas. Con una plantilla que integran 1.700 empleados, el Indecopi es una organización grande y económicamente bien pertrechada. Sin embargo, los órganos de competencia del Indecopi cuentan con poco más de 50 empleados —incluyendo los vocales del Tribunal y los comisionados, que desempeñan sus funciones a tiempo parcial—. Aunque el número de empleados de los órganos de competencia del Indecopi ha aumentado en los últimos años, es pacífico entre los observadores que el área de Defensa de la Competencia del instituto no dispone de una dotación de personal suficiente y que sería conveniente ampliarla, más aún si al Indecopi se le confían en el futuro tareas relacionadas con el control de concentraciones. Sumado a este problema de personal está el hecho de que el salario medio que perciben los empleados del Indecopi es poco atractivo e insuficiente para retenerlos a largo plazo. El problema de la brecha salarial entre los sectores público y privado es muy común en todo el mundo. Pese a ello, los organismos de competencia suelen contar con un personal altamente cualificado, que suele percibir un salario superior al de los funcionarios públicos. Ahora bien, el límite salarial a los que están sujetos los servidores civiles en Perú, y que también afecta al Indecopi y a otros reguladores —si bien no a algunos organismos especializados comparables, como pueden ser el Banco Central o el Regulador Financiero— acentúa la brecha salarial entre los sectores público y privado en la esfera de las actividades de competencia, dificultando todavía más la retención de personal cualificado.

La preocupación que suscita la dotación de personal del área de Defensa de la Competencia del Indecopi discurre pareja con las quejas que se reciben por la excesiva duración de los procedimientos de competencia y por el hecho de que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, cuyos miembros ejercen sus funciones a tiempo parcial y están escasamente retribuidos, dependa excesivamente de la Secretaría Técnica. Así, se dice que esta presunta subordinación estaría desdibujando los límites entre las funciones de instrucción y de toma de decisiones. La reciente adopción de una norma que establece un

plazo máximo para finalizar las investigaciones —cuya superación traería consigo la conclusión del procedimiento— no habría ayudado a despejar la preocupación en torno a la duración del procedimiento. La complejidad de los procedimientos de competencia, las limitaciones de personal y los exiguos plazos que se fijan para concluir las investigaciones entrañan el riesgo de que estas se realicen de manera precipitada o no puedan finalizarse a tiempo. Esa triple restricción podría llevar a la Comisión a conceder prioridad a las infracciones más fáciles de probar en detrimento de las más graves; también podría ocasionar un descenso general de la calidad de las futuras actuaciones de investigación y sanción del instituto.

Pese a los problemas expuestos, los esfuerzos que la dirección del Indecopi ha dedicado a perfeccionar sus herramientas de control y el admirable compromiso con el que se desempeña su personal han permitido intensificar la defensa de la competencia, con unos resultados muy positivos. La labor investigadora y sancionadora se ha centrado principalmente en la persecución de los cárteles. No obstante, es notorio que la labor fiscalizadora de la concertación de posturas en licitaciones en Perú es testimonial y que existe una evidente falta de coordinación entre el Indecopi y los correspondientes órganos de contratación pública. Habida cuenta de las consecuencias que la concertación de posturas en licitaciones tiene para las arcas públicas y los contribuyentes, y de la elevada frecuencia con la que estas prácticas se llevan a cabo en todo el mundo, es importante que el Indecopi endurezca sus controles sobre ellas y que la coordinación entre las autoridades de contratación pública y las de competencia se vea reforzada.

En todo caso, la estrategia de centrar las actuaciones de control de la competencia en combatir los cárteles ha cosechado logros indiscutibles. No cabe duda que los cárteles deben ser una de las prioridades, sino la principal, de las actuaciones de fiscalización de la competencia. Sin embargo, esas actuaciones deberían abordar también las prácticas colusorias horizontales y verticales, así como los abusos de posición de dominio —máxime cuando, como ocurre en Perú, no existe un régimen de control de concentraciones. Perú debe marcarse como prioridad el establecimiento de un régimen de control de concentraciones, dado que, en ausencia del mismo, los competidores pueden eludir la prohibición de los acuerdos anticompetitivos mediante la oportuna concentración —con efectos potencialmente similares a los de cualquier cártel inmune a las investigaciones antimonopolio. Además, las concentraciones pueden conllevar la aparición de agentes económicos con poder de mercado. Ante la falta de un régimen de control de concentraciones, la aplicación de prohibiciones contra las conductas abusivas de las empresas que ostentan un

poder significativo de mercado adquiere mayor relevancia. Pese a estas circunstancias, que parecen justificar una intensificación de las actuaciones fiscalizadoras de las prácticas anticompetitivas distintas de los cárteles intrínsecamente nocivos, la labor investigadora y sancionadora de las prácticas colusorias verticales de empresas con poder de mercado y de los abusos de poder en el mercado ha sido prácticamente inexistente.

En cuanto a la penalización de las infracciones a la competencia, las normas peruanas reguladoras del monto y la graduación de las multas están a grandes rasgos en consonancia con las prácticas internacionales. Con todo, el régimen peruano se aparta de esas prácticas cuando para calcular el monto de las multas se basa en gran medida en el beneficio ilícito que el infractor espera obtener de la conducta anticompetitiva. A nivel internacional, se considera que ese beneficio ilícito es sumamente difícil de calcular con exactitud. Adoptar un enfoque de este tipo para fijar el monto de una multa incrementa los costos del procedimiento y eleva las probabilidades de éxito de las apelaciones en vía judicial. Es por ello que muchos órganos jurisdiccionales optan a menudo por emplear un indicador aproximativo sencillo, como la cifra de ventas o el volumen de negocio en el mercado correspondiente.

Las recientes reformas jurídicas han tenido por objetivo promover el establecimiento de los procedimientos de avenencia y de compromiso de cese. Pese al aumento experimentado por el número de estos procedimientos desde entonces, se aduce que su normativa reguladora no brinda la previsibilidad y certidumbre requeridas. Los observadores reivindican que, aumentando la transparencia y la previsibilidad de esos procedimientos, podría propiciarse un mayor número de acuerdos de avenencia y compromisos de cese a los fines de reforzar la tutela de la competencia y racionalizar los recursos administrativos. Por lo que respecta, en particular, al procedimiento de avenencia —puesto que el de compromiso de cese no suele resultar adecuado para combatir los cárteles— debería procurarse que este tipo de reconocimiento no sea tan favorable para las partes infractoras como para debilitar los incentivos que puedan tener para acogerse al programa de clemencia.

En cuanto a la promoción de la competencia, el Indecopi ha desempeñado una importante labor velando por que la sociedad peruana y las partes interesadas relevantes sean cada vez más conscientes de la necesidad que hay de contar con una política y una legislación de competencia sólidas, así como a la hora de inculcar una cultura de competencia. Su Escuela constituye un ejemplo particularmente notable de la forma en que este tipo de organismos puede participar en actividades de divulgación del Derecho de competencia, sensibilizar acerca de la importancia que la competencia tiene en los mercados y

colaborar con las partes interesadas relevantes —ya sean públicas o privadas, nacionales o extranjeras—. La Escuela ofrece un ejemplo de promoción de la competencia que podría ser imitado en otras partes del mundo. Por otra parte, una de las competencias del Indecopi pasa por la eliminación de barreras burocráticas, siendo así que el instituto cuenta con una rama dedicada exclusivamente a esta tarea. Las recomendaciones del Indecopi en materia de barreras regulatorias son vinculantes para todas las entidades públicas, que deben proceder a su eliminación si el Indecopi así se lo exige. La identificación y eliminación de barreras burocráticas es una actividad que puede contribuir a promover la competencia y a eliminar las barreras de acceso al mercado.

El Indecopi podría ampliar este extraordinario elenco de iniciativas de fomento de la competencia. Entre sus facultades se cuenta la elaboración de unos estudios de mercado que gozan de un amplio reconocimiento como herramienta valiosa para abrir los mercados a la competencia. No obstante, la escasa dotación de personal de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia limita tanto el número de estudios de promoción de la competencia que está en condiciones de priorizar y elaborar anualmente como el número de analistas que la Comisión puede asignar a esas actividades. El Indecopi ha elaborado un número relativamente limitado de lineamientos en materia de competencia. Actualmente está preparando nuevos lineamientos y señalándolos a la atención de las partes interesadas pertinentes. Esta actividad debe proseguir. El examen que el Indecopi realiza de las barreras burocráticas se centra en su ilegalidad o desproporción; sería conveniente que esta competencia pudiera utilizarse para identificar regulaciones que, pese a su carácter legal y proporcionado, restrinjan pese a todo la competencia de un modo innecesario. Por último, parece que el Indecopi no emite opiniones sobre legislación primaria, a menos que se le solicite; sería aconsejable que el Indecopi tuviera la oportunidad de formular comentarios sobre textos legislativos sin recibir solicitud alguna al respecto, en especial cuando considere que esos textos son especialmente perjudiciales para la competencia.

Por último, Perú —y en particular el Indecopi— es consciente de los beneficios que reporta la cooperación internacional. El Indecopi está presente en los foros internacionales, tiene suscritos una serie de acuerdos con las autoridades de competencia de otros países, ha intercambiado personal y experiencias con esas autoridades y colabora a un alto nivel en investigaciones con países limítrofes. Perú podría adoptar medidas adicionales para ampliar e intensificar su colaboración con otros estados en asuntos de competencia. Hasta la fecha, el Indecopi no ha llevado a cabo investigaciones conjuntas con otros organismos de competencia para la detección de conductas anticompetitivas, e

incluso el intercambio de información con esos organismos es limitado, debido a las restricciones que la legislación peruana impone a los intercambios de información sobre procedimientos en curso. Estos son solo algunos de los ámbitos en los que una colaboración más intensa redundaría en beneficio de la defensa de la competencia en toda América Latina. A la luz de lo anterior, y sin dejar de reconocer las indudables virtudes y la calidad del Derecho y política de la competencia en Perú, así como el admirable compromiso de que hacen gala la dirección y el personal del Indecopi, a continuación se presentan una serie de recomendaciones a los efectos de perfeccionar ese régimen. Cabe señalar que algunas de estas recomendaciones coinciden con las que ya se formularon con ocasión del último examen inter-pares de Derecho y política de la competencia en Perú en 2004.

1. Contexto y antecedentes

1.1. Contexto histórico

1.1.1. Contexto

Un análisis de los retos que conlleva introducir en Perú leyes y políticas en materia de competencia ha de comenzar por un repaso a la historia política y económica reciente del país, lo que a su vez requiere considerar su tamaño y sorprendente diversidad orográfica, étnica y lingüística, así como de riqueza y costumbres. Situado en la costa occidental de América del Sur, Perú es por extensión el tercer mayor país de Sudamérica y el vigésimo del mundo (a modo de comparación, es algo mayor que Sudáfrica, casi el doble que Chile y apenas menor que Francia, España y Alemania juntos). Su punto más septentrional está en el ecuador, limitando con Ecuador y Colombia. Desde ahí Perú se extiende hacia el sudoeste por apacibles planicies costeras y, hacia el sudeste, abarcando parte de la casi impenetrable cuenca amazónica. Estas dos áreas están divididas por la cordillera de los Andes, cuyas laderas tropicales dan paso a picos nevados que rondan los 7.000 metros de altitud (OECD, 2004, p. 10[1])

Perú, con unos 30 millones de habitantes, es uno de los cinco países más poblados de Sudamérica y se cuenta entre los 40 con más población del mundo. El Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE lo clasifica como país de renta media-alta, con otros once países de Centro y Sudamérica: Argentina, Belice, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, Panamá, Surinam, Uruguay y Venezuela.

El sistema político y las políticas económicas de Perú han experimentado grandes vaivenes a lo largo de los años. Como muchos países de la región, Perú tiene una tradición de participación del Estado en la economía. A partir de 1963 el país se centró en concreto en un modelo de desarrollo económico basado en la “sustitución de importaciones”, que incluía intervenciones en el comercio y los tipos de cambio, precios regulados y controles de entrada al mercado. En la década de 1970, su gobierno militar estrechó lazos con el mundo comunista (OECD, 2004, p. 11[1]).

En 1979 se dotó de una nueva Constitución y, al año siguiente, el nuevo gobierno democrático empezó a entablar mejores relaciones con sus vecinos y otros países occidentales. En 1985, con la elección de Alan García como presidente, Perú retornó al grupo de países no-alineados, al populismo económico y a políticas “anti-imperialistas”. Estas políticas económicas, unidas a la creciente violencia del Partido Comunista de Perú - Sendero Luminoso, de

orientación maoísta, y a una grave epidemia de cólera, contribuyeron a la virtual desintegración de la economía, del sistema de partidos políticos y del Estado.

Como resultado, a las elecciones presidenciales de 1990 concurren dos candidatos bisoños en política, Alberto Fujimori y el novelista Mario Vargas Llosa, ganándolas el primero. Al no deber nada a ningún partido tradicional, Fujimori pudo gobernar con un enfoque pragmático. Suprimió la mayoría de subvenciones, renegoció el pago de la deuda y logró que el Congreso promulgara una nueva ley de inversión extranjera que eliminó la mayoría de las medidas discriminatorias contra extranjeros. Además, levantó todas las restricciones cuantitativas directas a las importaciones y redujo sustancialmente los aranceles. Estas reformas ocasionaron fuertes alzas de precios y la popularidad de Fujimori se desplomó durante un tiempo, pero a finales de 1991 la inflación anual se había reducido a “solo” un 139% y Perú inició un período de crecimiento económico sostenido.

Pese a haber conseguido que el Congreso aprobase algunas reformas e imponer otras por Decreto Presidencial, Fujimori veía al Congreso como un obstáculo tanto para la reforma económica como para una actuación eficaz contra la intensificación del terrorismo de Sendero Luminoso. Además, consideraba que la Constitución de 1979 contenía disposiciones no democráticas y que promovía una planificación económica permanente y la intervención pública del mercado. En consecuencia, con el respaldo de las Fuerzas Armadas, protagonizó un “autogolpe” el 5 de abril de 1992, suspendiendo la Constitución de 1979 y disolviendo el Congreso. La Constitución modificada, que se aprobó en diciembre de 1993, contiene diversas reformas democráticas e introduce una disposición sobre la política en materia de competencia. El Artículo 61 establece lo siguiente:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

La Constitución también establece que el Estado tan solo podrá asumir una actividad económica si (a) ha sido autorizado expresamente por ley, (b) el sector privado no puede satisfacer la demanda, y (c) la actividad sirve al interés público y a la “conveniencia nacional” (este tercer requisito parece significar que el Estado debe concentrarse en funciones esenciales como la seguridad nacional y la administración de justicia). (OECD, 2004, p. 12_[1])

En su Estudio multidimensional del Perú de 2015, la OCDE consideró que:

“Desde el inicio del siglo XXI el Perú ha vivido un periodo de extraordinario progreso socioeconómico. Entre el año 2000 y el 2014 el crecimiento económico alcanzó una tasa media anual del 5,3%. Durante este período, el crecimiento del PBI del Perú fue el segundo mayor de América Latina y el Caribe, solo detrás de Panamá, y muy por encima de la media regional del 3,1%. Uno de los principales motores de dicha expansión ha sido un marco macroeconómico sólido y estable, unido a un período de relativa estabilidad política. Asimismo, las condiciones externas favorables también han resultado clave para dicha expansión, gracias a los altos precios internacionales de las materias primas y al relativo elevado acceso a la financiación internacional. En el plano social, la combinación de un alto crecimiento económico con un mayor énfasis en las políticas sociales y los programas de redistribución de la riqueza han sido decisivos para la reducción de las tasas de pobreza y la desigualdad, así como para el aumento del bienestar general de los peruanos”. (OECD, 2015, pp. 27-28^[2])”.

1.1.2. Antecedentes históricos de la legislación de competencia

En este contexto, Perú introdujo la política de competencia a principios de la década de 1990 —en el marco de un programa general de liberalización económica instaurado a raíz de la elección del Presidente Fujimori—. El objetivo de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados en aras del bienestar de los consumidores.¹ Este objetivo está relacionado con el mandato y las facultades de la autoridad de competencia, que la habilitan para establecer la existencia de conductas anticompetitivas e imponer las sanciones que correspondan.

Las disposiciones legales en materia de competencia y otros aspectos de este programa de liberalización económica se adoptaron mediante Decretos Presidenciales que Fujimori promulgó en 1991 y 1992, en el marco de su impulso inicial por sentar las bases de una economía de mercado.² Uno de esos

¹ Véase el artículo 1 del Decreto Legislativo n° 1034, disponible en el enlace: www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583

² Muchos de ellos fueron promulgados durante un período en que el Congreso se encontraba disuelto.

decretos creó un nuevo organismo, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), para que ejerciera de árbitro y como promotor de la actividad del mercado. Al Indecopi le fue conferido un mandato amplio, que incluía la resolución de conflictos y tutelar la aplicación de la ley en los siguientes ámbitos: a) la ley de libre competencia; b) una “ley de acceso al mercado” contraria a normativas estatales que impongan barreras injustificadas y no autorizadas de acceso al mercado; c) la ley de represión de la competencia desleal, aplicable también a los actos realizados a través de la publicidad, cuyo objetivo es proteger a las empresas contra determinadas prácticas “deshonestas”; d) una ley de protección del consumidor que regula no solo las prácticas desleales o engañosas, sino casi todos los aspectos relacionados con la actividad del consumidor; e) procedimientos *antidumping* y de salvaguardia; f) leyes de protección de los derechos de autor, marcas y patentes; g) el establecimiento de estándares voluntarios y obligatorios para productos y de entidades de homologación, y h) una “ley de salida del mercado” que establece un procedimiento cuasi-judicial para gestionar las insolvencias.

Aunque con respecto a determinados asuntos está subordinado al Ministerio de Industria, el Indecopi fue creado como un organismo autónomo. Por otra parte, debido a que el Gobierno quería proporcionar una alternativa al poder judicial peruano, el cual era considerado lento, impredecible y corrupto, el Indecopi se creó no solo para hacer cumplir la ley, sino también para resolver conflictos entre privados (OECD, 2004, p. 13_[1]).

En 2004, la OCDE elaboró un examen inter-pares del Derecho y política de la competencia en Perú. Ese examen inter-pares constituyó una valiosa herramienta para fomentar reformas destinadas a reforzar el Indecopi. En el documento de seguimiento a los nueve exámenes inter-pares del Derecho y política de competencia de países de América Latina, preparado por la OCDE en 2012, se señala que: “*los entrevistados afirmaron que la recomendación relativa a proteger la autonomía, credibilidad y capacidad técnica de las diversas áreas del Indecopi ha hecho posible promover cambios legislativos con el fin de aumentar la transparencia y la objetividad de los procesos de selección y remoción de los cargos ejecutivos de primer y segundo nivel, estableciendo requisitos de excelencia profesional para poder ser elegidos*” (OECD, 2012, p. 30_[3]).

En 2008, Perú promulgó el Decreto Legislativo n° 1033/2008 y el Decreto Legislativo n° 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas). En su virtud, el Indecopi es en la actualidad un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personalidad jurídica de

Derecho público interno. Con arreglo al Decreto Legislativo n° 1033/2008, el Indecopi goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestaria y administrativa, y tiene atribuidas las funciones de promover el desarrollo libre y eficiente del mercado y de proteger los derechos de los consumidores. Además, el Indecopi tiene el deber de inculcar en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia y proteger los derechos de propiedad intelectual. El Indecopi cuenta con una serie de órganos funcionales que se ocupan, en particular, de tutelar la competencia, proteger a los consumidores y fiscalizar el cumplimiento de las leyes de propiedad intelectual. Incardinada en el Indecopi, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano encargado de velar por la observancia del Decreto Legislativo n° 1034 y la Ley n° 26876 (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico).³

Las modificaciones de 2015 a la Ley peruana de Competencia han permitido a la Comisión mejorar su desempeño a la hora de realizar visitas de inspección e imponer sanciones más eficaces. Esta reforma introdujo:

- **Facultad de sancionar a los “facilitadores”:** La redacción original de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas autoriza al Indecopi a iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra las empresas adscritas a cárteles. Tras la reforma, el Indecopi puede también iniciar un procedimiento sancionador contra empresas cuya participación en la planificación o en la ejecución de un cártel sea decisiva para su materialización y puesta en práctica, aun cuando no participen en la estructura colusoria. Por ejemplo, el Indecopi puede sancionar a las empresas que faciliten el intercambio de información entre miembros del cártel, que vigilen el cumplimiento del acuerdo de cártel y que, llegado el caso, ayuden a castigar a quienes lo abandonen. Esta disposición se aplica también a los funcionarios públicos que promuevan o faciliten la creación de cárteles.
- **Programa de clemencia:** La reforma define claramente las principales características del programa de clemencia de Perú

³ Información extraída del informe que Perú presentó en 2016 a la OCDE, intitulado “*Independence of Competition Authorities – From Design to Practice*”, disponible en el enlace [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)64/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)64/en/pdf) y del sitio web oficial del Indecopi disponible en la dirección www.indecopi.gob.pe/web/indecopi_ingles/comisiones)

—que ya estaba vigente antes de 2015—, tales como el ámbito de aplicación del programa, sus requisitos, etapas, plazos y las facultades atribuidas al Indecopi para administrarlo.

- Multas por obstrucción: La reforma aprobó un incremento sustancial (hasta 1.166.666 USD aproximadamente) del monto máximo de las multas imponibles con motivo de un incumplimiento injustificado de los requerimientos de información o el entorpecimiento del ejercicio de las funciones de la Secretaría Técnica o de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.
- Medidas correctivas: La reforma legal faculta al Indecopi para dictar medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora.
- Demandas colectivas: La reforma también faculta al Indecopi para interponer demandas en nombre de los consumidores a fin de obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por los cárteles.
- Promoción de la competencia: El Indecopi podrá formular recomendaciones a las entidades de la Administración Pública sobre medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada o la aplicación de regulación económica que fomente la eficiencia económica. En virtud de esta reforma, las entidades destinatarias de esas recomendaciones deberán responder al Indecopi en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles desde su notificación.
- Transparencia: Habida cuenta de la importancia que revisten la transparencia y el acceso público a las resoluciones finales que se emiten en los procedimientos de competencia, la reforma introdujo una disposición que permite hacer públicos los informes técnicos de la Secretaría Técnica y las resoluciones finales de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia una vez que se han notificado a las partes interesadas.

En la actualidad, están tramitándose varios proyectos de ley en el Congreso peruano para introducir un sistema de control de concentraciones en el país, que permita llevar a cabo una evaluación, desde el punto de vista de la competencia, de las concentraciones entre agentes económicos. Perú carece

actualmente de un régimen de control de las concentraciones, salvo respecto de algunas operaciones en el sector eléctrico.

La promulgación de los Decretos Presidenciales iniciales respondió a un compromiso claro con la eficiencia económica, y durante toda la década de los noventa, los funcionarios peruanos competentes en la materia recibieron el decidido apoyo del Presidente. Ahora bien, según se señala en el examen inter-pares de la OCDE de 2004: *“aunque las reformas tuvieron éxito y contaron por momentos con apoyo popular, no fueron el fruto de un consenso amplio entre el público, ni siquiera entre los funcionarios de la Administración. En los últimos años, una evidente caída del apoyo al Presidente y diversos otros acontecimientos han menoscabado la política en materia de competencia y otros aspectos de la reforma económica”* (OECD, 2004, p. 10_[1]).

Los observadores han apuntado avances significativos en la aplicación de la ley de libre competencia por parte del Indecopi en los últimos años, sobre todo gracias a la dedicación y al firme liderazgo desplegados por los funcionarios del organismo, quienes, sin perjuicio alguno de su autonomía, han sido capaces de atraerse el apoyo de la Administración y los legisladores peruanos e imprimir así impulso a las reformas. En los últimos años, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia ha dedicado fundamentalmente sus esfuerzos a investigar las infracciones a la ley de libre competencia, persiguiendo especialmente los cárteles (aun cuando la Ley también permite actuar contra los abusos de posición de dominio), fortalecer el programa de clemencia, brindar asesoramiento en materia de competencia y emitir informes y lineamientos que la promuevan, y apoyar la realización de estudios económicos.

2. Contenido y ámbito de aplicación de la ley de libre competencia

2.1. Ámbito de aplicación subjetivo de la ley de libre competencia

Con arreglo a su artículo 2, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de Derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes

mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

Ningún sector económico queda exento o excluido del alcance de la legislación de competencia. Sus disposiciones se aplican a todos los agentes económicos con independencia del sector. No obstante, debe tenerse presente que las regulaciones sectoriales prevalecen sobre la ley peruana de libre competencia, lo que significa que las conductas que son consecuencia de una regulación legal no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esa ley. En particular, esto supone que, en los sectores de infraestructuras públicas —por ejemplo, telecomunicaciones, transporte público, energía, y agua y saneamiento—, prevalece la normativa que regula el acceso a la prestación de servicios en esos sectores.

El Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) comparte con el Indecopi el papel de autoridad nacional de competencia, si bien sus atribuciones se circunscriben al sector de las telecomunicaciones. El Osiptel está facultado para investigar, perseguir y resolver los casos de competencia en el sector de las telecomunicaciones. Por tanto, el Indecopi es la única autoridad facultada para promover y hacer cumplir la Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas en todos los sectores económicos del país, incluidos los sectores regulados distintos del de telecomunicaciones.

Las empresas de titularidad pública también están sujetas a la legislación de competencia, siendo así que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia ha aplicado en varias ocasiones ya la Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas a empresas estatales. Por ejemplo, en 2006, la Comisión impuso una sanción de 164.629 USD a “Petróleos del Perú – PETROPERÚ” por abuso de posición de dominio en el mercado de almacenamiento de gas licuado de petróleo (GLP).

La Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas aborda la defensa de la competencia ante las siguientes conductas:⁴

⁴ La versión en español de esta Ley está disponible en el enlace: www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583. En el enlace www.apeccp.org.tw/htdocs/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034.pdf puede consultarse una traducción no oficial al inglés del mismo texto normativo.

Artículo 10: El abuso de posición de dominio

Este artículo prohíbe el abuso de posición de dominio. Considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. En sus numerales siguientes, se presenta una lista de ejemplos de conductas de efecto exclusorio. Tipifica que el abuso, en general, puede traer causa de conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. Estipula asimismo que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

Para poder establecer la existencia de abuso, el Indecopi debe probar que la conducta de que se trate tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Artículo 11: Prácticas colusorias horizontales

Este artículo establece que los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia son ilegales. Al igual que el artículo 10, incluye una lista de ejemplos de conductas y prácticas que pueden considerarse colusorias, tales como la fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

Algunas de esas prácticas —la fijación de precios, el reparto del mercado, la limitación de la producción y la concertación de ofertas en licitaciones públicas— constituyen prohibiciones absolutas, siempre que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos. El carácter complementario o accesorio de una restricción tendrá que probarse mediante referencia a los efectos del acuerdo.

Artículo 12: Prácticas colusorias verticales

Con arreglo al artículo 12, las prácticas colusorias verticales estarán prohibidas cuando los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Para que una práctica

colusoria vertical esté prohibida se requiere que: i) al menos una de las partes tenga posición de dominio en el mercado relevante en el que opera, y ii) quede probado que la conducta de que se trate tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Artículos 43 y 44: Multas

Los artículos 43 y 44 regulan el monto de las multas con las que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia puede sancionar las conductas anticompetitivas. Esos montos se calculan utilizando la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente en Perú a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

El artículo 43 prevé una escala de sanciones en función de la gravedad de la conducta, cuyo monto aumenta progresivamente con la lesividad de la infracción a la competencia cometida. El artículo 44 estipula los criterios para determinar la gravedad de la infracción. Las infracciones calificadas como leves están sujetas a una multa de hasta 500 UIT o de hasta el 8% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio inmediatamente anterior. Las infracciones calificadas como graves están sujetas a una multa de hasta 1.000 UIT o de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos del infractor en el ejercicio inmediatamente precedente. Las infracciones calificadas como muy graves están sujetas a una multa de hasta 1.000 UIT o de hasta el 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio inmediato anterior.

Además, el artículo 43 limita las multas susceptibles de imponerse a según qué tipo de entidad sancionada. Así, en caso de tratarse de colegios profesionales o gremios de empresas, o agentes económicos que hubieran iniciado sus actividades después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1.000) UIT. Además, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran sus órganos de dirección o administración —esta sanción se aplicará además y sin perjuicio de la multa que, a criterio de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, corresponda imponer a la sociedad infractora—.

El último apartado del artículo 43 estipula que la multa aplicable podrá rebajarse en un 25% cuando el infractor cancele su monto con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución de la Comisión que puso fin a la instancia.

2.2. Ámbito de aplicación territorial de la ley de libre competencia

El artículo 4 de la Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas regula su ámbito de aplicación territorial. Estipula que la ley de libre competencia es de aplicación a “las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero”. El artículo 9 de la Ley 26876 —Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico— establece de manera similar que aquellos actos de concentración que, no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional de Perú, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de esa ley.

En resumen, el Indecopi podrá interponer acciones legales ante cualquier conducta que produzca efectos en el territorio peruano, aunque dicha conducta tenga lugar en el extranjero. Sin embargo, el Indecopi no podrá incoar acciones legales ante conductas que produzcan efectos en el extranjero, aun cuando tengan lugar en el territorio nacional.

3. Marco institucional

Dos son las entidades encargadas de tutelar la competencia en Perú: el Indecopi y el Osiptel. La presente sección se centrará en el Indecopi, que tiene atribuida la facultad general de hacer observar la libre competencia.

El Osiptel se responsabiliza única y exclusivamente de fiscalizar la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones. En el apartado 7.2 de este informe se analiza exhaustivamente el papel de este último organismo.

3.1. Descripción del sistema general

El Indecopi tiene conferido un amplio mandato que incluye la resolución de conflictos y tutelar la aplicación de la ley en los siguientes ámbitos: la ley de libre competencia; la ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas; la ley de represión de la competencia desleal, aplicable también a los actos realizados a través de la publicidad; la ley de protección del consumidor; los procedimientos *antidumping* y de salvaguardia; las leyes de protección de los derechos de autor, marcas y patentes, y la ley general del sistema concursal.

Este mandato tan amplio faculta al Indecopi para regular las actividades económicas en toda la economía peruana, si bien, al mismo tiempo, complica su estructura institucional, exige un alto nivel de coordinación y obliga a destinar cantidades considerables de recursos a las operaciones del Indecopi.

Cabe afirmar que la estructura institucional del Indecopi presenta una dimensión externa y otra interna. La dimensión externa alude al modo en que el Indecopi se relaciona con otras instituciones, mientras que la dimensión interna atañe a la manera en que los diferentes departamentos del instituto se ordenan internamente.

La dimensión interna del organismo se expone de forma detallada en el apartado 3.1.1 de este informe. En pocas palabras, se establece una distinción entre:

- una rama administrativa, que vela por el correcto funcionamiento de los distintos departamentos del Indecopi, e incluye al Consejo Directivo del organismo; y
- una rama funcional dedicada al ejercicio de las competencias del Indecopi referidas a las distintas esferas de su mandato y que hace suya la tutela del cumplimiento de las normas de defensa de la libre competencia. La rama funcional comprende nueve órganos cuasi-judiciales en primera instancia, así como un Tribunal constituido por cinco Salas de apelación.

El Decreto Legislativo n° 1033/2008 establece que cada órgano cuasi-judicial y el Tribunal del Indecopi gozan de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera. En otras palabras, todos estos órganos poseen autonomía a la hora de tramitar los casos, efectuar investigaciones y acometer iniciativas de promoción de la competencia. Conviene recordar que un Decreto Legislativo solo puede modificarse o revocarse mediante una Ley *ad-hoc* aprobada por el Congreso, lo que apareja un proceso legislativo. Y puesto que ese proceso requiere tiempo, un consenso entre los distintos partidos políticos y abrir un debate público, puede afirmarse que el Decreto Legislativo n° 1033/2008 es, en ese sentido, relativamente estable.⁵

⁵ Con carácter excepcional, un Decreto Legislativo puede ser modificado por otro Decreto Legislativo. Se trata de una excepción, por cuanto el Poder Ejecutivo precisará en este caso de la aprobación del Congreso para legislar en la materia objeto del instrumento. Ello exigirá someterlo a votación en el Pleno y lograr en ella una mayoría

En cuanto a su dimensión externa, el Indecopi es un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros con personalidad jurídica de Derecho público interno. Con arreglo al Decreto Legislativo n° 1033/2008, el Indecopi goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestaria y administrativa. Este diseño institucional sirve de salvaguardia para que el organismo no tenga que plegarse a las presiones políticas y públicas de los Ministerios del sector al que pertenezca la actividad económica regulada.

Al mismo tiempo, el Indecopi interactúa de forma constante con otras entidades, como el Congreso peruano. Por ejemplo, el Indecopi atiende consultas sobre sus actividades en los mercados relevantes, emite dictámenes sobre proyectos de ley relacionados con reformas de las políticas de competencia (clemencia, sanciones penales, etc.) o formula propuestas (p. ej., de regulación del precio de los medicamentos) susceptibles de afectar a la competencia en los mercados. No hay pruebas de que esta interacción haya comprometido la autonomía o la independencia del Indecopi.

El diseño institucional interno del Indecopi cuida de preservar la autonomía de los órganos funcionales respecto de la Administración, reforzando el carácter técnico y autónomo de las decisiones que adoptan esos órganos. A ese diseño institucional se suman salvaguardias contra las injerencias de otros órganos públicos, a fin de crear una protección en distintos niveles contra cualquier intromisión en las resoluciones de la rama funcional del Indecopi o su politización. En la práctica, la influencia del Poder Ejecutivo o del Congreso en la definición de la agenda de trabajo del Indecopi ha sido mínima. Todos los observadores reconocen ampliamente la autonomía de la Comisión a la hora de decidir qué investigar y de qué forma administrar los procedimientos. En efecto, en los últimos años, el Poder Ejecutivo ha secundado los esfuerzos del Indecopi por tutelar la libre competencia y eliminar barreras burocráticas.

Si bien puede decirse que el sistema ha funcionado de manera óptima hasta la fecha, en el presente informe se expone una serie de riesgos para la autonomía y la independencia de los órganos decisorios del Indecopi. La evaluación de la OCDE pone de relieve el riesgo de que se produzcan injerencias externas con motivo de la designación de los miembros del Indecopi y, de una manera menos directa, en razón de sus limitaciones presupuestarias. La normativa reguladora de la designación y remoción de los miembros del

de consenso. Por tanto, ese Decreto Legislativo estará sometido al control del Congreso y podría además ser revocado antes de que entre en vigor.

Indecopi se estudia en el apartado 3.1.1 de este informe. Las limitaciones presupuestarias —en particular, la circunstancia de que el Indecopi cuente con sus propios recursos pero requiera la aprobación del Poder Ejecutivo para disponer de ellos— se abordan en su apartado 3.2.4; con todo, es probable que, a fin de cuentas, los riesgos actuales relacionados con esas limitaciones presupuestarias sean limitados, dado que, en este momento, el Indecopi se autofinancia plenamente. La mayoría de las partes interesadas entrevistadas en Perú convinieron también en que todavía habría algún margen para establecer nuevas garantías que afiancen la autonomía e independencia del instituto.

3.1.1. Estructura interna

Como ya se ha mencionado, el mandato del Indecopi abarca una amplia gama de ámbitos: la ley de libre competencia; la ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas; la ley de represión de la competencia desleal, aplicable también a los actos realizados a través de la publicidad; la ley de protección del consumidor; los procedimientos *antidumping* y de salvaguardia; las leyes de protección de los derechos de autor, marcas y patentes, y la ley general del sistema concursal.

La sede central del Indecopi, en la que se emplazan todas sus Comisiones, se encuentra en Lima Metropolitana. En cuanto a sus funciones de protección del consumidor, eliminación de barreras burocráticas, represión de la competencia desleal y protección de la propiedad intelectual, el Indecopi cuenta además con sedes desconcentradas en otras partes de Lima Metropolitana y Perú.

La estructura interna del Indecopi se desdobra en dos ramas —una rama funcional y otra administrativa—. La rama funcional comprende nueve órganos cuasi-judiciales en primera instancia, así como un Tribunal con cinco Salas, que actúa como órgano de apelación. La rama administrativa del Indecopi está constituida por diez gerencias.

(i) Rama funcional

La rama funcional se ocupa de hacer cumplir la ley a través de los órganos administrativos del Indecopi. En primera instancia conforman esa rama nueve órganos administrativos, que reciben, individualmente, el nombre de “Comisión”. La labor de cada una de estas Comisiones guarda relación con cada una de las esferas del mandato del Indecopi y todas ellas cuentan con su propio personal, dirigido por una persona designada Secretario Técnico. Son atribuciones de las Comisiones la instrucción del procedimiento administrativo

sancionador y su resolución en primera instancia, con la imposición, en su caso, de la sanción correspondiente.

En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Lo integran cinco Salas, que se ocupan de examinar las apelaciones interpuestas contra resoluciones en materia de defensa de la competencia, protección del consumidor, eliminación de barreras burocráticas, propiedad intelectual y procedimientos concursales, respectivamente. La Sala Especializada en Defensa de la Competencia se pronuncia en apelación sobre los procesos seguidos en las Comisiones de Defensa de la Libre Competencia, Fiscalización de la Competencia Desleal, y Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias. La Sala Especializada en Protección al Consumidor conoce de las apelaciones que se interponen contra las resoluciones de la Comisión de Protección al Consumidor. La Sala Especializada en Propiedad Intelectual resuelve en apelación los procesos seguidos ante las Direcciones de Signos Distintivos, Derecho de Autor e Invenciones y Nuevas Tecnologías. La Sala Especializada en Procedimientos Concursales examina las apelaciones de la Comisión de Procedimientos Concursales; y la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, creada recientemente, dirime las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.

Los órganos del Indecopi responsables de la competencia son la Secretaría Técnica, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (la “Comisión”) y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal.

1. La *Secretaría Técnica* es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas. También es atribución de la Secretaría Técnica la realización de estudios de mercado. La Secretaría Técnica evalúa, investiga y prepara propuestas de resolución mediante las que se resuelven las denuncias de parte o los procedimientos iniciados de oficio. La Secretaría posee plena autonomía a la hora de adoptar sus decisiones y de decidir la forma en que prioriza sus procedimientos de investigación y administrativos.

El personal de la Secretaría Técnica lo integran veintiséis profesionales entre abogados y economistas⁶, y está dirigido por un Secretario Técnico. Dicho personal se organiza en equipos, de los cuales tres se encargan del examen de los asuntos de sectores económicos concretos⁷, y uno de ellos de realizar estudios sobre promoción de la competencia y vigilancia del mercado.

2. La *Comisión de Defensa de la Libre Competencia* es un órgano con autonomía técnica y funcional cuyo cometido es declarar la existencia de conductas anticompetitivas e imponer la sanción correspondiente. Goza de autonomía para pronunciarse sobre los asuntos que instruye la Secretaría Técnica y para imponer sanciones administrativas (multas), así como para decidir el número y el tema de los estudios de promoción de la competencia que elaborará la Secretaría Técnica.

La Comisión es un órgano colegiado integrado por cuatro miembros, que desempeñan su función a tiempo parcial. Son designados por un período de cinco años, renovable por un período adicional. Los comisionados pueden solicitar asistencia a la Secretaría Técnica, pero no disponen de asistentes asignados.

3. En segunda instancia, la *Sala Especializada en Defensa de la Competencia* se pronuncia sobre las apelaciones que se presentan contra las resoluciones de la Comisión, así como respecto de cualesquiera solicitudes de aclaración, ampliación o enmienda de dichas resoluciones. La Sala Especializada en Defensa de la Competencia resuelve las apelaciones de las que son objeto las resoluciones emitidas por tres Comisiones —Comisión de Defensa de la Libre Competencia, Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias—.

⁶ En una proporción aproximada de 50/50.

⁷ La Comisión tiene identificadas tres áreas de trabajo: energía, transporte marítimo y terrestre, y producción y servicios. El equipo especializado en energía se encarga también de examinar los casos de concentraciones que se someten a la Comisión.

Se trata de un órgano funcional que conoce, en segunda y última instancia administrativa, de las apelaciones que las partes interponen contra las decisiones y resoluciones de la Comisión. Todas estas resoluciones pueden ser recurridas posteriormente ante el Poder Judicial. Los vocales del Tribunal desempeñan también su función a tiempo parcial.

La Comisión, y más concretamente su Secretaría Técnica, posee autonomía para decidir la prioridad que se concederá a los asuntos que conoce de oficio y a las actividades de vigilancia que considere necesarias con miras a afianzar su papel como autoridad nacional de competencia. La rama administrativa del Indecopi no ha intervenido en las decisiones adoptadas por la Comisión ni por ningún otro órgano de la rama funcional. Bien al contrario, la rama administrativa parece haberse limitado a promocionar y difundir los resultados de las investigaciones y estudios llevados a cabo por la Secretaría Técnica y la Comisión.

Cabe señalar que, de acuerdo con fuentes internas del Indecopi, entre 2015 y 2018 se recurrieron ante el Tribunal sesenta y cinco casos. De estos sesenta y cinco casos, cincuenta y siete fueron confirmados (87,7%), dos fueron parcialmente confirmados (3,1%), en dos de ellos el procedimiento fue sobreesido por pérdida sobrevenida de su objeto (3,1%),⁸ en uno de ellos la parte apelante desistió (1,65%) y solo tres de las resoluciones emitidas por la Comisión fueron revocadas y/o anuladas (4,75%).

(ii) Rama administrativa

La segunda rama del Indecopi es su rama administrativa. El objetivo de la rama administrativa es asistir a la rama funcional en el desempeño de su labor.⁹ Sus cometidos son de índole fundamentalmente administrativa —como la coordinación de las actividades internacionales del Indecopi y el desarrollo de programas públicos de educación, sin tomar directamente parte en las funciones resolutorias de los órganos de la rama funcional—. Por ejemplo, la rama

⁸ El sobreesimiento del procedimiento por pérdida sobrevenida de su objeto tiene lugar cuando concurre un acontecimiento externo que impide su sustanciación (p. ej., el apelante fallece durante el procedimiento en segunda instancia o el examen de una solicitud de confidencialidad deja de ser pertinente por causa del archivo del procedimiento subyacente).

⁹ La rama administrativa la integran diez gerencias y sus subgerencias.

administrativa se ocupa del suministro de equipos (Gerencia de Administración y Finanzas), del personal (Gerencia de Recursos Humanos), de la consultoría técnica (Gerencia de Estudios Económicos) y de los servicios de comunicación (Gerencia de Promoción y Difusión) necesarios para el correcto desempeño de la rama funcional.

En la cúspide de la rama administrativa se sitúa su Consejo Directivo, que integran cinco miembros. El Consejo Directivo es un órgano administrativo que se ocupa exclusivamente de supervisar la labor de la rama administrativa. Tiene facultades decisorias en relación con el funcionamiento administrativo del Indecopi, si bien no puede participar ni interferir en las actividades de vigilancia ni en las iniciativas de promoción de la competencia de la rama funcional, ya sean tales actuaciones o iniciativas acometidas por la Secretaría Técnica, las Comisiones o el Tribunal. Por otro lado, el Consejo Directivo interviene también en la designación de los comisionados y de los miembros de la Secretaría Técnica, tal como se expone más adelante. Así con todo, la Secretaría Técnica, los comisionados y el Tribunal son autónomos e independientes de las distintas gerencias que conforman la rama administrativa, incluido el Consejo Directivo.

Además, el Indecopi cuenta con un Órgano Consultivo integrado por cinco miembros, que tiene por finalidad asesorar al Consejo Directivo. Con arreglo al Decreto Legislativo n° 1033, una de las funciones del Consejo Directivo es planificar y aprobar las políticas institucionales del Indecopi en asuntos de administración, finanzas, imagen, comunicaciones, relaciones internacionales, planeamiento y presupuesto.

Por debajo del Consejo Directivo, la rama administrativa del Indecopi incluye diez gerencias presididas por una Gerencia General. La actividad principal de estas gerencias consiste en brindar un apoyo adecuado a los órganos que conforman la rama funcional. Probablemente las gerencias más importantes de las que componen la rama administrativa sean la Gerencia de Estudios Económicos —que brinda asesoramiento económico sobre cuestiones económicas complejas— y la Gerencia Legal —que se encarga de los procedimientos judiciales derivados de los recursos de apelación que se interponen contra las resoluciones de la rama funcional—. Entre las funciones del Consejo Directivo se incluyen la designación y remoción de los gerentes de todas las gerencias, así como del Gerente General del Indecopi.

3.1.2. Designaciones y remociones

Como ya se ha mencionado, un Consejo Directivo compuesto por cinco miembros es el órgano máximo de gestión del Indecopi. La designación de sus miembros se efectúa de la siguiente manera: el Presidente de la República designa al Presidente y a un segundo miembro del Consejo Directivo, mientras que el Ministro de Economía y Finanzas, el Ministro de Comercio Exterior y Turismo, y el Ministro de la Producción designan, respectivamente, a los tres miembros restantes. La designación de todos los miembros es por un período de cinco años, pudiendo ser designados por un período adicional.

Este mecanismo de designación persigue garantizar la independencia del Consejo Directivo, así como evitar que las actuaciones de sus miembros respondan a intereses políticos o empresariales. No obstante, la eficacia de este mecanismo suscita dudas. Varios observadores han señalado que, si bien hasta el momento parece no haber pruebas de la existencia de injerencias, en teoría sería fácil que los agentes políticos que designan directamente a los miembros a su criterio eligieran a personas sobre las que pudieran ejercer alguna influencia. En resumen, se considera que el mecanismo de frenos y contrapesos de estas designaciones es poco apropiado y que puede plantear problemas en el futuro. Parece pues necesario instaurar un mayor número de controles formales.

Una de las competencias del Consejo Directivo es proponer a la Presidencia del Consejo de Ministros la designación de los vocales de las Salas del Tribunal del Indecopi. De acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones del instituto, el Consejo Directivo propone a la Presidencia del Consejo de Ministros la designación de los vocales del Tribunal; sin embargo, el Consejo Directivo puede delegar la labor de selección de candidatos en el Gerente General. Esta selección se realiza, en la práctica, tomando en cuenta la opinión del Órgano Consultivo. Además, la designación de los vocales del Tribunal debe estar refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros de Perú. La designación de los vocales es por un período de cinco años, pudiendo ser designados por un período adicional.

El procedimiento de designación tiene lugar de la siguiente manera. El Gerente General, en nombre del Consejo Directivo, recibe en un primer momento las candidaturas y propuestas, y selecciona a los candidatos. A continuación, presenta sus propuestas al Órgano Consultivo, que emite su opinión sobre las designaciones. Con arreglo al Decreto Legislativo n° 1033, el Órgano Consultivo lo componen siete profesionales y especialistas de reconocida capacidad y experiencia (p. ej., abogados, economistas, empresarios,

académicos, etc.) y con un gran conocimiento de las funciones del instituto. El mandato de los miembros del Órgano Consultivo es por tres años. Una vez que el Órgano Consultivo emite su opinión, la propuesta se envía al Consejo Directivo, que acto seguido decidirá qué candidatos se designan por un período de cinco años y dará traslado de su decisión al Presidente del Consejo de Ministros para su refrendo.

El Consejo Directivo es asimismo competente para designar a los miembros de las Comisiones. Cada comisionado es designado por un período de cinco años, pudiendo serlo por un período adicional. La designación de los Comisionados se atiene al procedimiento previsto *supra* para la designación de los vocales del Tribunal, si bien, en este caso, no se exige el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros. Por lo tanto, el Consejo Directivo está discrecionalmente facultado para designar a los comisionados, sin necesidad de contar para ello con el refrendo de órgano externo alguno.

Las designaciones de los comisionados y de los vocales del Tribunal han de cumplir una serie de requisitos objetivos, tales como contar con i) un mínimo de cinco años de experiencia; ii) reconocida solvencia e idoneidad profesional, y iii) no estar incurso en conflictos de intereses. La selección de los miembros del Consejo Directivo, del Tribunal y de la Comisión no requiere convocar un procedimiento público previo de selección de candidatos.

Las normas aplicables a la remoción del cargo de comisionado o vocal del Tribunal son similares a las que regulan la remoción de los miembros del Consejo Directivo. En consecuencia, las siguientes circunstancias motivarán la remoción de cualquier miembro del Consejo Directivo: i) aceptación de renuncia; ii) impedimento legal sobreviniente a la designación; iii) impedimento temporal; iv) inasistencia injustificada a tres sesiones consecutivas o a cinco en el período de un año; v) fallecimiento, o vi) incapacidad permanente. El Presidente del Consejo Directivo solo podrá ser removido en caso de cometer falta grave, como un desempeño negligente de sus funciones.

El Consejo Directivo está asimismo facultado para designar a los miembros de la Secretaría Técnica, órgano que presta asistencia a las Comisiones y las Salas del Tribunal que conforman la rama funcional, así como para designar a los Directores de la Propiedad Intelectual. Tanto los Secretarios Técnicos como los Directores ejercen sus cargos por tiempo indefinido.

Además, la responsabilidad última de las designaciones del personal adscrito a la rama administrativa recae en el Consejo Directivo. En particular, el Consejo Directivo designa al Gerente General —responsable de la Gerencia General—. El Gerente General propone a los Gerentes de todas las Gerencias

administrativas, pero su designación compete en última instancia al Consejo Directivo. Los Gerentes ejercen sus cargos por tiempo indefinido y pueden ser removidos a criterio del Consejo Directivo.

Según algunos observadores, este sistema parece estar funcionando adecuadamente en la práctica, si bien presenta deficiencias en cuanto a su control formal. Entre los riesgos que se han identificado, pero no materializado hasta la fecha, está la politización del Consejo Directivo y de los órganos decisorios. En ese sentido, una de las preocupaciones manifestadas es la que respecta a las funciones escasamente retribuidas que los comisionados y los vocales del Tribunal desempeñan, además, a tiempo parcial. Esta situación puede colocar en una situación excesivamente ventajosa a la Secretaría Técnica (cuyos miembros se desempeñan a tiempo completo), y podría dar también lugar a conflictos de intereses y a que se atraigan candidatos menos cualificados de lo que sería deseable.

3.2. Prioridades, programas y recursos del Indecopi

3.2.1. Plan estratégico

En 2017, Perú adoptó la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor. A fin de dotar a su labor de previsibilidad y transparencia, el Consejo Directivo propuso que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y las Direcciones de Propiedad Intelectual trabajaran asimismo en la formulación de políticas y estrategias que aplicar en los próximos años. Actualmente se encuentran trabajando en este proyecto de política nacional de competencia equipos multidisciplinares integrados por miembros de las diferentes Comisiones y Direcciones. Está previsto que los documentos sean revisados por terceros independientes y publicados el próximo año. La labor en curso referida a la elaboración de esta política nacional de competencia solicitada por el Consejo Directivo ya ha sido tomada en consideración a la hora de priorizar los trabajos de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Ello se ha hecho así a fin de que la labor de la Comisión esté en consonancia con las iniciativas ya programadas y para reforzar las facultades y el mandato de la Comisión.

Si bien no se trata de un requisito formal, el Indecopi ha decidido que, en el marco de su elaboración, la propuesta final de la Política Nacional de Competencia sea revisada por un tercero independiente, por ejemplo, una organización internacional técnica experta en la materia y con conocimientos de la economía peruana, como el Banco Mundial, la UNCTAD u otra institución internacional. Se espera que esta revisión de la Política Nacional de

Competencia por un tercero mejore la política de competencia peruana y la adecúe a los estándares internacionales. Asimismo, es probable que el hecho de que un organismo de reconocido prestigio y fiable emita una opinión positiva contribuya a concienciar a las partes interesadas sobre la necesidad de contar con una Política Nacional de Competencia. Es importante señalar que la opinión que emita ese tercero no será vinculante ni para el Consejo Directivo ni para la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del instituto.

En el actual marco de la política de competencia peruana se ha observado una cierta falta de planificación estratégica y priorización sólidas. La elaboración de la Política Nacional de Competencia supone un avance importante en ese sentido.

3.2.2. Priorización

Cada una de las comisiones y direcciones que conforman la rama funcional del Indecopi gozan de autonomía para decidir qué asuntos investigar y qué tareas acometer. La Comisión de Defensa de la Libre Competencia y su Secretaría Técnica establecen su propio plan anual de actividades independientemente de la rama administrativa a cuyo frente se sitúa el Consejo Directivo.

Por lo que respecta a la competencia, la Comisión y su Sala respectiva priorizan las tareas y el alcance de sus actividades en función de los asuntos dirimidos el año anterior. Por lo general, la labor de priorizar casos y actividades de vigilancia de la Comisión corresponde tanto a la Secretaría Técnica como a los comisionados quienes, una vez más, toman sus decisiones de manera autónoma e independiente respecto del Consejo Directivo. Según el Indecopi, este proceso de priorización se lleva a cabo teniendo en cuenta, al menos parcialmente, la disponibilidad de recursos (tanto de personal como presupuestarios), la carga de trabajo, los procedimientos abiertos, las inspecciones programadas y otras variables.

En lo que atañe al Tribunal, su labor principal consiste en examinar las apelaciones y peticiones que se le someten a propósito de un gran número de cuestiones. Por tanto, a diferencia de la Comisión, el Tribunal no puede seleccionar ni programar su carga de trabajo.

En cuanto a las funciones de investigación de la Comisión, es la Secretaría Técnica quien se ocupa de establecer las prioridades identificando aquellos productos o sectores sensibles que, debido a su importancia, pueden afectar a un número elevado de consumidores a escala nacional o regional (p. ej., transporte público, estaciones de servicio, servicios de salud y farmacias).

En lo referente a la promoción de la competencia, es la Comisión la que establece las prioridades a la luz de las denuncias recibidas de empresas, consumidores, asociaciones profesionales y otras entidades públicas.

La Comisión prioriza sus actividades de vigilancia y selecciona sus casos atendiendo a criterios tales como: a) la naturaleza del bien o servicio y su importancia para los consumidores y b) los efectos negativos de la práctica en el mercado. Para abrir un expediente, la Comisión puede también considerar si el caso es susceptible de afectar al gran consumo (OECD, 2012, p. 29^[3]). Estos criterios no se han publicado.

En cuanto a la selección y priorización de los estudios de mercado, la Comisión lleva a cabo su elección basándose en investigaciones de su iniciativa; en información recopilada en el marco de su labor de defensa y promoción de la competencia; y en las denuncias recibidas de empresas, consumidores o asociaciones profesionales. Otros factores que pueden dar lugar a la elaboración de estudios de mercado son la existencia de precios que se consideren elevados en comparación con los vigentes en otros mercados geográficos, escaseces de suministro, una insuficiente capacidad de entrada, la mala calidad percibida de determinados bienes o servicios, o un alto nivel de insatisfacción de los consumidores.

Mientras que los criterios de priorización de los estudios de mercado y de vigilancia del cumplimiento ponen de relieve el problema, tal como se explica más adelante, de la falta de recursos que acusa la Comisión, la ausencia de orientaciones y documentos sobre esa priorización parece apuntar también a un déficit de reflexión en torno a los objetivos y las prioridades de la Comisión, y al modo en que podría encontrarse encaje con otras actividades y funciones del Indecopi.

Hasta la fecha, la rama administrativa del Indecopi no ha intervenido ni en la priorización ni en la selección de casos que lleva a cabo la Comisión. La independencia y autonomía prácticas de la Comisión y de la Secretaría Técnica en estas cuestiones queda aún más patente por la forma en que ambas han decidido de manera reiterada no inspeccionar determinados sectores tras recibir peticiones en ese sentido de miembros del Congreso, por entender que dichas peticiones no respondían a verdaderos problemas de competencia.

No obstante, varios observadores han señalado que, si así lo decidiera, el Consejo Directivo podría orientar en gran medida las actividades de la Secretaría Técnica y de la Comisión, aun cuando tenga legalmente prohibido interferir en la resolución de casos concretos. Esos mismos observadores han tomado también nota de que el Consejo Directivo no ha ejercido esas facultades

de dirección, lo que parece obedecer a una elección congruente con la necesidad de respetar la autonomía técnica de sus Comisiones y de la Secretaría Técnica.

3.2.3. Evaluación del desempeño

El Indecopi ha elaborado Indicadores Clave de Rendimiento para medir su desempeño anual. Estos indicadores están relacionados, por ejemplo, con el porcentaje de procedimientos concluidos y el número de resoluciones finales emitidas en el plazo legal, así como con el número de iniciativas de promoción de la competencia ejecutadas. Esos indicadores no son públicos, aunque están disponibles previa petición.

Dado que no se cuenta con una estrategia pública o un plan anual que pueda servir de referencia de base, este ejercicio de evaluación del desempeño se limita a una descripción de las actividades y no contempla evaluarlas poniéndolas en relación con objetivos predeterminados. Este aspecto parece abundar en la necesidad ya mencionada que hay de mejorar la planificación y la priorización que lleva a cabo el Indecopi y, más concretamente, las actividades de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

3.2.4. Recursos

(i) Presupuesto

La Gerencia de Administración y Finanzas es el órgano administrativo del Indecopi responsable de formular todos los años el presupuesto del instituto. Una vez formulado, se somete al Consejo Directivo para su examen y aprobación. Como parte del proceso de formulación del presupuesto, los órganos funcionales y las gerencias administrativas deben informar de sus necesidades presupuestarias estimadas para el próximo ejercicio. Corresponde al Consejo Directivo decidir las asignaciones presupuestarias, así como priorizar entre las distintas partidas del presupuesto. Previo acuerdo y aprobación por el Consejo Directivo, el Presidente del Consejo Directivo presenta el presupuesto al Ministro de Economía y Finanzas para su aprobación final.

El presupuesto del Indecopi se ha mantenido relativamente estable a lo largo de los años, con variaciones puntuales. Por ejemplo, los gastos del Indecopi aumentaron en 2014 debido a las inversiones consignadas en activos tales como oficinas regionales, la renovación de computadoras personales o la contratación de 150 empleados para ocuparlos en asuntos relacionados con la protección del consumidor y el registro de solicitudes de marca ante las oficinas regionales. Por otro lado, los gastos se redujeron en 2016 por la transferencia de las funciones de metrología, acreditación y estandarización realizada al Instituto

Nacional de Calidad (INACAL), un organismo de nueva creación. Aunque ese proceso trajo consigo una transferencia de activos y de personal conexo, el número total de empleados del Indecopi se mantuvo prácticamente invariable, ya que algunas de las plazas temporales fueron cubiertas hasta la conclusión de ese ejercicio.

El Indecopi se autofinancia plenamente. Las multas y los derechos *antidumping* suponen, respectivamente, en torno a un 50% y 20% de los ingresos del instituto. El resto de sus recursos presupuestarios proviene principalmente de los pagos de derechos que realizan los usuarios. La última vez que el Tesoro Público realizó una transferencia al Indecopi fue en 2013, año en el que la asignación del Estado supuso el 10,3% del presupuesto total del instituto.

(ii) Personal

En la tabla que figura a continuación se consigna el número de empleados que cada departamento administrativo y funcional del Indecopi tenía al término de 2017.

Tabla 1. Empleados por departamento administrativo y funcional, 2017

	Ámbito	Departamento	Empleados	
Órganos administrativo	Órganos de asesoramiento	Gerencia Legal	24	
		Gerencia de Planeamiento y Gestión Institucional	21	
		Gerencia de Cooperación Técnica y Relaciones Institucionales	9	
	Órganos de control	Órgano de Control Institucional	8	
		Órganos desconcentrados	Indecopi Lima-Norte	33
	Órganos de alta dirección	Oficinas Regionales	323	
		Consejo Directivo	9	
	Órganos de línea	Gerencia General	7	
		Gerencia de Promoción y Difusión	Gerencia de Promoción y Difusión	25
			Gerencia de Oficinas Regionales	63
			Gerencia de Supervisión y Fiscalización	21
		Órganos de apoyo	Gerencia de Administración y Finanzas	4
			Subgerencia de Ejecución Coactiva	63
			Gerencia de Estudios Económicos	14
	Subgerencia de Finanzas y Contabilidad		22	
	Gerencia de Recursos Humanos		35	
	Otros órganos	Gerencia de Tecnologías de la Información	41	
		Subgerencia de Logística y Control Patrimonial	95	
		Servicio de Atención al Ciudadano	100	
		Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor	15	
Escuela Nacional de Defensa de la		8		

Ámbito		Departamento	Empleados	
		Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual		
Órganos resolutivos	Procedimientos concursales	Sala Especializada en Procedimientos Concursales	21	
		Comisión de Procedimientos Concursales	8	
		Consumidor sobre bancarrota procedimientos	40	
	Protección al consumidor	Comisión de Protección al Consumidor	110	
		Sala Especializada en Protección al Consumidor	47	
		Órgano Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor	105	
		Defensa de la competencia	Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias	27
			Comisión de Defensa de la Libre Competencia	30
	Comisión para la Gestión de la Infraestructura Oficial de la Firma Electrónica		4	
	Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal		18	
	Eliminación de barreras burocráticas	Sala Especializada en Defensa de la Competencia	31	
		Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas	31	
		Secretaría Técnica de Eliminación de Barreras Burocráticas	9	
	Propiedad intelectual	Comisión de Derecho de Autor	3	
		Dirección de Derecho de Autor	22	
		Sala Especializada en Propiedad Intelectual	42	
		Comisión de Invenciones y Nuevas Tecnologías	9	
		Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías	55	
		Comisión de Signos Distintivos	2	
			Dirección de Signos Distintivos	144
	Total Indecopi			1.698

Fuente: Indecopi.

El Indecopi cuenta con un total de 1.700 empleados, que se distribuyen entre las ramas funcional y administrativa en una proporción de 60/40. La asignación presupuestaria se realiza en función de los resultados previstos y de la incidencia esperada en los ciudadanos de cada órgano/oficina del Indecopi. El número de empleados asignado a cada oficina depende de los procesos operativos que ejecutan, así como de la carga de trabajo que genera la demanda de los ciudadanos.

En la tabla que figura a continuación se consigna la dotación de recursos financieros y humanos de los que el área de Defensa de la Competencia del Indecopi dispuso en el período de referencia:

Tabla 2. Presupuesto institucional del INDECOPI y su área de defensa de la competencia, 2013 – 2017

Año	Área de Defensa de la Competencia		Total Indecopi	
	Personas/año*	Gasto presupuestario**	Personas/año	Gasto presupuestario
2017	58	7 940 311,00	1 698	145 222 256,00
2016	52	6 876 939,00	1 687	142 420 960,00
2015	51	7 916 284,53 ***	1 683	150 127 706,16
2014	47	6 536 453,00	1 649	134 277 429,67
2013	44	5 376 898,00	1 446	118 859 414,24

* El número de empleados incluye los que trabajan en la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, así como los empleados de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia y de la Gerencia de Estudios Económicos que trabajan a tiempo completo en cuestiones de competencia.

** El presupuesto publicado para los años 2016 y 2017 está en fase de ejecución, mientras que el correspondiente al período que va de 2013 a 2015 está ejecutado. Incluye la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia y la Gerencia de Estudios Económicos.

*** El nivel más elevado de gasto de 2015 se debe principalmente a la contratación efectuada de servicios de asesoramiento y consultoría, así como a los pagos correspondientes a la publicación de normas jurídicas en el Diario Oficial de Perú (El Peruano).

Fuente: Indecopi.

Los siguientes 58 empleados trabajan en actividades relacionadas con la competencia, a saber:

- 30 empleados asignados a la Comisión. Esto incluye la Secretaría Técnica (26) y sus comisionados (4);
- 24 empleados asignados a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia. Esto incluye el personal técnico (20) y los vocales de la Sala (4);
- 4 empleados trabajan en la Gerencia de Estudios Económicos, y son en su mayor parte analistas económicos sénior.

Los cuatro comisionados ejercen a tiempo parcial, al igual que los vocales de la Sala.

A la luz de estos datos, el número de empleados dedicado a la defensa de la competencia es relativamente bajo tanto en términos absolutos como

relativos. Por ejemplo, los 30 empleados de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia representan un cifra muy inferior al número de empleados que se dedica a la propiedad intelectual (entre marcas y patentes > 200) y la protección al consumidor (> 250) únicamente en la sede central. Según algunos observadores, esta desigualdad se justifica por el hecho de que las funciones de protección al consumidor y propiedad intelectual aparejan una serie de obligaciones legales, como las de recibir y responder a las denuncias de los consumidores y examinar las solicitudes de registro de patente, que requieren de un número elevado de empleados. Esto explicaría también por qué los empleados de la competencia ejercen su puesto en Lima, mientras que el dedicado a la propiedad intelectual y la defensa del consumidor se distribuyen por todo Perú. Es pues pacífico entre los observadores que el área de Defensa de la Competencia no dispone de una dotación de personal suficiente y que sería conveniente ampliarla, más aún si al Indecopi se le confían en el futuro tareas relacionadas con el control de concentraciones.

Obsérvese también como el número total de empleados dedicado a cuestiones de competencia aumentó en el período comprendido entre 2013 y 2017:

Tabla 3. Empleados del INDECOPI que trabajan en actividades relacionadas con la competencia, 2014-2017

Empleados	2013	2014	2015	2016	2017
Economistas	22	23	24	21	24
Abogados	19	20	23	27	31
Personal de apoyo	3	4	4	4	3
Total Indecopi	44	47	51	52	58

Nota: Cifras estimadas. Incluye el número total de empleados de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. En el caso de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia y de la Gerencia de Estudios Económicos, solo se consignan los profesionales dedicados a actividades relacionadas con la competencia.

Fuente: Indecopi. (iii) Remuneración.

En la tabla que figura a continuación se presenta una comparativa entre los salarios del Indecopi y los que pagan otras entidades públicas.

Tabla 4. Comparativa entre los salarios del INDECOPI y los de otras entidades públicas

Nº	Categoría	Reguladores sectoriales					Banco Central ⁶
		Indecopi ¹	Ositran ²	Osiptel ³	Osinerghmin ⁴	Regulador Financiero ⁵	
1	Presidente del Consejo Directivo ⁷	7.641 US\$	4.771 US\$	4.774 US\$	8.563 US\$	11.774 US\$	12.722 US\$
2	Gerente General ⁸	4.771 US\$	4.771 US\$	4.774 US\$	4.771 US\$	9.419 US\$	12.171 US\$
3	Secretario Técnico ⁹	4.434 US\$	4.766 US\$	4.774 US\$	4.771 US\$	7.034 US\$	7.813 US\$
4	Asesor ¹⁰	4.128 US\$	4.587 US\$	4.447 US\$	4.557 US\$	5.352 US\$	6.437 US\$
5	Jefe de Equipo ¹¹	2.829 US\$	4.583 US\$	3.759 US\$	4.557 US\$	4.495 US\$	4.388 US\$

Notas: *En el caso del Indecopi, las cifras presentadas se corresponden con el salario efectivo. Para el resto de entidades, las cifras consignadas se corresponden con el salario medio.

Source: Indecopi.

¹ Para más información: www.indecopi.gob.pe/informacion-de-personal-2017

² El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) es el regulador peruano del sector de transportes. Para más información: www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files/RepositorioAPS/0/0/par/000001-TEMP/RESOLUCIONES/002PD2018.pdf

³ El Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) es el regulador peruano del sector de telecomunicaciones. Para más información: www.osiptel.gob.pe/repositoriooaps/data/1/1/1/par/presupuesto-analitico-personal-pap-modificado-2017/Res055-2017-CD.pdf

⁴ El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinerghmin) es el regulador peruano del sector de energía. Para más información: www.osinerg.gob.pe/newweb/pages/newTransparencia/341.htm

⁵ Para más información: www.sbs.gob.pe/transparencia/portal-de-transparencia/informacion-del-personal

⁶ Para más información: www.bcrp.gob.pe/transparencia/remuneraciones-y-personal.html

⁷ El equivalente a Presidente del Consejo Directivo en los reguladores sectoriales. Gobernador en el caso del Banco Central. Y la categoría más alta para este nivel en el caso del Regulador Financiero.

⁸ El equivalente a Gerente General en los reguladores sectoriales y el banco central. Y la categoría más alta para este nivel en el caso del Regulador Financiero.

⁹ El equivalente a Gerente de Área en los reguladores sectoriales. Gerente en el caso del Banco Central. Y la categoría más alta para este nivel en el caso del Regulador Financiero.

¹⁰ El equivalente a Asesor Especializado o Subgerente en los reguladores sectoriales. Asesor en el caso del Banco Central. Y la categoría más alta para este nivel en el caso del Regulador Financiero.

¹¹ El equivalente a Supervisor Jefe o Coordinador en los reguladores sectoriales. Jefe de Departamento en el caso del Banco Central. Y la categoría más alta para este nivel en el caso del Regulador Financiero.

Una de las preocupaciones que manifiestan muchos observadores es que el salario medio que perciben los empleados del Indecopi es poco atractivo e insuficiente para retenerlos a largo plazo. Los salarios de algunas de sus categorías profesionales parecen ser inferiores a los que reciben los funcionarios de otras entidades gubernamentales, si bien no son muy inferiores a los que pagan otros reguladores sectoriales. Los salarios del Indecopi son inferiores a los del Regulador Financiero y el Banco Central, pero similares a los que se ofrecen en Ositran, Osiptel y Osinergmin.

Un problema común a los diferentes reguladores sectoriales peruanos son los límites salariales a los que están sujetos los servidores civiles. Un límite de estas características no es conveniente, habida cuenta del nivel de conocimientos expertos que demandan los reguladores especializados. Algunos observadores han apreciado también que los salarios del Indecopi son, en promedio, inferiores a los salarios que cobran los trabajadores del sector privado. Se trata de un problema que afecta al sector público en general y que es muy común en todo el mundo. Ahora bien, en Perú los mencionados toques salariales acentúan la brecha salarial entre los sectores público y privado, dificultando todavía más la retención y atracción de talento.

(iv) Desarrollo profesional

En algunos ámbitos especializados, como los de Propiedad Intelectual, Protección al Consumidor, Competencia Desleal, y *Dumping* y Subsidios, el Indecopi ofrece posibilidades de desarrollo profesional a todo su personal. Algunos observadores han señalado que la rotación del personal sigue suponiendo un problema, debido a los salarios poco competitivos y al modo en que se articulan las oportunidades de promoción profesional dentro del instituto. Pese a todo, actualmente hay en el Indecopi Directores de Oficina que iniciaron su andadura profesional en el organismo ejerciendo como pasantes para ser posteriormente promocionados hasta los puestos de responsabilidad que ocupan en la actualidad.

3.3. Facultades de investigación y sanción

3.3.1. Facultades para investigar y poner fin a las infracciones de la ley de libre competencia

(i) Iniciación del procedimiento

La autoridad de competencia peruana puede iniciar un procedimiento de investigación y sanción de cualquier abuso de posición de dominio o práctica

colusoria horizontal o vertical. Este procedimiento se inicia de oficio o por denuncia de parte. Los procedimientos de investigación iniciados de oficio constituyen un elemento importante de la tutela de la competencia, en particular para perseguir los cárteles intrínsecamente nocivos, tal como puede apreciarse en la siguiente tabla.

Tabla 5. Origen de las investigaciones de cárteles en Perú

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Número total de casos de cártel detectados mediando denuncia de terceros	0	0	0	0	0	0
Número total de casos de cártel detectados tras realizar un examen de los datos (p. ej., datos económicos o de conducta empresarial)	0	0	0	0	0	0
Número total de casos de cártel detectados tras monitorear información públicamente disponible	1	3	2	2	4	4
Número total de casos de cártel detectados a raíz de una demanda de pretensión civil o acción colectiva de indemnización por daños y perjuicios	0	0	0	0	0	0
Número total de casos de cártel detectados utilizando otros métodos proactivos de oficio: especificar cuáles	0	0	0	0	0	0

Fuente: Indecopi, Respuesta al Cuestionario sobre Cárteles Intrínsecamente Nocivos (2017)

Tratándose de una denuncia de parte presentada ante la Comisión, la Secretaría Técnica está facultada para decidir si procede admitir la denuncia a trámite o no. En la práctica, la Secretaría Técnica inició de oficio diez procedimientos administrativos sancionadores entre 2014 y 2016.

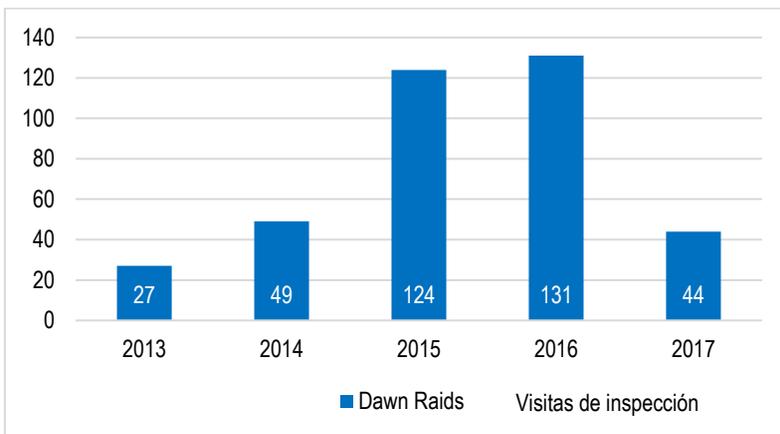
Para que una denuncia sea declarada procedente, deben existir pruebas preliminares, aportadas por el denunciante o recabadas por la Secretaría Técnica en ejercicio de sus facultades de instrucción, de la conducta anticompetitiva. Si no se satisface este requisito, la Secretaría Técnica podrá declarar inadmisibles o improcedentes las denuncias. La Secretaría Técnica únicamente iniciará un procedimiento cuando existan indicios razonables de la existencia de la conducta anticompetitiva. Asimismo, deberá exponer las razones de su decisión de declarar inadmisibles o improcedentes una denuncia. La resolución de la Secretaría Técnica que declare inadmisibles o improcedentes una denuncia presentada por un particular será impugnada ante el Tribunal.

(ii) Visitas de inspección

El artículo 15 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas autoriza a la Secretaría Técnica a realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias.

Tal como se muestra en el gráfico 2, el Indecopi ha realizado en los últimos cinco años 375 visitas de inspección en casos de competencia. El número de esas visitas ha ido en aumento. En 2012 se realizaron seis; en 2013, 27, y en 2014, 49. En 2015 y 2016, el número de visitas de inspección se duplicó con creces.

Gráfico 2. Número de visitas de inspección realizadas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2013 – 2017



Fuente: Indecopi

En 2014, la autoridad de competencia realizó 49 visitas de inspección relacionadas con combustibles, asistencia personal y familiar, y mercados de transporte. El número más elevado de visitas de inspección se realizó entre 2015 y 2016 (124 inspección en 2015 y 131 en 2016). La mayoría de ellas (223) estuvieron relacionadas con el mercado de combustibles. La Comisión impuso multas por un monto total de 29.580.688,29 USD en tres procedimientos relacionados. El primero de ellos se inició contra cuatro compañías dedicadas al comercio de gas licuado de petróleo (GLP) que tenían un acuerdo de fijación de

precios a escala nacional. Los otros dos casos tuvieron por objeto la creación de sendos cárteles de gas licuado de petróleo en Chimbote y Chiclayo en cuya virtud se fijaban las condiciones comerciales (promociones) para la comercialización de gasohol (84,90 y 95 octanos) y gasóleo en las estaciones de servicio de ambas ciudades.

En 2017, la autoridad de competencia realizó 44 visitas de inspección. En comparación con los años 2015 y 2016, la Secretaría Técnica llevó a cabo sus visitas en mercados en los que el número de agentes económicos es reducido, pero que revisten gran importancia para los consumidores. Debido a que los procedimientos de ese año están aún abiertos, la información sobre los mismos se mantiene en su mayor parte confidencial. No es el caso, sin embargo, del caso de los servicios de hemodiálisis (Exp. 008-2012/CLC), en el que la Secretaría Técnica inició un procedimiento administrativo en 2014 contra treinta y nueve (39) centros privados de hemodiálisis por tener un acuerdo de fijación de precios para aumentar las tarifas de los servicios de hemodiálisis en las licitaciones públicas que convoca el Seguro Social de Salud de Perú (EsSalud). En 2016, la autoridad de competencia impuso a esos centros multas por un monto total de 1.991.564,14 USD.

(iii) Procedimiento de clemencia, acuerdos de avenencia y compromisos de cese

Otro importante conjunto de herramientas que el Indecopi tiene a su alcance para iniciar y poner fin a sus procedimientos de investigación y sanción, así como para recabar pruebas, son las disposiciones que rigen los procedimientos de clemencia y avenencia del instituto. Estos procedimientos se abordan de manera exhaustiva en los apartados 4.2 y 4.3 de este informe.

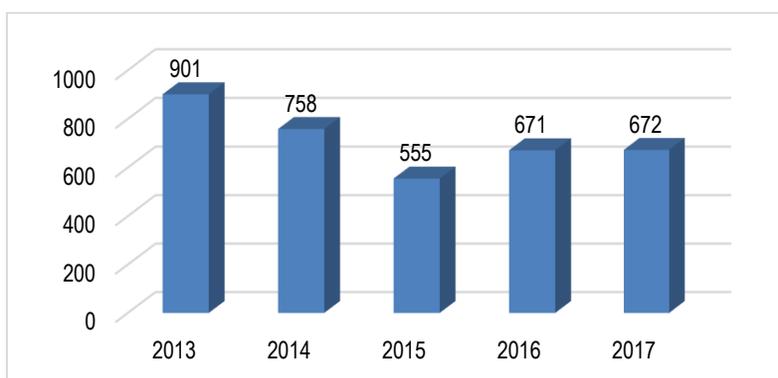
3.3.2. Procedimiento

La Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas marca los plazos para efectuar investigaciones, en particular los del procedimiento administrativo. El plazo total para el procedimiento administrativo en primera instancia es de aproximadamente trece meses. Asimismo, se estipulan plazos para cada fase del procedimiento. Las partes disponen de 30 días hábiles para contestar los cargos imputados. El período de prueba no podrá exceder de siete meses. El Informe Técnico deberá emitirse en un plazo no mayor de 30 días hábiles y, por último, la Comisión tendrá un plazo de 30 días hábiles para emitir su resolución. Los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia podrán interponerse en un plazo de 15 días hábiles.

Además del plazo para la adopción de la resolución en primera instancia, el Tribunal dispondrá de 120 días hábiles para pronunciar su resolución.

En el gráfico y la tabla que figuran a continuación se presenta la duración media en días naturales del procedimiento administrativo desde su inicio hasta que la Comisión emite su resolución final (primera instancia administrativa) y la de la segunda instancia administrativa (Tribunal).

Gráfico 3. Duración media (en días naturales) de los procedimientos de competencia hasta que la Comisión emite su resolución (2013-2017)



Source: Indecopi

Tabla 6. Duración media (días naturales) de los procedimientos de competencia en la segunda instancia administrativa - Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2013-2018)

Objeto	Número de expedientes	Duración media*** (días naturales)
Prácticas horizontales/Cárteles	15	695
APD**/Prácticas verticales	12	593
Otros (confidencialidad/procedimiento sancionador)	65	173
Total	92	313

* Por infracciones cometidas durante el procedimiento (negativa a presentar información, presentación de información falsa, etc.)

** Abuso de posición de dominio.

*** Desde la fecha en que el Tribunal recibe el expediente hasta la fecha en que emite la resolución/decisión final.

En los últimos cinco años, el Tribunal ha precisado más tiempo para resolver algunos casos que los 120 días hábiles que establece la Ley. Para resolver esta situación, este año se ha creado una Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, que se ocupará de examinar el 75% de los casos que habitualmente se sometían a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal. Además, en los últimos dos años, el Indecopi ha reforzado su área de Defensa de la Competencia, designando a un número considerable de abogados y economistas en apoyo del Tribunal. Se espera que este nuevo contexto permita reducir de manera apreciable la duración media de los casos de competencia de que conoce el Tribunal.

A continuación se exponen con más detalle las fases del procedimiento:

(i) Actuaciones previas

Estas actuaciones constituyen el primer paso del procedimiento administrativo sancionador. La Secretaría Técnica reúne información o identifica indicios razonables de la existencia de la presunta conducta anticompetitiva. A esta altura del procedimiento, las partes investigadas todavía no tienen acceso al expediente y los plazos del procedimiento aún no han empezado a contar.

(ii) Imputación de cargos y elaboración del Informe Técnico

La Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas dispone que, a esta altura del procedimiento, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia emitirá una resolución de imputación de cargos contra el denunciado o denunciados. Las partes son informadas del inicio del procedimiento con la resolución de imputación de cargos, que deberá contener: a) la identificación de las partes a las que se imputa la infracción; b) una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder, y c) la indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio. En ese momento, las partes pueden ya acceder al expediente, se inicia la investigación formal y empieza a contar el plazo para el pronunciamiento de una resolución en primera instancia administrativa.

El denunciado o denunciados podrán contestar los cargos imputados en la resolución de inicio del procedimiento en un plazo de 30 días hábiles, presentando los argumentos que estimen convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes. La Ley establece un período de prueba que no podrá exceder de siete meses contados a partir del vencimiento del plazo para la contestación.

En ese período se valorarán las pruebas aportadas por las partes y se apreciará la conducta investigada. Antes de que finalice el período de prueba, los denunciados podrán formular alegaciones ante la Secretaría Técnica, que también podrá actuar medios probatorios adicionales. Los medios probatorios que la Secretaría Técnica podrá actuar, o las partes ofrecer, incluyen documentos, declaraciones de parte, testimonios, inspecciones u otros.

(iii) Resolución de la Comisión

La Secretaría Técnica emitirá un Informe Técnico dando cuenta de los hechos probados, la determinación de la infracción administrativa, la identificación de los responsables y la propuesta de graduación de la sanción. Este Informe Técnico será notificado tanto a las partes en el procedimiento como a la Comisión, quien, acto seguido, tendrá un plazo de 30 días hábiles para emitir su pronunciamiento sobre la presunta infracción.

Antes de emitir su resolución, la Comisión podrá citar a las partes a audiencia de informe oral con no menos de 5 días hábiles de anticipación. Las partes, junto con sus asesores jurídicos y económicos, podrán presentar alegatos ante la Comisión, acompañándolos eventualmente de medios probatorios adicionales. El objetivo de ello es contribuir a esclarecer las dudas que la Comisión pueda tener antes de que pronuncie su resolución. En opinión de los observadores, la Comisión suele conceder a las partes tan solo unos pocos minutos para presentar sus alegatos (lo que ha despertado críticas). A continuación, la Comisión podrá también dirigir preguntas adicionales sobre el caso a las partes.

(iv) Recursos de apelación

La Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que la resolución final de la Comisión es apelable por el infractor sancionado ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal (segunda instancia administrativa del Indecopi). Si se interpone recurso de apelación, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia será quién prepare la defensa de su resolución en la segunda instancia del Indecopi.

Un elevado porcentaje de las resoluciones de la Comisión son confirmadas por el Tribunal en segunda instancia administrativa. Por ejemplo, según información presentada por el Indecopi, en 2017, todas las resoluciones emitidas en primera instancia fueron confirmadas por el Tribunal. Si la resolución de la Comisión es confirmada en segunda instancia y el infractor sancionado interpone demanda contencioso-administrativa contra ella,

corresponderá a la Gerencia Legal del Indecopi asumir la defensa de esa resolución ante el Poder Judicial. El porcentaje de éxito del Indecopi ante los órganos jurisdiccionales es del 100%.

3.3.3. Sanciones

El Indecopi no tiene competencia en el ámbito penal. Solo puede imponer sanciones administrativas (multas) y dictar medidas que establezcan el cese de la conducta infractora (medidas correctivas). En los artículos 43 y 44 de la Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas se establece tanto el monto máximo de las multas aplicables como los criterios para graduarlas. La multa mínima es de 500 UIT o del 8% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión. La multa máxima es del 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión. Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, se podrá imponer una multa de hasta 100 UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas. La presentación de información falsa o el ocultamiento, destrucción o alteración de información o cualquier libro, registro o documento requerido por la Secretaría Técnica o la Comisión, podrán ser sancionados con una multa de hasta aproximadamente 1 millón de USD.

El artículo 44 establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa. La Comisión tendrá en consideración: a) el beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción; b) la probabilidad de detección de la infracción; c) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; d) la dimensión del mercado afectado; e) la cuota de mercado del infractor, y f) la duración de la restricción de la competencia.

La metodología para el cálculo de la multa se establece en la Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas. La multa deberá tomar en consideración el beneficio ilícito que el infractor esperara obtener o haya obtenido efectivamente con la conducta anticompetitiva. Según el Indecopi, en el caso de los cárteles ese beneficio se calcula teniendo en cuenta la diferencia entre el “precio colusorio” y el precio previo a la colusión (el “precio competitivo”). Si el precio fijado por el cártel es 12 y el precio anterior al cártel era 10, esa diferencia de 2 servirá de base para el cálculo del beneficio ilícito.

Dicho importe (2) se multiplica por el volumen de ventas obtenido por la compañía mientras mantuvo la conducta anticompetitiva. De esa manera, si la compañía vendió 1.000 unidades, el beneficio ilícito será de 2.000. A continuación, ese importe (el de 2.000) se dividirá entre la probabilidad de detección de la conducta sancionada, según sea estimada por el Indecopi. La probabilidad de detección se establece tomando como referencia estudios académicos, principalmente de los Estados Unidos de América y de Europa, así como estudios informales elaborados por abogados especializados en Derecho de competencia. Según el Indecopi, esa probabilidad puede oscilar entre un 15% y 60%, dependiendo de una serie de circunstancias objetivas, y podría elevar considerablemente el monto de la multa. Una probabilidad del 15% significa que el monto de la multa se multiplica por seis. En el ejemplo anterior, el importe de 2.000 pasaría a ser de 12.000.

Por último, la Ley peruana prevé circunstancias agravantes y atenuantes que repercuten en el monto de la multa. Entre las circunstancias agravantes cabe citar, en particular, la reincidencia o una actuación procesal inapropiada de las partes investigadas. Las circunstancias atenuantes incluyen la colaboración y el reconocimiento de los cargos imputados.

El Indecopi considera que las sanciones previstas en la Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas tienen un efecto suficientemente disuasorio, gracias al nivel de las multas que impone la Comisión. Además, el monto total de las multas impuestas ha aumentado considerablemente en los últimos años. Así, el total de multas impuestas en procedimientos sancionadores de prácticas colusorias horizontales ascendió en 2014 a 2.718.118 USD, en 2016 a 4.687.027 USD y en 2017 a 46.011.382 USD.

En las Tabla 7 y Gráfico 4 incluidas a continuación se consignan las multas impuestas por el Indecopi en el último quinquenio y en cada uno de sus años.

Tabla 7. Multas impuestas en procedimientos de infracción de la competencia

No	Año	Número de expediente	Conducta sancionada	Multa (en USD)
1	2013	003-2008/CLC	Prácticas colusorias verticales en el sector del cemento	2.139.820,10
2	2013	014-2009/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del transporte público en Puno	152.975,68
3	2014	003-2010/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del transporte público en Puno	103.527,76
4	2014	004-2011/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado de servicios de asesoramiento técnico y de asesoría general	2.541.806,02
5	2014	006-2012/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado de los servicios turísticos en Chachapoyas	635,45
6	2014	010-2012/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del transporte público en Puno	9.976,59
7	2014	012-2012/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del transporte público en Huaraz	57.851,51
8	2015	005-2011/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el servicio público notarial	25.319,41
9	2015	003-2013/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del transporte público en Trujillo	1.132,35
10	2015	009-2013/CLC	Práctica colusoria horizontal en el mercado de venta de pan en Piura	130.005,44
11	2015	002-2014/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del transporte público en Maynas	1.132,35
12	2016	008-2012/CLC	Prácticas colusorias horizontales en la prestación de servicios de hemodiálisis en el marco de concursos públicos	1.991.564,14
13	2016	008-2010/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado de las cadenas de farmacias	2.673.844,35
14	2016	013-2015/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado de venta de mango en Piura	21.619,20
15	2017	015-2015/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del transporte público en Islay	27.282,90
16	2017	017-2015/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del papel higiénico y otros productos de papel tisú	16.403.411,09
17	2017	011-2015/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el precio del gas licuado de petróleo para fijar el precio en sus presentaciones envasadas y a granel	22.889.913,56
18	2017	004-2014/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del gas licuado de petróleo para el uso de vehículos en Chiclayo	3.002.054,70
19	2017	005-2014/CLC	Prácticas colusorias horizontales en el mercado del gas licuado de petróleo para el uso de vehículos en Chimbote	3.688.720,03

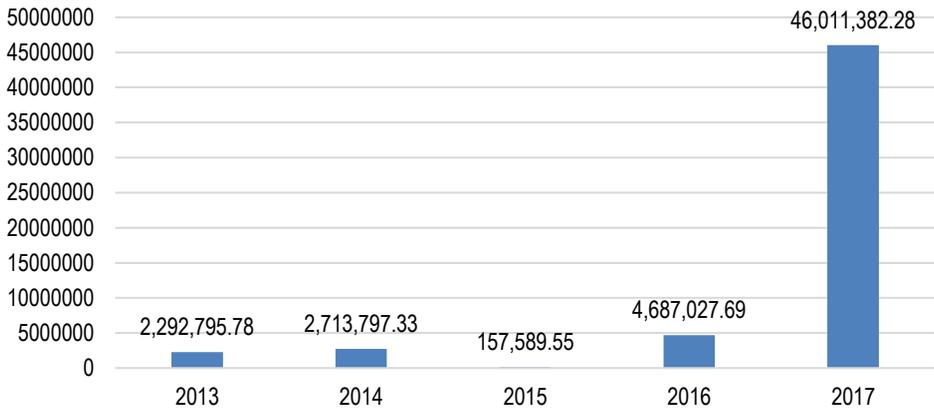
*Las prácticas colusorias horizontales incluyen también cárteles y recomendaciones.

**Las multas pueden haber sido modificadas en segunda instancia.

***Esta información se entiende inclusiva de las reducciones de multa conseguidas por colaborar en el marco del procedimiento de clemencia.

Fuente: Indecopi

Gráfico 4. Multas impuestas en procedimientos de infracción de la competencia, por año



Fuente: Indecopi

4. Aplicación de la legislación de competencia

Como ya se ha expuesto en el apartado 2.1 del presente informe, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo n° 1034) regula la fiscalización y sanción de las siguientes conductas: prácticas colusorias horizontales (artículo 11), prácticas colusorias verticales (artículo 12) y abuso de posición de dominio (artículo 10). Las multas se regulan en los artículos 43 y 44.¹⁰

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia y su Secretaría Técnica son los únicos órganos encargados de la fiscalización pública de la legislación de competencia. Los agentes privados no están facultados para interponer demandas ni presentar pruebas para obtener una sentencia declarativa de la existencia de conductas anticompetitivas sin mediar una intervención previa de

¹⁰ Puede consultarse la Ley en:

www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583. Una traducción no oficial al inglés de estos artículos está disponible en el enlace:

www.apeccp.org.tw/htdocs/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034.pdf

esos órganos. La fiscalización pública de la legislación de competencia se aborda en el apartado 4.4 de este informe.

4.1. Tutela privada

Agotada la vía administrativa, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas declaradas anticompetitivas por la Comisión podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios. La tutela pública de la legislación de competencia es un requisito previo para poder formular esta pretensión de indemnización por daños y perjuicios. Pese a la existencia de esta disposición legal, desde 2008 no se han ejercitado acciones civiles de este tipo. Como consecuencia de ello, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas fue modificada en 2015 a fin de legitimar al Indecopi para interponer, en nombre de los consumidores cuyos intereses se hayan visto perjudicados por la conducta anticompetitiva sancionada, la correspondiente demanda colectiva ante los órganos jurisdiccionales del orden civil una vez agotada la vía administrativa. Esta facultad, que se incardina en el margen de discrecionalidad de que disfruta el Consejo Directivo, y no así la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, no ha sido ejercida por el Indecopi hasta la fecha.

La información sobre el procedimiento administrativo sustanciado en los casos de competencia será pública a partir del día siguiente de la notificación de la resolución final de la Comisión. Las partes podrán acceder a dicha información para preparar sus pretensiones de indemnización por daños y perjuicios. El Indecopi entiende que toda la información necesaria para probar la existencia de la infracción —por ejemplo, la diferencia entre el precio colusorio y el precio competitivo en casos de cártel, el número de operaciones afectadas, etc.— se contiene en el expediente público del procedimiento administrativo. En cuanto al acceso a otros posibles elementos de prueba, los tribunales podrán ordenar su divulgación en función de la trascendencia de los derechos afectados en el caso. No obstante ello, la información obtenida en el marco del programa de clemencia será confidencial y, en consecuencia, los demandantes no podrán acceder a esa información, ni siquiera después de haberse pronunciado la resolución final, a no ser que el propio solicitante resuelva hacer pública dicha información.

4.2. Clemencia

4.2.1. Marco

El actual programa de clemencia peruano se introdujo en 2015, tras efectuarse una serie de modificaciones y adiciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Esta reforma definió asimismo las principales características del sistema, como el ámbito de aplicación del programa, sus requisitos, etapas, plazos y las facultades atribuidas al Indecopi para administrarlo. A fin de revestir al programa de transparencia y una mayor seguridad jurídica, en 2017 el Indecopi publicó la Guía del Programa de Clemencia. Esta Guía es vista como una herramienta dirigida a maximizar los incentivos para que los agentes económicos se acojan al sistema de clemencia, con el objetivo central de fortalecer la lucha contra los cárteles. La Guía prevé también una serie de normas reguladoras de la duración del procedimiento, entre otras particularidades.

En el marco del programa de clemencia del Indecopi, el solicitante se compromete a cooperar en forma veraz, plena, continua y diligente con la autoridad de competencia. Una vez que proporcione la información sobre el cártel revelado, el solicitante suscribirá con la Secretaría Técnica un compromiso condicional de beneficios. En ese compromiso condicional se estipularán las condiciones que habrán de cumplirse para que, mediante decisión de la Comisión, puedan otorgarse al solicitante los beneficios del programa de clemencia, siendo la más importante de esas condiciones el deber de colaboración del solicitante con la Secretaría Técnica y la Comisión durante el procedimiento administrativo sancionador. Si el solicitante coopera en forma plena y cumple esas condiciones, se le otorgará un beneficio condicional. En todo caso, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia tendrá la última palabra sobre la solicitud de clemencia.

La legislación peruana prevé tres tipos de solicitudes de clemencia:

- Clemencia Tipo A (exoneración del 100% de la multa correspondiente a la sanción por la infracción): los beneficios correspondientes a este tipo de clemencia se otorgarán al primero en presentar una solicitud de beneficios en aquellos casos en los que la Secretaría Técnica no cuente ya con indicios de la existencia del cártel.
- Clemencia Tipo B (exoneración de entre el 50% y el 100% de la multa correspondiente a la sanción por la infracción): los beneficios correspondientes a este tipo de clemencia se

otorgarán al primero en presentar una solicitud de beneficios en aquellos casos en los que la Secretaría Técnica ya cuente con indicios acerca del cártel, siempre que la solicitud se presente antes de que la Secretaría Técnica inicie el procedimiento administrativo sancionador.

- Clemencia Tipo C (reducción de hasta el 50% de la multa correspondiente a la sanción por la infracción): los beneficios correspondientes a este tipo de clemencia se otorgarán a los solicitantes que proporcionen información adicional a la presentada por un anterior solicitante de beneficios y que otorgue un valor agregado significativo a las actividades de investigación de la Secretaría Técnica. La clemencia Tipo C es aplicable incluso después de que la Secretaría Técnica haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador.

Una vez admitida a trámite la solicitud, la Secretaría Técnica convocará al solicitante a una reunión en la que coordinará un cronograma para la entrega de la información. El solicitante deberá proporcionar toda la información de que disponga o pueda disponer acerca del cártel revelado y la participación de los agentes involucrados. La documentación proporcionada por el solicitante y los indicios adicionales que hayan sido recabados en las diligencias complementarias de la Secretaría Técnica serán evaluados conjuntamente a fin de determinar si se cuenta con suficientes elementos de juicio para iniciar un procedimiento administrativo sancionador o, cuando corresponda, si el solicitante ha aportado un valor agregado significativo a las actividades de investigación e instrucción de la Secretaría Técnica.

Una vez culminadas estas diligencias, la Secretaría Técnica se comunicará con el solicitante a fin de convocarle a una reunión en un plazo no mayor a 15 días hábiles. En dicha reunión, la Secretaría Técnica expondrá al solicitante las conclusiones a las que haya llegado, así como el beneficio condicional que le corresponderá al suscribir el compromiso de exoneración o reducción de sanción. La Guía del Programa de Clemencia garantiza asimismo que, de no ser admitida a trámite una solicitud de beneficios, la Secretaría Técnica devolverá íntegramente la documentación proporcionada por el solicitante y eliminará toda copia que se encuentre en su poder. No obstante, la Guía también establece que: *“la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones de investigación en el mercado que fue objeto de la solicitud rechazada y*

*utilizar toda información recabada en ejercicio de sus facultades de investigación, incluso a través de otros colaboradores”.*¹¹

Una vez obtenido un resultado efectivo en el marco del procedimiento administrativo sancionador (esto es, una vez que se haya emitido una resolución determinando la existencia de una infracción y sancionando a los responsables), corresponderá a la Comisión —y no así al Tribunal ni al Consejo Directivo— la ratificación del beneficio condicional otorgado por la Secretaría Técnica. Cuando el procedimiento administrativo sancionador esté próximo a concluir y la Comisión se encuentre cerca de emitir su resolución, la Secretaría Técnica emitirá un informe en el que describirá y evaluará el modo en que el solicitante ha cumplido las condiciones enunciadas en el compromiso condicional de beneficios. Si la Secretaría Técnica determina que el solicitante ha incumplido esas condiciones, la Comisión podrá denegar al solicitante el beneficio de exoneración o, si se tratara de un solicitante posterior, el de reducción de sanción. Tras la reforma de 2015, este es el único supuesto en el que la Comisión puede no ratificar el otorgamiento de los beneficios condicionales. Por su parte, si la Secretaría Técnica estima que el solicitante ha cumplido estrictamente con su deber de colaboración, la Comisión otorgará al solicitante los beneficios del programa de clemencia. De acuerdo con el Indecopi, en ese supuesto, la Comisión no podrá refutar la argumentación presentada por la Secretaría Técnica.

El Indecopi también garantiza en su Guía del Programa de Clemencia que no ejercerá su prerrogativa de interponer demandas colectivas en nombre de los damnificados del primer solicitante de beneficios. Así con todo, hay observadores que afirman que tal garantía parece solo atañer a la Comisión, y no así al Consejo Directivo, que seguiría estando legitimado para demandar la satisfacción de los daños y perjuicios ocasionados. Esos mismos observadores sugieren que la falta de una garantía similar que aplicar al Consejo Directivo provoca cierta inseguridad, pese a que dicho órgano no ha ejercido hasta el momento esa prerrogativa. En todo caso, la información proporcionada al expediente en que se tramite la solicitud de beneficios se considera confidencial. Por tanto, los agentes privados que presenten demandas de indemnización por daños y perjuicios no podrán acceder a esa información.

¹¹ La versión inglesa de la Guía está disponible en el enlace: www.indecopi.gob.pe/documents/51771/1981946/Leniency+Program+Guidelines+%E2%80%93+Peru+Indecopi/f2f8506a-90d0-3657-56b2-b3e6799ec274 , p. 26.

4.2.2. Casuística

El artículo 20 del Decreto Legislativo n° 701 (la primera ley de libre competencia de Perú) permitía a cualquier persona a la que se hubiera imputado una conducta anticompetitiva (ya fuera un abuso de posición de dominio o una práctica colusoria) solicitar que se le exonerase de la responsabilidad que le correspondía a cambio de aportar información sobre la conducta investigada. Sin embargo, durante la vigencia de esta ley (de 1991 a julio de 2008) no se presentó solicitud de clemencia alguna.

La primera solicitud de clemencia se recibió en 2012 y, desde entonces, la Secretaría Técnica ha recibido otras 13 solicitudes: cuatro en 2014, dos en 2015, cuatro en 2016 y tres en 2017. Hasta la fecha, la Comisión solo ha se ha pronunciado sobre dos casos públicos en los que se aplicó el programa de clemencia.

El primer caso es el conocido como “cártel del papel higiénico”, sobre el que se volverá en el apartado 4.4.1, inciso ii), de este informe. La Comisión declaró a Kimberly Clark y a Protisa (Productos Tissue del Perú S.A., una filial de CMPC Tissue, empresa fabricante de papel con sede en Chile) responsables de llevar a cabo, entre 2005 y 2014, prácticas colusorias —en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios y condiciones comerciales— en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tisú (papel toalla, servilletas y pañuelos para manos y cara). Según el Indecopi, las pruebas identificadas en el caso (principalmente correos y registros electrónicos, testimonios de empleados, agendas y facturas de hoteles) indicaban la existencia de una interacción constante entre el personal de las dos empresas, incluidos sus gerentes generales, en la que mediaron intercambios de información sensible sobre precios y otras condiciones comerciales. El cártel pudo desarticularse gracias a las solicitudes de clemencia presentadas por Kimberly Clark y Protisa en 2014. Kimberly Clark fue exonerada de la multa que la Comisión impuso al término del procedimiento administrativo, mientras que Protisa se benefició de una reducción equivalente al 50% del importe de la multa impuesta.

El segundo caso público en el que se aplicó el programa de clemencia fue el denominado “caso *Ro-Ro* (buques *Roll-on, Roll-off*)”. La Comisión fue informada de presuntas prácticas colusorias entre importantes compañías navieras en el mercado de transporte marítimo internacional de carga rodante. Esas compañías navieras, a través de un acuerdo que estuvo vigente entre 2001 y 2012, con potenciales efectos hasta 2015, presuntamente se repartieron clientes demandantes de servicios de transporte marítimo de vehículos y camiones desde Asia, Europa y Estados Unidos hacia Perú. Después de

que CSAV (compañía naviera con sede en Chile) y NYK presentaran sendas solicitudes de clemencia, que acompañaron de distintos materiales e información, la Comisión consideró que las partes investigadas habían diseñado un “sistema de respeto” de cuentas en virtud del cual se abstendían de competir entre ellas para hacerse con los contratos que las otras ya tenían suscritos con importantes fabricantes de automóviles (Chrysler, Renault, Ford, Toyota o Volkswagen). Gracias a sus solicitudes de clemencia y a su colaboración, CSAV logró ser exonerada de la multa que impuso la Comisión, mientras que NYK se benefició de una reducción equivalente al 40% del importe de la multa impuesta

i) Resolución reciente de la Comunidad Andina sobre clemencia.

A principios de 2018, la Secretaría General de la Comunidad Andina —organización regional que incluye a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú— dictó una resolución por la que sancionó a Kimberly Clark y a Productos Familia por su participación en el “cártel del papel higiénico” anteriormente descrito.¹² Las solicitudes de clemencia presentadas ante las autoridades de competencia de Colombia, Ecuador y Perú dieron lugar a la apertura de casos en todos estos países. Una vez evaluada la solicitud recibida, Ecuador decidió no iniciar una investigación y, en vez de ello, envió una serie de elementos materiales probatorios a la Comunidad Andina, incluida información proporcionada por la solicitante de clemencia Kimberly Clark.

La sanción impuesta por la Comunidad Andina provocó la reacción de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia y del Indecopi, que recurrieron la resolución de la organización regional alegando, en particular, que perjudicaba a sus programas de clemencia y a sus políticas de lucha contra los cárteles. Numerosos observadores han transmitido preocupación ante la situación creada y la merma de eficacia que podría suponer para los programas de clemencia de los países de la Comunidad Andina.

4.3. Acuerdos de avenencia y compromisos de cese

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas permite a las empresas investigadas celebrar dos tipos de acuerdos con el Indecopi: acuerdos de avenencia y compromisos de cese. La avenencia tiene lugar cuando una parte reconoce la comisión de la infracción contenida en la imputación de cargos. En

¹² Resolución 2006, de 28 de mayo de 2018.

ese caso, la multa que le hubiese resultado aplicable puede ser reducida hasta en un 15%. Por su parte, el compromiso de cese viene referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador a cambio de implementar medidas correctivas eficaces: la parte investigada podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de la conducta infractora.

Con anterioridad a la reforma de la Ley de 2015, el objeto de los acuerdos con la autoridad de competencia era únicamente la suspensión del procedimiento administrativo sancionador a cambio de la implementación de las medidas que proponía el solicitante. El acuerdo tampoco era posible si la conducta anticompetitiva había causado una grave afectación al bienestar de los consumidores. La reforma de 2015 redefinió estos procedimientos a los efectos de permitir: i) la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador y ii) la celebración de acuerdos incluso en caso de mediar una grave afectación al bienestar de los consumidores.

4.3.1. Marco normativo

Se expone a continuación el marco normativo vigente de los acuerdos de avenencia y los compromisos de cese:

- *Acuerdos de avenencia*: con arreglo al artículo 26-A de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, introducido en 2015, cualquier agente económico investigado podrá, dentro del plazo para presentar descargos, reconocer la comisión de la infracción contenida en la imputación de cargos para obtener una reducción de hasta un 15% de la multa que hubiese resultado aplicable. Las principales características de un acuerdo de avenencia son: i) reconocimiento de la infracción; ii) terminación anticipada del procedimiento; y iii) reducción del importe de la multa que hubiese resultado aplicable.
- *Compromisos de cese*: con arreglo al artículo 25 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, los investigados podrán ofrecerse a colaborar con la investigación o a modificar aspectos relacionados con la conducta investigada. La Secretaría Técnica evaluará el ofrecimiento y, en caso de estimarlo satisfactorio, propondrá a la Comisión la suspensión del procedimiento administrativo y sugerirá las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso de cese. A continuación, la Comisión decidirá la aprobación o

denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnable debido a su naturaleza eminentemente discrecional.

Estos acuerdos reciben el nombre de compromisos o acuerdos de cese. No es una condición inscrita en este tipo de compromisos revertir el daño causado en el mercado (medidas reparadoras). Sin embargo, la Ley exige al Indecopi declarar a la parte que ofrece el compromiso de cese responsable de la infracción. Permanecen sin regular qué propuestas deberían ofrecerse y la manera de negociarlas.

Pese al modo en que se ha progresado en los últimos en la implementación de los acuerdos de avenencia y los compromisos de cese previstos en la legislación peruana de competencia, algunos observadores han criticado la falta de una normativa detallada que regule el desarrollo de estos procedimientos. Asimismo, los observadores han manifestado que la incertidumbre que el sistema actual proyecta sobre las solicitudes potenciales de estos acuerdos podría disuadir a las empresas de celebrarlos.

4.3.2. Casuística

La modificación introducida en los procedimientos de avenencia y de compromiso de cese a raíz de la reforma legislativa de 2015 ha propiciado un incremento del número de estas solicitudes. En los últimos cinco años se han tramitado veinticuatro compromisos de cese, de los cuales fueron aprobados ocho:

Tabla 8. Compromisos

Nº	Año	Número de expediente	Decisión	Medidas correctivas
1	2013	001-2013/CLC-CC	Aprobado	Aunque la propuesta fue aprobada, no se impusieron sanciones
2	2014	002-2013/CLC-CC	Aprobado	Aunque la propuesta fue aprobada, no se impusieron sanciones
3	2015	001-2015/CLC-CC	Denegado	N/A
4	2015	002-2015/CLC-CC	Denegado	N/A
5	2015	003-2015/CLC-CC	Denegado	N/A
6	2015	004-2015/CLC-CC	Denegado	N/A
7	2015	005-2015/CLC-CC	Denegado	N/A
8	2015	006-2015/CLC-CC	Denegado	N/A
9	2015	007-2015/CLC-CC	Denegado	N/A
10	2015	001-2014/CLC-CC	Aprobado	Aunque la propuesta fue aprobada, no se impusieron sanciones

Nº	Año	Número de expediente	Decisión	Medidas correctivas
11	2015	007-2013/CLC-CC	Aprobado	Aunque la propuesta fue aprobada, no se impusieron sanciones
12	2016	017-2015/CLC-CC	Aprobado	3.526,80 *
13	2017	001-2017/CLC-CC	Aprobado	2.400.000
14	2017	005-2017/CLC-CC	Denegado	N/A
15	2017	006-2017/CLC-CC	Denegado	N/A
16	2017	007-2017/CLC-CC	Aprobado	52.830 *
17	2017	008-2017/CLC-CC	Denegado	N/A
18	2017	009-2017/CLC-CC	Denegado	N/A
19	2017	010-2017/CLC-CC	Denegado	N/A
20	2017	011-2017/CLC-CC	Denegado	N/A
21	2017	012-2017/CLC-CC	Denegado	N/A
22	2017	013-2017/CLC-CC	Denegado	N/A
23	2017	014-2017/CLC-CC	Denegado	N/A
24	2017	016-2016/CLC-CC	Aprobado	Aunque la propuesta fue aprobada, no se impusieron sanciones

* Medidas correctivas ofrecidas por los directivos de las empresas investigadas
Fuente: INDECOPI

El Indecopi ha celebrado los siguientes acuerdos de avenencia:

- 2015: el procedimiento en primera instancia terminó anticipadamente para una persona a la que se le redujo la multa aplicable (caso del Pan en Piura).
- 2016: el procedimiento en segunda instancia terminó anticipadamente para otra persona a la que se le redujo la multa aplicable (caso del Pan en Piura).
- 2017: el procedimiento en primera instancia terminó anticipadamente para una empresa a la que se le redujo la multa aplicable (caso de Chimbote).
- 2017: el procedimiento en primera instancia terminó anticipadamente para cinco personas a las que se le redujo la multa aplicable (caso del “cártel del papel higiénico”).

Pese al aumento experimentado por el número de estos procedimientos, los observadores reivindican que, aumentando los incentivos, podría propiciarse un mayor número de compromisos de cese y acuerdos de avenencia a los fines de reforzar la defensa de la competencia y racionalizar los recursos administrativos. Las medidas podrían ir desde un desarrollo regulatorio que

haga más transparentes y previsible estos procedimientos, hasta la introducción de una normativa que procure que este tipo de acuerdos no sean tan favorables para las partes infractoras como para debilitar los incentivos que puedan tener para acogerse al programa de clemencia.

4.4. Fiscalización de la competencia

Tal como se desprende de la tabla incluida a continuación, en los últimos años se ha llevado a cabo una activa labor de tutela de la competencia.

Tabla 9. Estadísticas de procedimientos administrativos Sustanciados en casos de libre competencia (2013 – 2017)¹³

	Prácticas colusorias horizontales	Prácticas colusorias verticales	Abuso de posición de dominio	Concentraciones
2017: Casos abiertos	4	1	4	2
• decisiones o sanciones solicitadas	5	0	0	0
• decisiones o sanciones impuestas	5	0	0	0
• total sanciones impuestas USD	114,965,321			
2016: Casos abiertos	3	1	1	0
• decisiones o sanciones solicitadas	3	0	0	0
• decisiones o sanciones impuestas	3	0	0	0
• total sanciones impuestas USD	4,687,027	0	0	0
2015: Casos abiertos	6	0	2	0
• decisiones o sanciones solicitadas	4	0	0	0
• decisiones o sanciones impuestas	4	0	0	0
• total sanciones impuestas USD	158,755	0	0	0
2014: Casos abiertos	4	0	2	3
• decisiones o sanciones solicitadas	5	0	0	0
• decisiones o sanciones impuestas	5	0	0	0
• total sanciones impuestas USD	2,718,118			
2013: Casos abiertos	4	0	1	0
• decisiones o sanciones solicitadas	2	0	0	0
• decisiones o sanciones impuestas	2	0	0	0
• total sanciones impuestas USD	2,292,795	0	0	0

Fuente: Indecopi

¹³ La expresión “casos abiertos” se refiere tanto a los procedimientos iniciados de oficio como a los promovidos por denuncias de empresas (a instancia de parte).

4.4.1. Prácticas colusorias horizontales

(i) Marco normativo

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas define las prácticas colusorias horizontales como los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Para verificar la existencia de la infracción administrativa, el Indecopi deberá evaluar, con carácter general, los efectos que la conducta tiene sobre la libre competencia y elucidar si tiene por efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia (esto es, evaluar la conducta anticompetitiva en aplicación de la “regla de la razón” o “*rule-of-reason*”).

Sin embargo, la ley también prevé que los cárteles intrínsecamente nocivos deberán evaluarse a partir de una regla *per se*, esto es, en los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta prohibida por la ley de libre competencia. Las prohibiciones *per se* o absolutas constituyen una excepción al requisito de evaluación de los efectos y, con arreglo al artículo 11, apartado 2, de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se aplican únicamente a cuatro tipos de acuerdos entre competidores:

- fijación de precios;
- limitación de la producción o las ventas;
- reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública, así como en subastas públicas y remates.

El artículo 11, apartado 2, de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas prevé asimismo que solo constituirán prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca entre competidores que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos. Por tanto, los acuerdos que restrinjan la libre competencia en alguna medida, pero que sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, estarán sujetos a un análisis de sus efectos, en cuyo marco se examinará si están justificados en términos de necesidad y eficiencia.

(ii) Casuística

Si bien algunos casos de cártel se han destapado a raíz de presentarse las correspondientes solicitudes de clemencia, las investigaciones de oficio constituyen asimismo una importante vía de detección de los cárteles intrínsecamente nocivos, tal como como puede apreciarse en la siguiente tabla.

Tabla 10. Vías para la detección de cárteles

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Número total de casos de cártel detectados mediante denuncia de terceros	0	0	0	0	0	0
Número total de casos de cártel detectados tras realizar un examen de los datos (p. ej., datos económicos o de conducta empresarial)	0	0	0	0	0	0
Número total de casos de cártel detectados tras monitorear información públicamente disponible	1	3	2	2	4	4
Número total de casos de cártel detectados a raíz de una demanda de pretensión civil o acción colectiva de indemnización por daños y perjuicios	0	0	0	0	0	0
Número total de casos de cártel detectados utilizando otros métodos proactivos de oficio: especificar cuáles	0	0	0	0	0	0

Fuente: Indecopi, Respuesta al cuestionario sobre cárteles intrínsecamente nocivos (2017)

En los últimos diez años la Comisión ha sustanciado los casos de prácticas horizontales que se relacionan en la tabla incluida a continuación, en la que también se hacen constar las multas que se impusieron con la última resolución emitida, ya sea en primera o en segunda instancia, en esos procedimientos:

Tabla 11. Casos de prácticas colusorias horizontales: multas impuestas

Año	Resultado	Número de caso	Multas (USD)
2008	Casos no finalizados con resultado positivo	012-2008/CLC	N/A
		009-2004/CLC	N/A
2009	Caso finalizado con resultado positivo	004-2004/CLC	181.817,02
	Casos no finalizados con resultado positivo	006-2006/CLC	N/A
		015-2008/CLC	N/A
2010	Caso finalizado con resultado positivo	001-2009/CLC	251.896,19
	Casos no finalizados con resultado positivo	009-2005/CLC	
		002-2008/CLC	7.203.589,74
		007-2009/CLC	76.410,26

Año	Resultado	Número de caso	Multas (USD)
2011	Caso no finalizado con resultado positivo	002-2011/CLC	N/A
	Casos finalizados con resultado positivo	014-2008/CLC	26.922,75
		008-2009/CLC	918.836,91
2012	Caso no finalizado con resultado positivo	003-2011/CLC	N/A
	Caso finalizado con resultado positivo	002-2009/CLC	44.228,18
2013	Caso no finalizado con resultado positivo	003-2012/CLC	N/A
	Caso finalizado con resultado positivo	014-2009/CLC	152.975,68
2014	Caso no finalizado con resultado positivo	011-2012/CLC	N/A
	Casos finalizados con resultado positivo	003-2010/CLC	103.527,76
		004-2011/CLC	2.541.806,02
		006-2012/CLC	635,45
		010-2012/CLC	9.976,59
		012-2012/CLC	57.851,51
2015	Casos no finalizados con resultado positivo	007-2013/CLC	N/A
		001-2014/CLC	N/A
	Casos finalizados con resultado positivo	005-2011/CLC	25.319,41
		003-2013/CLC	1.132,35
		009-2013/CLC	130.005,44
		002-2014/CLC	1.132,35
2016	Casos finalizados con resultado positivo	008-2012/CLC	1.991.564,14
		008-2010/CLC	2.673.844,35
		013-2015/CLC	21.619,20
2017	Caso no finalizado con resultado positivo	0010-2013/CLC	N/A
		0014-2015/CLC	N/A
	Caso finalizado con resultado positivo	015-2015/CLC	27.282,90
		017-2015/CLC	85.357.350,69
		011-2015/CLC	22.889.913,56
		004-2014/CLC	3.002.054,70
		005-2014/CLC	3.688.720,03
2008 - 2017	Total Multas		131.380.413,17

Fuente: Indecopi.

Se exponen a continuación algunos ejemplos de casos:

Caso del mercado de las cadenas farmacias

En 2016, la Comisión decidió sancionar a cinco cadenas de farmacias por concertar los precios de venta al público de 36 productos farmacéuticos y afines a nivel nacional. Durante el período investigado, las cadenas de farmacias infractoras representaron el 72% de la venta al público de productos farmacéuticos y afines. Las multas impuestas por la Comisión en primera instancia ascendieron a unos 2,6 millones de USD. El Indecopi ha confirmado recientemente en segunda instancia la resolución de la Comisión.

Caso de los centros de hemodiálisis privados

En 2016, la Comisión sancionó a 34 empresas que prestaban servicio de hemodiálisis a pacientes del Seguro Social de Salud de Perú (EsSalud), tras comprobar que se coludieron para fijar precios en el marco de cinco procesos de selección, convocados por EsSalud, entre los años 2010 y 2012. Las empresas investigadas presentaron cotizaciones con valores referenciales consensuados superiores a los pagados por EsSalud, con la finalidad de elevar el valor referencial vigente. La Comisión impuso una multa por un monto total de aproximadamente 2 millones de USD. El Indecopi ha confirmado recientemente en segunda instancia la resolución de la Comisión.

Caso del cártel del papel higiénico

En 2017, la Comisión resolvió en un procedimiento administrativo sancionador contra Kimberly Clark Perú, Productos Tissue del Perú y varias personas físicas por prácticas colusorias —en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios y condiciones comerciales— en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tisú. Kimberly Clark y Protisa presuntamente impusieron a sus clientes (distribuidores, mayoristas, supermercados, etc.) alzas de precios, en algunos casos, de más del 20%. Según el Indecopi, el cártel ocasionó también incrementos en los precios de venta al público. Un análisis empírico realizado por la autoridad valoró el mercado afectado en 1.572.191.698,40 USD y estimó el sobreprecio cobrado en 5.590.623,31 USD. La Comisión impuso una serie de multas a las partes investigadas antes de otorgarles los correspondientes beneficios al amparo del programa de clemencia. Las multas impuestas por el Indecopi ascendieron a 52.495.356,88 USD en el caso de Kimberly Clark y a 31.862.823,85 USD en el caso de Protisa. Asimismo, una serie de personas físicas fueron sancionadas atendiendo a su grado de participación. El total de las multas impuestas a estas personas fue de 346.590,83 USD.

Sin embargo, el caso se había iniciado a raíz de una solicitud de clemencia presentada por Kimberly Clark. Fue por ello que dicha empresa fue exonerada de la sanción impuesta. En este caso particular, al haber renunciado Kimberly Clark a la confidencialidad de su identidad en calidad de colaborador,

el Indecopi pudo informar al público en general de su solicitud de clemencia y del beneficio que se le había otorgado.¹⁴

Cártel del gas licuado de petróleo

De acuerdo con investigaciones del Indecopi, una serie de empresas había participado entre 2008 y 2011 en un cártel creado en el mercado del gas licuado de petróleo envasado de Perú. La Secretaría Técnica detectó la infracción señalada a partir de un monitoreo de mercado y la realización de una serie de visitas de inspección, que permitieron obtener copia de aproximadamente 231.130 correos y registros electrónicos. Luego del análisis correspondiente, la Secretaría Técnica determinó que algunos de estos correos podían dar cuenta de la existencia de un acuerdo secreto de precios para la venta de gas licuado de petróleo (GLP) a distribuidores y mayoristas. Los miembros del cártel fueron sancionados con multas por un total aproximado de 22 millones de USD.

(iii) Concertación de posturas en licitaciones

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas habilita al Indecopi para sancionar, tal como hizo en el caso de los centros de hemodiálisis privados, las prácticas de concertación de posturas en licitaciones. No obstante, es notorio —tal y como se desprende de la información recabada y de los comentarios de los observadores— que la labor investigadora y sancionadora de la concertación de posturas en licitaciones en Perú es, por lo general, inexistente.

El grado de interacción entre el Indecopi y el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es limitado. En el pasado, tanto la Comisión de Defensa de la Libre Competencia como la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi solicitaron información en materia de compras públicas de medicamentos, servicios postales y seguros de activos con el propósito de detectar posibles prácticas colusorias. Asimismo, el Indecopi ha estado preparándose para impartir formación entre las autoridades de contratación pública sobre la manera de detectar este tipo de concertaciones. En 2016, como paso previo al diseño de futuras actividades de formación y de coordinación con el OSCE, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi elaboró un documento en el que se detallaba el estado de las compras públicas en Perú. El Indecopi ha revisado también los criterios para la detección de

¹⁴ Por lo general, la concesión de beneficios es confidencial puesto que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas obliga a la autoridad a proteger la identidad del solicitante de clemencia, salvo que dicho solicitante decida renunciar a ese derecho.

posibles prácticas colusorias en estos procesos, sirviéndose para ello en las directrices de la OCDE en la materia, así como de otras experiencias internacionales.

Este nivel de coordinación de las actividades dirigidas a tutelar el cumplimiento de la normativa de competencia frente a la concertación de posturas en licitaciones es limitado en términos comparativos. No parece existir un enfoque coherente con el que abordar la concertación de posturas en licitaciones, la coordinación entre los funcionarios públicos responsables se antoja escasa y, ya durante la misión de estudio de la OCDE, se hizo evidente que el OSCE desconoce prácticamente toda la labor que el Indecopi lleva a cabo en este ámbito. Está claro que la detección y prevención de las conductas colusorias en la adjudicación de contratos públicos queda fuera del campo de visión del OSCE. El conocimiento general que se tiene sobre las prácticas anticompetitivas en la contratación pública y sus lesivos efectos es aparentemente muy bajo.

Además, la legislación peruana no se pronuncia de manera unívoca sobre las consecuencias de este tipo de prácticas. De una parte, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que, en caso de que el Indecopi verifique la existencia de una concertación de posturas en licitaciones y esta quedara firme, el OSCE procederá a la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado que corresponda, lo que les impedirá participar en otras licitaciones. De otra parte, la Ley de Contrataciones del Estado, que regula las actividades del OSCE, no prevé poner a estos infractores en lista negra alguna. Esta divergencia ha llevado al Indecopi a proponer una reforma del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, a fin de garantizar que dicha ley prevea los mecanismos necesarios para la introducción y llevanza de una lista negra de las empresas —y sus grupos económicos— que sean sancionadas por concertar posturas en licitaciones y, por tanto, tengan prohibido participar en ellas en lo sucesivo.

4.4.2. Prácticas colusorias verticales

(i) Marco normativo

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas exige llevar a cabo una evaluación de los efectos (esto es, aplicar la “regla de la razón” o “*rule-of-reason*”) para identificar las prácticas colusorias verticales. Ello quiere decir que, para verificar que una práctica colusoria vertical infringe la legislación de competencia, será preciso probar tanto la existencia de la conducta como los efectos negativos que esta tena para la competencia.

El artículo 12, apartado 3, de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que la configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante, disposición ésta poco frecuente en otras legislaciones de competencia. El artículo 7, a su vez, define el concepto de posición de dominio. Siguiendo su tenor, un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución; la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica, y la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.

ii) Casuística

Los casos de prácticas colusorias verticales son muy escasos en Perú.

Tabla 12. Casos de prácticas colusorias verticales

Año	Resultado	Número de caso	Multas (USD)
2008	Caso finalizado con resultado positivo	003-2003/CLC	2.304.867,71
2011	Caso no finalizado con resultado positivo	007-2007/CLC	N/A
2012	Caso no finalizado con resultado positivo	002-2012/CLC	N/A
2013	Caso finalizado con resultado positivo	003-2008/CLC	2.139.820,10
2017	Caso no finalizado con resultado positivo	001-2016/CLC	N/A
2008 - 2017	Total Multas		4.444.687,81

Fuente: Indecopi.

En los últimos años únicamente se han emitido dos resoluciones:

Caso del sector del cemento

En el marco de una visita de inspección la Secretaría Técnica obtuvo pruebas de que una empresa de cementos en régimen de cuasi-monopolio (dominante en la región central de Perú) estaba incurriendo en una práctica colusoria vertical junto con tres distribuidoras. De esa manera trataban de

obstaculizar la entrada de un nuevo competidor al mercado del cemento cerrándole el acceso al canal de distribución. La obstaculización se llevó a cabo a través de negativas a negociar y a otorgar beneficios comerciales a todas las distribuidoras que vendieran el cemento del competidor. En 2013, la Comisión impuso a las empresas y a los miembros de sus respectivos consejos de administración involucrados en la infracción multas por un monto total de algo más de 2 millones de USD. El Indecopi ha confirmado recientemente en segunda instancia la resolución de la Comisión.

El caso de la lejía Clorox

En 2008, la Comisión sancionó a Clorox del Perú y Quimpac por celebrar un contrato de distribución exclusiva para la venta de hipoclorito de sodio. El contrato entre ambas empresas preveía que Quimpac distribuiría este producto — el principal insumo para elaborar lejía— exclusivamente a Clorox. Ello supuso que los competidos de Clorox no pudieran acceder directamente a ese insumo. El Indecopi consideró que el contrato podría haber causado la exclusión del mercado de los competidores de Clorox. Además, los consumidores podrían haberse visto afectados si se hubieran reducido las marcas de lejía a su alcance. La resolución de la Comisión fue confirmada en segunda instancia. Las multas impuestas totalizaron 200.000 USD.

4.4.3. Abuso de posición de dominio

i) Marco normativo

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas prohíbe la conducta unilateral que tiene lugar cuando un agente económico que ostenta una posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. Acreditar la existencia de un abuso de posición de dominio exige que el Indecopi lleve a cabo un análisis de los efectos de la conducta investigada (esto es, realice una evaluación basada en la “regla de la razón” o “*rule-of-reason*”), que aborde sus efectos pro-competitivos y anticompetitivos y que haga un balance final de ellos. Las empresas podrán justificar su conducta si genera más eficiencias que ineficiencias.

En la mayoría de los casos de abuso de posición de dominio sometidos a la autoridad de competencia, la empresa investigada ostentaba una posición importante en el mercado investigado, lo que le permitía imponer precios elevados. El Indecopi considera estas prácticas de fijación de precios

constituyen “prácticas explotativas” relacionadas con el mero ejercicio de la posición de dominio y que no estarían prohibidas en virtud del artículo 10, apartado 5, de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Es sobre esta base que el Indecopi únicamente sanciona las prácticas de efecto exclusorio de empresas que ostentan una posición de dominio que tiene por efecto restringir la libre competencia en el mercado.

De ello se desprende que, para que se verifique un abuso de posición de dominio en Perú, el Indecopi deberá acreditar la existencia de la posición de dominio y que la empresa que ostente esa posición llevó a cabo una conducta de efecto exclusorio sobre la competencia.

ii) Casuística

A diferencia de lo que sucede con los casos de prácticas colusorias, el Indecopi no inicia de oficio las investigaciones de los abusos de posición de dominio. Solo investiga estos casos cuando las denuncias de parte cumplen unas exigencias legales mínimas. Las denuncias son declaradas inadmisibles en la mayoría de los casos.

En efecto, no se tiene constancia de que la Comisión haya sancionado un abuso de posición de dominio desde 2007. Ese año, la Comisión sancionó a la empresa Ferrocarril Transandino por abuso de posición de dominio con una multa de 191.167 USD. Ferrocarril Transandino se negó injustificadamente a alquilar material tractivo y rodante a sus competidores. Anteriormente, en 2006, la Comisión sancionó a “Petróleos del Perú – PETROPERÚ” por abuso de posición de dominio en la modalidad de establecimiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en las relaciones comerciales en el mercado de almacenamiento de gas licuado de petróleo.

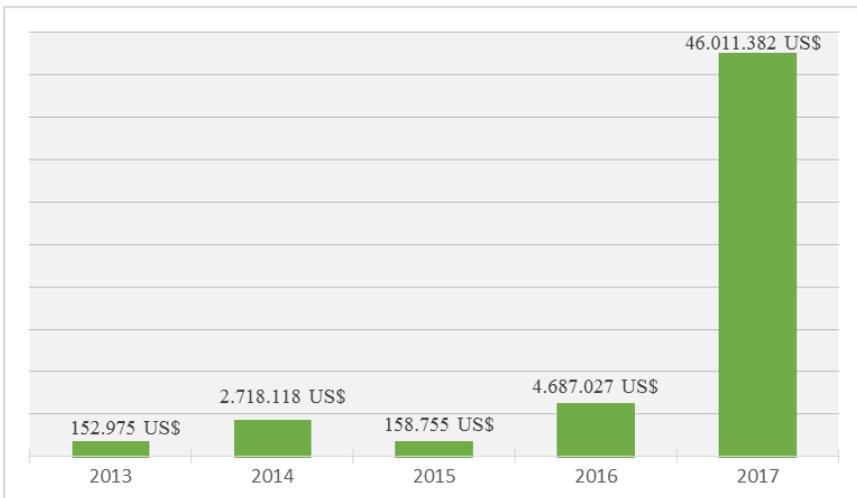
Es evidente que los casos de abuso de posición de dominio son poco frecuentes en la práctica del Indecopi, que se ha centrado casi de manera exclusiva en perseguir a los cárteles. Si bien puede afirmarse que las conductas anticompetitivas unilaterales son más difíciles de probar y menos perjudiciales que los cárteles, algunos pueden preguntarse si los criterios que aplica el Indecopi para iniciar ese tipo de investigaciones no son demasiado estrictos. Pese a lo lógico y razonable de priorizar las actividades de control de los cárteles, las autoridades de competencia también deberían dedicar esfuerzos a investigar y sancionar las conductas anticompetitivas unilaterales, máxime cuando el régimen peruano no prevé en la actualidad un régimen de control de las concentraciones.

4.4.4. Sanciones

i) Prácticas colusorias horizontales

Como puede apreciarse en el gráfico 5, el monto de las multas impuestas en procedimientos sancionadores de prácticas colusorias horizontales se ha mantenido relativamente constante, si bien experimentó un acusado incremento en 2017. Es importante señalar que el aumento en ese año del monto total de las multas impuestas obedeció fundamentalmente a los casos de los cárteles del papel higiénico y del gas licuado de petróleo (en los que se impusieron multas por sendos montos totales de 16.403.411 USD y 22.889.913 USD, respectivamente).

Gráfico 5. Multas impuestas en procedimientos sancionadores de prácticas colusorias horizontales, 2013 - 2017



Nota: Las multas se imponen en la primera instancia del procedimiento administrativo sancionador y pueden modificarse en su segunda instancia.

Las multas incluyen las reducciones por colaborar con las actuaciones de investigación e instrucción de la autoridad de competencia. *Source:* Add the source here. If you do not need a source, please delete this line.

Fuente: Indecopi

Adicionalmente, la Comisión puede dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo. Por ejemplo, en los casos de los cárteles del papel higiénico y las cadenas de farmacias, la Comisión ordenó a las partes sancionadas desarrollar un programa de cumplimiento de las normas

de libre competencia. Esos programas incluían: a) la designación de una empresa consultora especializada encargada de identificar los ámbitos de la empresa con mayor riesgo de reincidir en prácticas anticompetitivas; b) la organización de cursos de competencia para el personal de la empresas, y c) la contratación de un Oficial de Cumplimiento encargado de facilitar la observancia del programa de cumplimiento normativo de la empresa.

(ii) Prácticas colusorias verticales

Como ya se ha mencionado, son muy pocos los casos de prácticas colusorias verticales que se han sustanciado en Perú. En ellos, además de imponer multas, la Comisión dictó medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo. Esas medidas consistieron en: a) órdenes de cese y desistimiento de la conducta, b) la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones, y c) obligaciones de no discriminación y de no exclusión.¹⁵

4.4.5. Derechos de terceros

Los agentes privados pueden participar de muchas maneras en el procedimiento administrativo de tutela de la competencia. La forma más obvia es la presentación por terceros de una denuncia ante la Comisión con arreglo a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. La Secretaría Técnica podrá, sin embargo, aceptar o desestimar tal denuncia. En caso de ser aceptada, el denunciante únicamente podrá intervenir en el procedimiento administrativo como colaborador de la Secretaría Técnica, que conservará la facultad de sustanciar el procedimiento como considere apropiado.

En segundo lugar, el artículo 21, apartado 5, de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece lo siguiente:

“Admitida a trámite la denuncia, si la Secretaría Técnica lo considera pertinente, publicará una nota sucinta sobre su objeto, de manera que cualquiera con interés legítimo pueda personarse al procedimiento o simplemente aportar información a la

¹⁵ Por ejemplo, en el caso de la lejía Clorox, la Comisión impuso a la empresa que ostentaba la posición de dominio la obligación de abstenerse en el futuro de establecer relaciones de exclusividad que pudieran constituir restricciones verticales a la competencia, así como de observar otras conductas que pudiesen tener un efecto discriminatorio.

*investigación. Dicha nota se publicará en la página web del INDECOPI, en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional”.*¹⁶

Cuando el denunciado o denunciados contesten los cargos imputados en la resolución de inicio del procedimiento, otras partes con interés legítimo podrán apersonarse al procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes. Los terceros con interés legítimo que se personen en el procedimiento también podrán apelar la resolución final de la Comisión ante el Tribunal.

Además, los terceros con interés legítimo que se personen en el procedimiento tendrán derecho a acceder al expediente y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial.¹⁷ Asimismo, los terceros con interés legítimo o las partes podrán solicitar a la Comisión que declare “la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.¹⁸

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece los siguientes criterios para aceptar la solicitud de declaración de reserva: a) que dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado; b) que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, y c) que quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal.

¹⁶ Traducción no oficial al inglés disponible en el enlace:

www.apeccp.org.tw/htdocs/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034.pdf.

¹⁷ Artículo 31 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Traducción no oficial al inglés disponible en el enlace:

www.apeccp.org.tw/htdocs/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034.pdf.

¹⁸ Artículo 32 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Traducción no oficial al inglés disponible en el enlace:

www.apeccp.org.tw/htdocs/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034.pdf.

4.4.6. Control judicial

Todas las resoluciones emitidas por órganos administrativos (como el Indecopi) podrán ser recurridas ante el Poder Judicial a través de un procedimiento administrativo especial, el “procedimiento contencioso-administrativo”. Si la resolución de la Comisión es confirmada en segunda instancia por el Tribunal y el infractor sancionado la apela, corresponderá a la Gerencia Legal del Indecopi asumir la defensa de esa resolución ante el Poder Judicial.

Los procedimientos contencioso-administrativos se tramitan según se expone a continuación. En primer lugar, un solo juez examinará la resolución administrativa. La decisión de este juez también podrá ser impugnada ante un tribunal colegiado. Finalmente, la decisión de este tribunal es apelable ante la Corte Suprema. Los tribunales podrán anular, dejar sin efecto y reformar las resoluciones administrativas. El Poder Judicial es plenamente competente para apreciar los hechos y el Derecho —excepto la Corte Suprema, que solo puede examinar las cuestiones jurídicas relacionadas con las decisiones judiciales.

En este contexto, esto significa que un tribunal puede anular una resolución y devolverla al Indecopi; asimismo, un tribunal podrá sustituir la resolución dictada por el Indecopi. De acuerdo con el Indecopi, entre 2010 y 2018 el 100% de las decisiones emitidas por órganos jurisdiccionales confirmaron sus resoluciones dictadas en el marco de procedimientos de infracción a la competencia. Se trata de un porcentaje extremadamente elevado desde cualquier parámetro, e inusual en términos comparativos.

4.5. Concentraciones

4.5.1. Marco normativo

Perú carece actualmente de un régimen de control de las concentraciones. En la actualidad, están tramitándose varios proyectos de ley en el Congreso peruano para introducir un sistema de notificación previa a la concentración en todos los sectores de la economía del país.

Hay una excepción a la actual situación de inexistencia de un sistema de control de las concentraciones. Con arreglo al artículo 1 de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Ley n° 26876), las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa. Deberá solicitarse a la Comisión la autorización previa respecto de los siguientes actos

de concentración: i) actos de concentración horizontal en los que participen empresas cuyo porcentaje de mercado sea igual o superior al 15%, y ii) actos de concentración vertical en los que participen empresas cuyo porcentaje de mercado sea igual o superior al 5% en cualquiera de los mercados involucrados.

Dentro del plazo de cinco días hábiles posteriores a la presentación de la notificación, la Secretaría Técnica verificará toda la información aportada y, en caso de que constate que no se ha presentado toda la información requerida, notificará a las personas o empresas que presentaron la solicitud para que completen la información que falta. En los diez días hábiles siguientes, la Secretaría Técnica podrá solicitar los datos o documentos adicionales que considere necesarios para la evaluación de la operación notificada. El solicitante deberá presentar la información requerida adicional en un plazo máximo de diez días hábiles. En los veinte días hábiles siguientes, la Secretaría Técnica deberá presentar a la Comisión su opinión sobre la operación notificada.

Después de que se emita la opinión, la Comisión podrá adoptar cualquiera de las siguientes decisiones, en un plazo de diez días hábiles: i) declarar improcedente la solicitud de autorización presentada por no estar comprendida la operación notificada dentro del ámbito de aplicación de la Ley; ii) ampliar el plazo para evaluar la notificación durante treinta días hábiles para realizar un análisis en profundidad, tras el cual la Comisión deberá adoptar una decisión, y iii) autorizar la operación de concentración. Una vez que la Comisión adopte la decisión, el solicitante podrá recurrirla.

El análisis de las concentraciones se centra en la evaluación de sus posibles efectos sobre la competencia en los mercados relevantes. Para la evaluación de las notificaciones de concentraciones, se solicitará la opinión de las principales instituciones relacionadas con el sector eléctrico, en particular el Ministerio de Energía y Minas, que es responsable del sector eléctrico, y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), que es el organismo regulador del sector. Estas opiniones no serán vinculantes para el Indecopi.

Ningún organismo estatal está facultado para vetar, modificar o influir en las decisiones adoptadas por las Comisiones del Indecopi. No obstante, las resoluciones dictadas por la Comisión relacionadas con operaciones de concentración o conductas anticompetitivas podrán ser apeladas ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi. Al igual que el resto de resoluciones administrativas, las partes podrán impugnar las resoluciones del Tribunal ante los órganos jurisdiccionales.

4.5.2. Multas por llevar a cabo operaciones de concentración sin autorización previa o suministrar datos inexactos

La Comisión podrá imponer a las partes multas por un importe no superior a 500 UIT (638.000 USD) cuando: i) omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado; ii) suministren datos inexactos, o iii) no proporcionen la información requerida dentro de los plazos establecidos. Además, la Comisión podrá imponer multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas implicadas, cuando el acto de concentración se lleve a cabo: i) luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión; ii) después de que la autoridad lo haya declarado incompatible, o iii) incumpliendo las medidas ordenadas mediante decisión final adoptada por la Comisión.

4.5.3. Casuística del control de concentraciones

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Antimonopolio peruana, la duración máxima del procedimiento, desde la notificación inicial hasta la decisión final, es de 130 días hábiles. La Comisión ha tramitado 17 notificaciones entre 2001 y 2017. La duración media del procedimiento de evaluación es de 70 días hábiles, como puede apreciarse en la tabla que figura a continuación:

Tabla 13. Número de operaciones de concentración analizadas en el sector eléctrico, 2001 - 2017

Año	Número de notificaciones	Duración media (días hábiles)
2001	2	89
2002	3	60,3
2005	2	101,5
2006	2	56
2009	2	57
2011	1	50
2014	3	65
2017	2	81

Fuente: Indecopi.

El Indecopi nunca ha bloqueado una operación de concentración. No obstante, sí ha dictado medidas correctivas para contrarrestar sus posibles efectos negativos. En 2006, la Comisión aprobó una operación de concentración sometiéndola a la condición de que las empresas implicadas no ejercieran,

individualmente, sus derechos de voto en relación con una decisión del Comité de Operación Económica del Sistema, dado que dicho comportamiento podría beneficiarles, en detrimento de sus competidores. Esta resolución fue examinada en segunda instancia, que terminó anulando la condición impuesta por la Comisión.

En 2010, la Comisión impuso a Enel una multa por 1.285.714 USD por haber llevado a cabo una operación de concentración luego de presentada la solicitud de autorización previa pero antes de la decisión de la Comisión. La segunda instancia del Indecopi confirmó la decisión pero redujo la multa a 133.333 USD.

5. Promoción de la competencia y fomento de la competencia

La sociedad peruana atesora ahora un conocimiento más amplio sobre la competencia que el que tenía hace diez años. El Indecopi parece haber jugado un papel importante en ese aprendizaje, principalmente debido al rol activo que la Comisión ha desempeñado en importantes casos relacionados con mercados que afectan directamente a los consumidores. Ejemplos de ello son los casos ya citados de los cárteles del papel higiénico y las cadenas de farmacias. El empresariado parece ser ahora más consciente de las obligaciones que le incumben en virtud de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, tal como pone de manifiesto el aumento experimentado por las solicitudes de clemencia y de compromisos de cese en los últimos años.

No obstante, las autoridades de competencia que desean promover la competencia y una cultura proclive a ella pueden hacerlo, además de ejerciendo su labor fiscalizadora de la competencia, haciendo uso de una amplia variedad de herramientas a su alcance. Las herramientas que se emplean en Perú a estos efectos constituyen el objeto de la presente sección.

5.1. Estudios de mercado (“*abogacías*”)

5.1.1. Marco normativo

La principal iniciativa de promoción de la competencia del Indecopi consiste en la elaboración de informes en los que se recomiendan medidas para promover o introducir la competencia en diferentes sectores. El marco jurídico de estos estudios de mercado se establece en el artículo 14, apartado 2, de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Con arreglo a esta disposición, es atribución del Indecopi recomendar a las entidades de la Administración Pública la implementación de medidas que promuevan la libre

competencia. El término “entidades de la Administración Pública” ha de entenderse en sentido amplio, e incluye: i) las entidades que forman parte del Poder Ejecutivo, como la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros y los Ministerios; ii) el Congreso de la República; iii) el Poder Judicial, y iv) los Gobiernos regionales y locales. Así pues, todas estas entidades pueden ser destinatarias de las recomendaciones de la Comisión.

Después de publicadas las orientaciones de la OCDE sobre estudios de mercado,¹⁹ en 2016 la Comisión publicó una Guía de Estudios de Mercado²⁰ en la que se detalla el procedimiento que se ha de seguir para elaborar este tipo de estudios. De acuerdo con esta Guía, el procedimiento para realizar un estudio de mercado que implique la emisión de recomendaciones a entidades públicas incluye las siguientes etapas:²¹

- definición del alcance del estudio
- identificación de los interesados (ya sean agentes privados u organismos públicos)
- lanzamiento oficial del estudio mediante la publicación de un comunicado de prensa y un breve documento que preverá las razones o preocupaciones que motivaron el estudio de mercado y el alcance del proyecto, así como una invitación a los interesados para que contribuyan al estudio
- recopilación y obtención de información, incluso a través de reuniones y entrevistas, o mediante cuestionarios escritos
- conclusiones preliminares, que podrán compartirse con los interesados
- publicación del estudio de mercado y recomendaciones.

¹⁹ Disponibles en el enlace: www.oecd.org/daf/competition/market-studies-and-competition.htm.

²⁰ Disponible en el enlace: www.indecopi.gob.pe/documents/51771/197143/Mercado/a481bf82-3b85-4024-8945-9e3e05240b6c.

²¹ Véase la Guía de Estudios de Mercado, Capítulo 4, disponible en el enlace: www.indecopi.gob.pe/documents/51771/197143/Mercado/a481bf82-3b85-4024-8945-9e3e05240b6c.

Los órganos de la Administración Pública sujetos a las recomendaciones del estudio de mercado deberán responder explicando su posición a la Comisión en un plazo no mayor de 90 días hábiles desde la notificación de la versión definitiva del estudio de mercado o del informe de promoción de la competencia. Después de publicado el estudio de mercado, la Comisión realizará un trabajo de seguimiento a través de comunicaciones escritas formales, con objeto de supervisar el modo en que se están implementando sus recomendaciones.

De acuerdo con el Indecopi, los miembros del Congreso solicitan a menudo estudios de mercado específicos. No obstante, la Comisión no está obligada a dar curso a esas solicitudes y decide si realiza o no esos estudios aplicando sus propios criterios internos de selección. Para poder ser atendida, la solicitud de estudio de mercado deberá al menos identificar el problema de competencia, su causa y el modo en que la intervención de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia podría ayudar a resolverlo.

Cabe señalar que el Indecopi cuenta, por añadidura a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, con una Comisión —con su Secretaria Técnica correspondiente— de Eliminación de Barreras Burocráticas. Si bien esas barreras se definen legalmente de manera tal que no pueda darse cabida en ellas a todas las conductas anticompetitivas, la labor de eliminación de esas barreras puede erigirse en una importante herramienta de promoción de la competencia. Dicha labor podría beneficiarse de una mayor interacción y cooperación entre las Comisiones pertinentes (de Defensa de la Libre Competencia y de Eliminación de Barreras Burocráticas) y sus respectivas Secretarías Técnicas.

5.1.2. Casuística

De acuerdo con el Indecopi, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia cuenta con un único analista dedicado a la realización de estudios de promoción de la competencia. Este analista ocupa el 40% de su tiempo de trabajo en actividades relacionadas con estudios de mercado y de promoción de la competencia y el 60% restante en la gestión de casos. En la actualidad, de tres a cuatro miembros de la Secretaría Técnica y de la Gerencia de Estudios Económicos se dedican parcialmente a esas tareas.²²

²² La Gerencia de Estudios Económicos participa con frecuencia en el desarrollo de los estudios de mercado que selecciona la Comisión. Su personal participa asimismo de manera parcial en la realización de estos estudios, puesto que la Gerencia brinda

La escasa dotación de personal de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia limita el número de estudios de promoción de la competencia que está en condiciones de priorizar y elaborar anualmente, así como el número de analistas que puede asignar a esas actividades. Pese a estas limitaciones, la Comisión ha elaborado cinco estudios de mercado (también denominados “*abogacías*”) desde 2014. Entre los estudios de mercado que se tiene previsto realizar próximamente se incluyen: i) un estudio sobre el mercado de placas de matrícula, y ii) un estudio sobre el sector del sistema de pagos, en colaboración con el Banco Central de Reserva del Perú.

Los cinco estudios de mercado (“*abogacías*”) elaborados desde 2014 son:

1. “Abogacía de la competencia en el mercado del servicio de examen práctico de manejo en la Región Lima”

Este estudio tuvo por objeto el marco regulatorio del examen práctico de conducción que deben aprobar los particulares para obtener las licencias de conducir en Lima. En el estudio (“*abogacía*”) se formulan las siguientes recomendaciones principales:

- Abrir el mercado mediante el establecimiento de un procedimiento de público conocimiento para el ingreso de cualquier agente o, si el mercado no se abre totalmente, establecer las bases, en condiciones no discriminatorias, del concurso público a través del cual se otorgue concesiones a un número limitado de operadores. Esta recomendación ha sido parcialmente aceptada, puesto que, si bien el mercado no ha sido abierto a todos los operadores, la autorización de un Centro de Evaluación debe obtenerse a través de concurso público.
- El Ministerio de Transporte y Comunicaciones debía establecer los parámetros que deben cumplirse para la evaluación de los exámenes de conducción. Asimismo, el Ministerio debía realizar una adecuada labor de supervisión para el cumplimiento de dichos parámetros. Esta recomendación fue aceptada.

asesoramiento económico a todos los órganos cuasi-judiciales del Indecopi a escala nacional.

2. “Abogacía de la competencia para el mercado de servicios notariales en el Perú”

Los notarios garantizan la autenticación de documentos, entre otras funciones. La prestación de servicios notariales se rige por un conjunto de regulaciones, que prevén, en particular, restricciones respecto de su número o la estructura y organización del negocio. A juicio del Indecopi, estas regulaciones pueden representar barreras a la entrada a los mercados de servicios notariales y dotar de poder de mercado a los agentes establecidos. Después de elaborado el estudio de mercado (“*abogacía*”), se emitieron las siguientes recomendaciones:

- Modificar los criterios para la determinación del número mínimo de plazas notariales, teniendo a tales efectos en cuenta la demanda de servicios notariales por región, a fin de abrir el mercado a la competencia. Esta recomendación fue aceptada.
- Eliminar de la conformación del “Jurado Calificador”²³ —que decide el ingreso de los postulantes a la función notarial— la intervención de los notarios. Esta recomendación fue parcialmente aceptada. La conformación del Jurado Calificador se modificó, y el número de notarios que participan en los Jurados Calificadores se ha visto reducida.

²³ El Jurado Calificador lo conforman el presidente y un miembro del colegio de notarios, y el decano y un miembro del colegio de abogados.

3. “Abogacía de la competencia de la Licitación Pública 001-2012-MML-IMPL”

La Licitación Pública 001-2012-MML-IMPL, convocada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, tuvo por objeto concesionar, a favor de las empresas que resultasen ganadoras, el derecho exclusivo a prestar el servicio de transporte urbano de pasajeros dividido en paquetes de rutas. Según el Indecopi, algunas características del diseño de la licitación podían generar barreras a la entrada de nuevas empresas. El estudio de mercado (“*abogacía*”) recomendó que el proceso de licitación evitara establecer reglas que facilitasen el intercambio de información entre competidores. Esta recomendación fue aceptada.

4. “Abogacía de la competencia en el mercado del seguro regular de salud en el sector privado”

En Perú, las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) son las encargadas de brindar el seguro regular de salud en el sector privado. El Indecopi había observado la presencia de barreras a la entrada al mercado del seguro regular de salud. En particular, detectó problemas de asimetría de información entre asegurados y aseguradoras, asociados a la existencia de selección adversa y riesgo moral en la provisión del servicio. Esos problemas hacían incurrir a los afiliados en ciertos costos en el momento de cambiar de EPS (costos de cambio). El estudio de mercado (“*abogacía*”) recomendó que la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD) implementase medidas para facilitar la evaluación de los planes de salud. En ese sentido, el SUSALUD creó unos cuadrantes en las que se presenta una comparativa entre los planes propuestos por las EPS para su ulterior difusión entre los profesionales de la salud. En particular, el estudio de mercado recomendó que la Superintendencia Nacional de Salud estableciera formatos predeterminados que poner a disposición de los asegurados, a fin de que estos pudieran comparar los servicios que ofrecen las EPS. Posteriormente, el Indecopi concluyó que esta recomendación había sido aceptada.

5. “Abogacía de la competencia en el mercado de servicio de transporte turístico de acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu”

La Ciudadela Inka de Machupicchu representa el principal atractivo turístico de Perú. Puede accederse a ella desde la ciudad de Aguas Calientes utilizando los autobuses de Consettur Machupicchu S.A.C., única empresa que presta el servicio de transporte turístico de pasajeros con arreglo a un contrato de concesión. El estudio de mercado recomendó la convocatoria de un proceso de selección para un servicio de transporte que cubriera la ruta Aguas Calientes - Puente Ruinas - Ciudadela Inka. La Municipalidad Provincial de Urubamba, responsable de otorgar la concesión de esa ruta, aceptó esta recomendación.

La realización de estos estudios y la evaluación *ex post* que el Indecopi hace de la implementación de sus recomendaciones son encomiables, máxime si se tiene en cuenta el escaso personal que se dedica a esas actividades. Pese a todo, es evidente que todavía hay margen para intensificar la labor de promoción de la competencia que actualmente se lleva a cabo en Perú.

5.2. Guías y lineamientos

La Comisión ha publicado una serie de guías y lineamientos en los últimos años. Estos documentos tienen por objeto informar sobre cuestiones relacionadas con la política de competencia y promover una toma de conciencia respecto de la legislación de competencia —en particular, haciendo tomar parte en su elaboración a representantes del mundo académico, abogados especializados en Derecho de competencia y otras partes interesadas—. Estas guías y lineamientos incluyen:

- La Guía del Programa de Clemencia, que establece unas reglas más claras y dota de una mayor previsibilidad al programa de clemencia y sus procedimientos. El número de solicitudes de clemencia ha aumentado tras la publicación de la Guía.
- Los lineamientos para la interpretación de aspectos específicos de la Ley de Represión de Conductas anticompetitiva. Este documento aborda aspectos específicos relacionados con el

ámbito de aplicación de la Ley, así como los criterios de interpretación que intervienen en la evaluación de las conductas anticompetitivas.

- Los lineamientos sobre confidencialidad, cuya publicación respondió a la necesidad de ofrecer a las partes certidumbre respecto de los criterios de interpretación que la Comisión aplica para declarar la confidencialidad de determinada información. Así, tras la publicación de estos lineamientos, las partes dejaron de solicitar que se declarase la reserva y confidencialidad de la información que obrase registrada en fuentes públicas, y en la actualidad las empresas utilizan el formato que figura en el anexo de esos lineamientos para presentar sus solicitudes de confidencialidad.
- Con el apoyo de la OCDE y los organismos de competencia de Chile, Colombia, Costa Rica, México y Panamá, la Comisión ha publicado una Guía de Estudios de Mercado²⁴ en la que se exponen las características específicas de los estudios de mercado, se explica cómo se seleccionan y priorizan los mercados objeto de estudio y se describen las diferentes etapas del procedimiento.
- Asimismo, el Indecopi ha publicado recientemente: i) el Proyecto de Guía para la Competencia en las Compras Públicas, que trata de concienciar sobre la concertación de posturas en licitaciones y alentar su prevención, detección y sanción, y ii) la Guía de Asociaciones Gremiales, que ilustra a diferentes sectores sobre la importancia del Derecho de competencia.

5.3. Capacitación y difusión

El Indecopi realiza una serie de actividades de capacitación y difusión de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia. Estas actividades adoptan diferentes formas. Por ejemplo, los estudios de mercado (“*abogacías*”), descritos en un apartado anterior de este informe, siempre conllevan una difusión entre las partes interesadas afectadas, puesto que en ellos

²⁴ Disponible en el enlace:

www.indecopi.gob.pe/documents/51771/197143/Mercado/a481bf82-3b85-4024-8945-9e3e05240b6c.

se les insta a colaborar con el Indecopi y a responder a sus recomendaciones. Estos estudios de mercado inciden de manera particular en los órganos públicos, dado que dichos estudios pueden obligarles a adoptar medidas concretas para fomentar la competencia.

Otro ejemplo de difusión lo constituye la interacción que, según se ha explicado en el apartado 4.4.1, inciso iii), de este informe, tiene lugar entre la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, de una parte, y el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), de otra. Otro ejemplo de ello sería la Secretaría Técnica Regional de Eliminación de Barreras Burocráticas (SRB), que dedica el 90% de su personal a la realización a tiempo completo de actividades de promoción de la competencia (como la capacitación de funcionarios públicos, el envío de cartas de orientación y la supervisión de resultados) con potenciales efectos pro-competitivos en diferentes distritos fuera de la capital.

Por último, y lo que es más importante, el Indecopi cuenta con una Escuela de la Competencia, que lleva a cabo importantes actividades de capacitación y promoción de la competencia. En las tablas que figuran a continuación se presentan las actividades de capacitación en temas de libre competencia realizadas por la Escuela en los últimos años:

Tabla 14. Escuela del Indecopi – Número de actividades de capacitación en temas de libre competencia 2013 - 2018

Nº	Año	Número de actividades
1	2013	7
2	2014	5
3	2015	9
4	2016	7
5	2017	14
6	2018	7
TOTAL		49

Fuente: Indecopi.

Tabla 15. Escuela del Indecopi – Actividades de capacitación en temas de libre competencia en 2013 - 2018

Actividad académica	Año	Público destinatario	Número de participantes
Seminario Taller Macro-Regional para Oris “Mecanismos de Investigación en Cárteles” (COMPAL)	2013	Interno	29
Seminario Taller Macro-Regional para Oris “Mecanismos de Investigación en Cárteles” (COMPAL)	2013	Interno	20
Conferencia Internacional “Fundamentos y Límites de Derecho de la Competencia Experiencia Europea”	2013	Interno	39
Curso Especializado: “Técnicas de Detección e Investigación de Conductas Anticompetitivas”	2013	Interno	20
Taller “La Valoración de la Prueba en Casos de Competencia”	2013	Interno	14
II Seminario-Taller sobre el papel del Poder Judicial en la Aplicación del Derecho de Competencia-Compal Jueces - “La valoración de la Prueba en casos de competencia en sede judicial” COMPAL	2013	Interno	27
III Seminario - Taller sobre el papel del Poder Judicial en la aplicación del Derecho de Competencia-La determinación de las multas o sanciones y las medidas compensatorias en casos de competencia – COMPAL	2013	Externo	19
Curso especializado en Libre Competencia	2014	Externo	27
Conferencia Martes educativo “Libre Competencia: temas básicos para entender las conductas anticompetitivas y el procedimiento”	2014	Externo	44
Cátedra “La Libre Competencia en el Perú”. Puno.	2014	Externo	70
Cátedra “La Libre Competencia en el Perú”.Piura.	2014	Externo	69
Cátedra “La Libre Competencia en el Perú”.Lambayeque.	2014	Externo	63
Curso Taller Internacional: Aspectos fundamentales en Defensa de la Competencia y Regulación	2015	Externo	18
Cátedra “La Libre Competencia en el Perú”	2015	Externo	56
Conferencia Martes educativo “Libre Competencia: temas básicos para entender las conductas anticompetitivas y el procedimiento”	2015	Externo	30
Curso Básico “ABC del Indecopi” Módulo II	2015	Interno	135
Conferencia “El Programa de Clemencia y la Detección de Cárteles”	2015	Interno	12
Conferencia “Aspectos jurídico-privados de la prohibición de conductas restrictivas de la competencia en la Ley española 15/2007 de Defensa de la Competencia: un análisis comparativo con la Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas”	2015	Interno	17
Cátedra “La Importancia de la Competencia a nivel internacional desde la perspectiva de las Naciones Unidas”	2015	Externo	196
Curso Especializado de Libre competencia	2015	Interno	36
Escuela Indecopi -Compal / Primer Programa Especializada en Defensa de la Competencia con énfasis en Programas de Clemencia	2015	Personal de organismos extranjeros	26

Actividad académica	Año	Público destinatario	Número de participantes
Conferencia “Efectos anticompetitivos de las alianzas y joint ventures estratégicas”	2016	Interno	28
Conferencia “Fortalecimiento de la ley de libre competencia”	2016	Externo	63
Conferencia “Cómo mejorar la transparencia en las relaciones entre la agencia de competencia y la comunidad empresarial”	2016	Interno	29
Libre Competencia	2016	Externo	58
Conversatorio Libre Competencia USMP	2016	Externo	257
Conferencia “La Regla <i>Per se</i> o de la Razón”	2016	Externo	27
Programa de Formación INDECOPI - COMPAL en Abogacías de la competencia	2016	Personal de organismos extranjeros	29
II Curso de Especialización en Defensa de la competencia Fase Virtual	2017	Interno y Externo	18
Mesa Redonda “Cuestiones Generales y Desafíos con Relación a la Observancia de la Competencia en Torno a las Plataformas Digitales”	2017	Externo	21
Conferencia Internacional “Programas de Clemencia y beneficios de la desarticulación de cárteles en la Defensa de la Competencia”	2017	Interno	113
Taller Internacional de Colusión	2017	Interno	30
Taller sobre el Programa de Clemencia	2017	Interno	20
Conferencia Internacional “Día de la Competencia de Perú”	2017	Interno	28
Taller Internacional sobre Abogacía de la Competencia	2017	Interno	125
Conversatorio Internacional: “Tendencias sobre Políticas de Competencia”	2017	Interno	0
Conversatorio Internacional: “Tendencias sobre Políticas de Competencia”	2017	Interno	49
Derecho de la competencia (SGH)	2017	Interno	21
III Curso de Especialización en Defensa de la competencia -	2017	Interno y Externo	28
Conferencia Internacional “Eficiencia sobre las Prácticas de Clemencia”	2017	Interno	8
Conferencia Internacional: “El Rol de la Economía en la convergencia global entre los sistemas de Derecho de Libre Competencia”	2017	Interno y Externo	24
Curso Virtual de Libre Competencia	2017	Interno	55
Conferencia: “La determinación de mercados relevantes en materia de Competencia en general” (Réplica Escuela Indecopi Compal - II 2017)	2018	Interno	10
Conferencia: “Aplicación de herramientas para la investigación de cárteles. A la luz de la experiencia española” (Réplica Escuela Indecopi Compal - II 2017)	2018	Interno	8
Conferencia: “Programa de Clemencia en el Perú” (Réplica Escuela Indecopi Compal - II 2017)	2018	Interno	5

Actividad académica	Año	Público destinatario	Número de participantes
Conferencia: “El programa de Clemencia: Alcances y beneficios” (Réplica Escuela Indecopi Compal - II 2017)	2018	Externo	20
Conferencia “Programa de Clemencia”	2018	Interno	15
Conferencia Internacional “Criminalización de los cárteles: Experiencia comparada y desafíos”	2018	Externo	103
Conferencia “Persecución de cárteles y Programa de clemencia”	2018	Interno	10

Fuente: Indecopi.

5.4. Revisión de instrumentos normativos

5.4.1. Ex-ante

El artículo 61 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Cabe deducir de ello que, en teoría, las propuestas normativas deben tener en cuenta la incidencia en la competencia. Además, las regulaciones de carácter multisectorial deben ser debatidas en el seno de una Comisión de Coordinación Viceministerial, que evalúa su coherencia con la política general del Gobierno y las correspondientes carteras de políticas públicas.

En lo que respecta al examen de las propuestas normativas (análisis *ex ante*), el Poder Ejecutivo puede solicitar al Indecopi que emita opiniones, que podrán incorporarse a la exposición de motivos del proyecto, y que incluirán argumentaciones acerca de: i) la necesidad de la regulación; ii) las razones por la que no resultaría arbitraria; iii) su proporcionalidad, y iv) un análisis costo-beneficio. Por tanto, el Indecopi, en su calidad de organismo técnico especializado, puede intervenir en el proceso legislativo emitiendo opiniones sobre temas relacionados con sus funciones (p. ej., libre competencia, protección del consumidor y propiedad intelectual). La Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros es el canal oficial a través del cual el Indecopi recibe solicitudes para revisar las propuestas normativas del Gobierno y atiende a esas peticiones. En cuanto a las propuestas de ley del Congreso, el Indecopi, junto con el Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad del Ministerio de Economía y Finanzas, suele ser el que establece la postura del Poder Ejecutivo.

En la práctica, la opinión del Indecopi suele tenerse en cuenta para el desarrollo de las diferentes propuestas legislativas o modificaciones regulatorias, si bien su opinión no es vinculante. En 2017, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia emitió ocho informes sobre propuestas

legislativas susceptibles de repercutir —positiva o negativamente— en el desarrollo de la competencia en varios sectores. Desde enero a mayo de 2018, por ejemplo, la Comisión ha examinado seis proyectos de ley.

Más allá de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi está facultada para revisar reglamentos administrativos (legislación derivada), pero no así proyectos o propuestas de ley (legislación primaria). Con todo, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas podrá emitir opiniones sobre propuestas de ley del Congreso cuando así se lo solicite el Poder Ejecutivo, en consonancia con lo anteriormente dispuesto.

El Indecopi no participa en la definición o reforma de los marcos regulatorios o las medidas de privatización. La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) no suele consultar al Indecopi. Sin embargo, el Indecopi sí que se ha valido de estudios sectoriales para presentar recomendaciones sobre reformas económicas (OECD, 2012, p. 27_[3]).

Por último, cabe señalar que el Indecopi ha formulado recomendaciones fundamentalmente sobre proyectos de infraestructura. Asimismo, para fijar las tarifas en los contratos de concesión y autorizar cualquier otro servicio no comprendido en la concesión original, el regulador del transporte (OSITRAN) está obligado a consultar al Indecopi acerca de las condiciones de competencia en el mercado (OECD, 2012, p. 27_[3]).

5.4.2. *Ex-post*

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia no ha impugnado en el pasado directiva o reglamento alguno promulgado por otra entidad del Poder Ejecutivo por considerarlo eventualmente contrario a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

No obstante, el Indecopi es competente para revisar *ex post* la legalidad o proporcionalidad de actos de legislación derivada, tales como decretos, ordenanzas municipales, acuerdos o resoluciones de rango administrativo, adoptados por otras entidades públicas, incluidos ayuntamientos y ministerios. En virtud del mandato que tiene conferido, el Indecopi está facultado para ordenar, mediante resolución administrativa, la remoción de cualquier carga regulatoria ilegal o desproporcionada. El incumplimiento de estas resoluciones podrá sancionarse con multas de hasta 25.000 USD.

El Indecopi desempeña su función de control regulatorio principalmente por conducto de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEBB)

y de las Comisiones Regionales del Indecopi en todo el país (situadas en 12 ciudades fuera de Lima, la capital). Concretamente, la CEBB, la Secretaría Técnica Regional de Eliminación de Barreras Burocráticas (SRB), las Oficinas Regionales del Indecopi y la correspondiente Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (la segunda instancia) se ocupan de la eliminación de barreras burocráticas. La CEBB está constituida por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (*per se*) y su Secretaría Técnica. La Comisión emite resoluciones definitivas al término de los procedimientos administrativos en los que se dilucida si las barreras burocráticas examinadas son ilegales o desproporcionadas, mientras que la Secretaría Técnica es el órgano competente para emprender todo tipo de actuaciones preventivas, investigaciones, inspecciones y actuaciones de supervisión, así como para iniciar, tramitar e instruir los procedimientos administrativos. La CEBB cuenta con aproximadamente diez expertos en Derecho administrativo. Desde 2008, las competencias legales de la CEBB se han ido delegando progresivamente en las 12 Comisiones Regionales del Indecopi a fin de permitirles examinar los reglamentos que aprueban los Gobiernos regionales y locales. En la actualidad, en la sede de la CEBB solo pueden revisarse los reglamentos que emanan del Poder Ejecutivo (Ministerios y organismos reguladores), así como de los Gobiernos locales de Lima (la capital y la provincia) y Callao. En 2017, el Consejo Directivo del Indecopi creó asimismo la Secretaría Técnica Regional de Eliminación de Barreras Burocráticas (SRB), cuyo cometido es reforzar la actuación y las capacidades técnicas de las 12 Comisiones Regionales del Indecopi.

Como ya se ha comentado anteriormente, las recomendaciones del Indecopi en materia de barreras regulatorias son vinculantes para todas las entidades públicas. En teoría, las recomendaciones de la CEBB relativas a la eliminación de barreras burocráticas contribuyen indirectamente a reducir los costos de competencia y las barreras de acceso al mercado. En ese sentido, la CEBB persigue algunos de los mismos objetivos que el Indecopi en el marco del Derecho de competencia. El Indecopi ha logrado la eliminación voluntaria de barreras burocráticas impuestas por entidades públicas a agentes privados en sectores estratégicos de la economía peruana, como los de telecomunicaciones, infraestructuras de servicios públicos, construcción y venta al por menor (p. ej., licencias de explotación y publicidad en exteriores). En 2017, por ejemplo, el Indecopi informó de la eliminación voluntaria de 3.812 barreras burocráticas

por parte de entidades públicas, que habrían representado unos costos estimados de aproximadamente 131 millones de USD.²⁵

Sin embargo, es evidente que la competencia no ha figurado entre las prioridades fundamentales de las políticas de la CEBB, básicamente porque no se incluye expresamente entre sus cometidos. El objetivo de la CEBB consiste, en cambio, en eliminar las barreras burocráticas ilegales y desproporcionadas. La CEBB y las Oficinas Regionales del Indecopi están facultadas para evaluar e identificar las barreras burocráticas ilegales y desproporcionadas originadas por actos de legislación derivada, como decretos, ordenanzas municipales, acuerdos o resoluciones de rango administrativo. Para establecer la ilegalidad de un acto reglamentario, el Indecopi debe verificar la competencia normativa de la entidad que aprueba la norma, así como si se han observado las formalidades que requería su adopción. En ese sentido, este tipo de evaluación no abunda en el impacto competitivo de la norma correspondiente.

6. Competencia desleal y protección del consumidor/Funciones del Indecopi no relacionadas con la competencia

6.1. Competencia desleal

En Perú, el Decreto Legislativo n° 1044 —Ley de Represión de la Competencia Desleal— contiene un conjunto de normas represoras de toda conducta empresarial que tenga por efecto socavar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. En pocas palabras, la Ley de Represión de la Competencia Desleal sanciona aquellos actos que son objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial (como los actos de engaño, de denigración, de comparación y equiparación indebida y de sabotaje empresarial, entre otros).

Dentro del Indecopi, son varios los órganos que se ocupan de las cuestiones relacionadas con la libre competencia y la competencia desleal. Estos órganos son independientes y autónomos. La Comisión de Fiscalización de la

²⁵ Observatorio de Mercados Gerencia de Estudios Económicos “Midiendo el ahorro económico de los agentes económicos por la eliminación de barreras burocráticas en el Perú durante el 2017” Año 12, n° 36, mayo de 2018, disponible en el enlace: www.indecopi.gob.pe/documents/20182/2375854/20180528_Observatorio_de_barreras_burocr%C3%A1ticas_2017.pdf/0dd47685-ea0d-11fd-462c-1db6ecbc2e6b.

Competencia Desleal (CFCD) en primera instancia, y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia —la segunda y última instancia del Indecopi— son los órganos administrativos responsables de aplicar la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Estos órganos del Indecopi tienen competencia exclusiva para sancionar todo acto de competencia desleal. La CFCD puede declarar la existencia de un acto de competencia desleal, e imponer las correspondientes sanciones —es decir, amonestaciones o multas, en función de la gravedad de la conducta—. Además, la CFCD puede dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado. Tales medidas pueden consistir, en particular, en el cese del acto infractor, el comiso y/o la destrucción de productos o la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Si las personas jurídicas o físicas obligadas a cumplir una medida correctiva ordenada por la CFCD no lo hicieran, se les impondrá una multa coercitiva equivalente al 25% de la multa impuesta por la realización del acto de competencia desleal declarado.

A marzo de 2018, se habían iniciado 32 procedimientos de investigación promovidos por denuncias de parte, y otros 34 de oficio.

6.2. Protección del consumidor

De acuerdo con lo dispuesto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley n° 29571), el Indecopi es asimismo responsable de la protección del consumidor y, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, tiene atribuidas las funciones siguientes:

- ejecutar la política nacional de protección del consumidor y el Plan Nacional de Protección de los Consumidores;
- proponer la normativa en materia de consumo;
- formular y ejecutar las acciones necesarias para fortalecer la protección del consumidor y los mecanismos para la defensa de sus derechos;
- implementar los mecanismos de prevención y solución de conflictos en las relaciones de consumo;
- implementar el sistema de información y orientación a los consumidores con alcance nacional;
- coordinar la implementación del sistema de información sobre legislación, jurisprudencia y demás acciones y decisiones relevantes en materia de relaciones de consumo;

- coordinar la implementación del sistema de alerta y actuación oportuna frente a los productos y servicios peligrosos que se detecten en el mercado;
- elaborar y presentar el informe anual del estado de la protección de los consumidores en el país, así como sus indicadores;
- coordinar y presidir el funcionamiento del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, y
- en su calidad de ente rector del sistema, emitir directivas para la operatividad del mismo respetando la autonomía técnico-normativa, funcional, administrativa, económica y constitucional, de los integrantes del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor.

Las actividades del Indecopi están en sintonía con la política nacional de protección y defensa del consumidor, y se implementan en el marco del Plan Nacional de Protección de los Consumidores, que estará vigente durante el período 2017-2020. El Consejo Directivo del Indecopi trabaja actualmente en el desarrollo de un instrumento similar para la política de competencia.

6.3. Neutralidad competitiva

Las empresas de titularidad pública reciben el mismo tratamiento legal que las empresas privadas en asuntos tanto de libre competencia como de competencia desleal. Como ya se ha mencionado, el Indecopi ha sancionado en el pasado a empresas estatales por infracciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

El artículo 14, apartado 3, de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de competencia desleal. Esta disposición constitucional de la Constitución prevé que el Estado solo puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. En cualquier caso, esas actividades solo estarán permitidas si están autorizadas por la ley. Por consiguiente, la actividad empresarial del Estado que no se ajuste a este conjunto de normas estará sujeta a la imposición de sanciones y medidas correctivas por parte del Indecopi. Por ejemplo, el Indecopi sancionó a un ayuntamiento por ofrecer un servicio de terminal de autobuses sin que existiera una ley aprobada por el Congreso que le autorizara a llevar a cabo esa actividad

empresarial. Del mismo modo, el Ministerio de Defensa y la Fuerza Aérea del Perú fueron sancionados por ofrecer servicios de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico a través de una escuela de aviación civil de titularidad pública, infringiendo así el artículo 60 de la Constitución.

7. Regímenes sectoriales

El Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) comparte con el Indecopi el papel de autoridad nacional de competencia, si bien sus atribuciones se circunscriben al sector de las telecomunicaciones. La legislación de libre competencia y de represión de la competencia desleal del sector de las telecomunicaciones y su normativa procedimental conexas presenta numerosas similitudes con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Represión de la Competencia Desleal que con carácter general aplica el Indecopi.

El Osiptel es competente para investigar, perseguir y resolver, tanto a instancia de parte como de oficio, los casos de competencia en el sector de las telecomunicaciones. Además, lleva a cabo estudios de promoción de la competencia relacionados con ese sector. Por tanto, el Indecopi, a través de su Comisión de Defensa de la Libre Competencia, es la única autoridad facultada para hacer cumplir la legislación de competencia en todos los sectores de la economía peruana, incluidos los sectores regulados distintos del de telecomunicaciones.

En Perú, la legislación de competencia es complementaria —o “subsidiaria”— de las regulaciones sectoriales. Por tanto, en sectores sometidos a una regulación específica —por ejemplo, agua y saneamiento, transporte, energía o telecomunicaciones— solo podrá entrarse a aplicar la legislación sustantiva de competencia cuando una determinada situación o mercado no esté ya regulado por la normativa sectorial aplicable. Por tanto, el Indecopi puede incoar procedimientos administrativos contra empresas reguladas —ya sean públicas o privadas— exclusivamente respecto de conductas empresariales que escapen del ámbito de la conducta regulada en cuestión.

En los últimos cinco años, el Indecopi ha conocido de un número significativa de casos de competencia en mercados regulados, incoando procedimientos contra cárteles establecidos en los sectores de la energía, el transporte marítimo y el transporte público terrestre. Así, por ejemplo, en 2017 la Comisión sancionó la presencia de cárteles en sectores regulados con las siguientes multas: (i) 27.282,90 USD por prácticas colusorias horizontales en el

mercado del transporte público en Islay (en la región peruana de Arequipa); (ii) 22.889.913,56 USD por prácticas colusorias horizontales para fijar el precio del gas licuado de petróleo (GLP) en sus presentaciones envasadas y a granel; y (iii) 3.002.054,70 USD y 3.688.720,03 USD en sendos casos de prácticas colusorias horizontales en el mercado de GLP para el uso de vehículos en las regiones peruanas de Chiclayo y Chimbote, respectivamente.

El Indecopi es competente para aplicar la legislación de competencia en los sectores regulados, salvo en el de las telecomunicaciones, donde la aplicación de la normativa de competencia está a cargo del Osiptel. No obstante, solo en la regulación del sector energético (Ley n° 26734 del Organismo Supervisor de Inversión en Energía) se estipula expresamente que el Indecopi es competente, como integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía, de velar en los subsectores de electricidad e hidrocarburos por la aplicación de las normas de libre competencia y sus modificaciones. El marco normativo de los otros dos sectores regulados, agua y saneamiento e infraestructura de transporte, no prevé disposición específica alguna sobre la aplicación de la normativa de competencia. El Indecopi podrá iniciar procedimientos de investigación y sanción por infracciones de la legislación de competencia relacionadas con conductas de empresas reguladas que escapen del ámbito de la conducta reglada en cuestión trate.

7.1. Relación con los reguladores sectoriales

La Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público otorga competencia exclusiva a los reguladores sectoriales sobre todas las cuestiones relacionadas con el acceso a la infraestructura pública en su sector. Estos reguladores son: (i) en el sector del transporte, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN); (ii) en el sector de las telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL); (iii) en el sector energético, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN); y (iv) en el sector del agua y saneamiento, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). Todos estos organismos gozan de independencia administrativa, por lo que —al igual que el Indecopi— responden de su actuación ante la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros y no ante el Ministerio al que pertenezca la actividad económica regulada.

Todos estos reguladores sectoriales tienen atribuida parcialmente la función de fomentar la competencia en sus sectores. No obstante, sus competencias a esos efectos se encuentran limitadas por el hecho de que los

respectivos Ministerios retengan para sí la facultad de emitir licencias u otorgar concesiones, así como de adoptar otras decisiones fundamentales.

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia actúa de forma coordinada con cada uno de los organismos reguladores. El Indecopi ha celebrado acuerdos con todos los organismos reguladores para agilizar el intercambio de información. Así, por ejemplo, en los procedimientos de control de concentraciones en el sector eléctrico es habitual que la Comisión solicite informes al organismo regulador del sector energético (OSINERGMIN) para que se pronuncie sobre las cuotas de mercado, la operativa, el alcance y la inversión de las empresas reguladas que intervienen en la concentración. En el sector del transporte, la Comisión ofrece asistencia al regulador de la infraestructura de transporte público (OSITRAN) en la fijación de las tarifas portuarias. Asimismo, para fijar las tarifas en los contratos de concesión y autorizar cualquier otro servicio no comprendido en la concesión original, el OSITRAN está obligado a consultar al Indecopi acerca de las condiciones de competencia en el mercado (OECD, 2012, p. 29_[3]).

Como ya se ha mencionado, el organismo regulador del sector de las telecomunicaciones (Osiptel) ejerce también como autoridad de competencia en ese sector. Entre las responsabilidades reguladoras del Osiptel se incluye resolver problemas de interconexión, el establecimiento de normas en materia de calidad y la fijación de tarifas máximas cuando no existe una competencia efectiva. El Osiptel también realiza una labor de supervisión de los mercados de telecomunicaciones para detectar posibles infracciones anticompetitivas. El Osiptel tiene atribuidas facultades de investigación y sanción, y puede emprender también estudios de mercado e iniciativas de promoción de la competencia.

El Osiptel ha expedido lineamientos oficiales para explicar el enfoque que adopta para velar por la competencia y fiscalizar los actos de competencia desleal. Si bien los lineamientos sobre libre competencia abordan algunos de las materias sobre los que también versan las resoluciones que emite la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, dichos lineamientos aclaran también los criterios que el Osiptel aplica para definir los mercados y evaluar la posible posición de dominio de una empresa.

7.1.1. Acuerdos de colaboración y memorandos de entendimiento

El Indecopi ha celebrado acuerdos de cooperación y memorandos de entendimiento con varios organismos reguladores y de control en Perú con miras a fortalecer esa colaboración y la eficacia de sus respectivas actividades. En la siguiente tabla se enumeran esos acuerdos.

Tabla 16. Acuerdos firmados por el INDECOPI con otros organismos reguladores y entes públicos

Institución	Nombre del acuerdo	Objetivo	Desde	Hasta
SOCIEDAD DE COMERCIO EXTERIOR DEL PERÚ (ComexPerú)	Acuerdo sobre cooperación técnica entre ComexPerú y el INDECOPI	Reforzar las relaciones de cooperación entre el INDECOPI y ComexPerú en beneficio de la ciudadanía, los agentes económicos y los entes públicos, para contar así con mecanismos de sensibilización y difusión de la labor del INDECOPI en materia de defensa de la competencia.	12/11/2017	12/11/2020
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)	Acuerdo de cooperación interinstitucional entre el OSIPTEL y el INDECOPI	Sensibilizar a los proveedores sobre la obligación que tienen de facilitar información completa y adecuada acerca de los bienes o servicios que ofrecen, y difundir entre los consumidores un mensaje que les incite a adoptar una postura más activa en la defensa de sus derechos.	15/03/1996	Indefinido
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO (OSITRAN)	Acuerdo de cooperación interinstitucional entre el OSITRAN y el INDECOPI	Fomentar la creación de mecanismos de colaboración entre el OSITRAN y el INDECOPI para la instauración de procedimientos adecuados para abordar las solicitudes de prestación de servicios especiales de APM Terminals. Fomentar el respeto continuado de las competencias del OSITRAN y el INDECOPI conforme a sus respectivas leyes de creación y otra normativa relacionada.	16/06/2014	16/06/2016 (sujeto a prórroga automática)
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA (OSINERGMIN)	Acuerdo marco de cooperación interinstitucional entre el OSINERGMIN y el INDECOPI	Facilitar el intercambio oportuno y fluido y la accesibilidad de toda la información generada por ambas entidades. Asimismo, autorizar la ejecución de actuaciones conjuntas de difusión y supervisión, teniendo en cuenta las competencias de ambos organismos a nivel nacional. Si fuese necesario, podrían firmarse otros acuerdos específicos en asuntos de mutuo interés.	20/11/2017	20/11/2019 (sujeto a prórroga automática de dos años)

Institución	Nombre del acuerdo	Objetivo	Desde	Hasta
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO (SUNASS)	Acuerdo de cooperación interinstitucional entre la SUNASS y el INDECOPI	Sensibilizar a los proveedores sobre la obligación que tienen de facilitar información completa y adecuada acerca de los bienes o servicios que ofrecen, y difundir entre los consumidores un mensaje que les incite a adoptar una postura más activa en la defensa de sus derechos.	15/03/1996	Indefinido
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (SUNAT)	Acuerdo de cooperación interinstitucional entre la SUNAT y el INDECOPI	<p>Poner en marcha campañas de orientación y difusión conjunta en materias de su competencia.</p> <p>Emprender actuaciones conjuntas que faciliten el debido desempeño de sus funciones de supervisión.</p> <p>Llevar a cabo inspecciones operativas conjuntas en caso de sospecha de infracción de derechos de propiedad intelectual.</p> <p>Coordinar grupos de trabajo bilaterales, a instancia de una de las partes en el acuerdo, para la elaboración de normas y procedimientos, entre otros.</p>	18/08/2004	Indefinido
SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PERSONAS, CARGA Y MERCANCÍAS (SUTRAN)	Acuerdo marco de Cooperación Interinstitucional entre la SUTRAN y el INDECOPI	<p>Fomentar la colaboración entre ambas instituciones a fin de reforzar y mejorar el cumplimiento normativo en el marco de las competencias de cada una de estas entidades.</p> <p>Promover la eficiencia de sus actuaciones encaminadas a brindar protección a los usuarios finales de servicios relacionados con el transporte de personas, carga y mercancías tanto a nivel nacional como internacional, siempre que ambas entidades tengan atribuida esa competencia.</p>	30/11/2016	30/11/2018

Institución	Nombre del acuerdo	Objetivo	Desde	Hasta
Organismos reguladores de servicios públicos: OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS	Acuerdo marco de cooperación interinstitucional entre el INDECOPI y los organismos públicos siguientes: OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS	Establecer una cooperación interinstitucional adecuada entre el INDECOPI, en tanto que Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, y los organismos reguladores de servicios públicos: OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN, en tanto que miembros del Consejo Nacional de Protección del Consumidor, en aras de contribuir al desarrollo y funcionamiento del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor.	05/02/2013	02/05/2014 (sujeto a prórroga automática)

Fuente: Indecopi.

7.2. Osiptel – Fiscalización de la competencia en el sector de las telecomunicaciones

Como ya se ha mencionado, el Osiptel es el único regulador que comparte con el Indecopi la condición de autoridad nacional de competencia en Perú. El papel del Osiptel se circunscribe al sector de las telecomunicaciones, ámbito en el que el Osiptel interviene activamente como autoridad de competencia y ejerce funciones tales como la persecución, detección y sanción de conductas anticompetitivas y de competencia desleal. La legislación de libre competencia y de represión de la competencia desleal del sector de las telecomunicaciones y su normativa procedimental conexas presenta numerosas similitudes con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Represión de la Competencia Desleal que con carácter general aplica el Indecopi.

7.2.1. Marco institucional

El Osiptel es un ente público descentralizado responsable de regular y supervisar el mercado de telecomunicaciones. Se trata de un organismo independiente adscrito a la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros. Este organismo desempeña dos funciones, la de regulador económico y la de organismo de defensa de la competencia en los mercados de telecomunicaciones. Por tanto, su papel consiste, de una parte, en promover la existencia de condiciones de competencia en los mercados de telecomunicaciones (interviniendo de manera *ex ante* o previa) y, de otra, en

perfeccionar y aplicar la legislación de competencia en esos mercados (interviniendo *ex post*).

El Osiptel presenta una estructura similar a la del Indecopi, especialmente porque cuenta con órganos que gozan de competencia exclusiva en cuestiones de competencia y porque en su seno se da también una separación entre las facultades de investigación y de toma de decisiones.

La labor de tutela de la competencia del Osiptel es independiente de su actividad reguladora. Sin embargo, la Secretaría Técnica del Osiptel gestiona ambos tipos de actividades asignando indistintamente su personal entre labores de solución de controversias y/o de fiscalización de conductas anticompetitivas o de competencia desleal: esto es, todos los empleados se ocupan en todo tipo de asuntos. A pesar de esta ausencia de división administrativa de tareas, los Cuerpos Colegiados Permanentes y el Tribunal se ocupan únicamente de las cuestiones de competencia.

La función de tutela de la competencia principal de la Secretaría Técnica consiste en investigar y sancionar las conductas anticompetitivas, incentivando así la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. No obstante, son los Cuerpos Colegiados Permanentes —y, en segunda instancia, el Tribunal de Solución de Controversias— quienes sancionan las conductas anticompetitivas o de competencia desleal y se encargan de imponer medidas complementarias o correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo.

7.2.2. Recursos

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley n° 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos), el Osiptel goza de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. El Osiptel tiene dos departamentos competentes en materia de política de la competencia: (i) la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (labor de control *ex ante*) y la Secretaría Técnica (labor de control *ex post*).

El presupuesto del Osiptel se financia con los derechos que las empresas reguladas pagan a razón de un 0,05% de los ingresos netos que obtienen de la prestación de sus servicios públicos de telecomunicaciones. En la tabla que figura a continuación se consigna el presupuesto de gasto del Osiptel.

Tabla 17. Presupuesto del Osiptel

	Gasto presupuestario – Secretaría Técnica	Gasto presupuestario - Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia
2017	412.604 USD	314.245 USD
2016	413.706 USD	293.687 USD
2015	434.304 USD	282.570 USD

Fuente: Osiptel.

En la tabla siguiente se detalla el personal que se asigna a cuestiones de competencia:

Tabla 18. OSIPTEL: Personal asignado a cuestiones de competencia

Número de personas	Cargo
Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia - Equipo de Competencia	
05 Economistas	1 director adjunto 1 jefe de equipo 3 analistas sénior
01 Abogado	1 experto jurídico
Equipo de la Secretaría Técnica	
05 Abogados	Abogados Abogados que asesoran en la <u>primera instancia administrativa</u> : – 1 Secretario Técnico de los Cuerpos Colegiados – 2 Expertos jurídicos – 1 Analista jurídico 1 abogado que asesora en la <u>segunda instancia administrativa</u> : – 1 Secretario Técnico del Tribunal Administrativo de Solución de Controversias.
02 Economistas	Economistas 1 economista que asesora <u>en la primera instancia administrativa</u> y colabora en la fase de investigación. – 1 Experto económico 1 economista que asesora en la segunda instancia administrativa y colabora en la fase de investigación. – 1 Analista económico

Fuente: Source: Osiptel.

7.2.3. Procedimiento

Las investigaciones de infracciones de la competencia suelen iniciarse de oficio o por denuncia de parte presentada por cualquier empresa afectada por una conducta susceptible de alterar las condiciones de competencia en el mercado. Pese a que la ley faculta al Osiptel para recibir solicitudes de clemencia, en la actualidad el Osiptel carece de un programa de estas características. No obstante, el Osiptel tiene previsto elaborar y tener publicado a finales de este año la guía de un programa de clemencia para los mercados de telecomunicaciones.

Las partes son informadas del inicio de la investigación. Como órgano encargado de investigar y perseguir las conductas anticompetitivas, la Secretaría Técnica está facultada para solicitar a las operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y otras empresas información relacionada con la investigación iniciada. El Osiptel podría imponer sanciones a las operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y a otras empresas que no faciliten la información solicitada o que la faciliten pero de manera incompleta. El Decreto Legislativo n° 1034 faculta al Osiptel para realizar inspecciones, entrar en locales y tomar copia de cualquier documento. Esas inspecciones podrán realizarse con o sin previa notificación. No obstante, en los últimos cinco años solo se ha realizado una inspección sin previa notificación.²⁶

La Secretaría Técnica no realiza sus investigaciones con arreglo a un procedimiento pautado. Cada una de las actuaciones dependerá de las circunstancias concretas del caso, ya que cada asunto presenta sus propias especificidades. No obstante, el Osiptel ha informado a la OCDE de su intención de elaborar una guía sobre el procedimiento de investigación de conductas anticompetitivas o actos de competencia desleal en el mercado de telecomunicaciones.

Tanto los Cuerpos Colegiados Permanentes como el Tribunal Administrativo de Solución de Controversias podrán acordar que la información aportada durante una investigación o un procedimiento administrativo sea considerada confidencial. En ese caso, emitirán una resolución declarando la calidad de confidencial de la información de que se trate. El Osiptel cuenta con

²⁶ Hasta ahora el Osiptel no ha solicitado la colaboración de los órganos judiciales a fin de obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso de negativa a la entrada en locales privados ni para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos.

una normativa reguladora propia de la protección de la información confidencial que se aporta durante una investigación o procedimiento administrativo (Resolución 178-2012-CD/OSIPTEL).²⁷

Una vez concluida su investigación, la Secretaría Técnica debe preparar un informe técnico que dirigir a los Cuerpos Colegiados Permanentes para que resuelvan la controversia en primera instancia administrativa. Estos Cuerpos se atienen a unos lineamientos generales que publica el Osiptel para la aplicación de las normas de represión de conductas anticompetitivas en el ámbito de las telecomunicaciones.²⁸ Las partes podrán apelar las decisiones o resoluciones de los Cuerpos Colegiados Permanentes ante el Tribunal Administrativo de Solución de Controversias, que funciona como segunda y última instancia en vía administrativa. La resolución del Tribunal será apelable en vía contencioso-administrativa.

7.2.4. Articulación de las relaciones entre el Osiptel, el Indecopi y otras autoridades competentes

Las competencias del Indecopi y el Osiptel se delimitan en función del mercado afectado por la conducta investigada. Cuando esa conducta tenga lugar en el mercado de telecomunicaciones, la autoridad competente será el Osiptel; cuando tenga lugar en cualquier otro sector económico, la autoridad competente para investigarla será el Indecopi.

El Indecopi y el Osiptel coordinan sus actividades para que no se evidencien divergencias entre sus criterios y decisiones. Así, para garantizar que su actuación es coherente con el enfoque del Indecopi, y en vista del conocimiento experto que atesora este instituto, en todos los casos de infracción a la competencia o de competencia desleal de que conoce el Osiptel, este organismo solicita al Indecopi un informe técnico en el que se analiza la conducta anticompetitiva o acto de competencia desleal en cuestión. Aunque este tipo de informe permite al Osiptel valerse del enfoque y el conocimiento experto del Indecopi en casos de competencia relacionados con el sector de las telecomunicaciones, en la actualidad esa coordinación solo tiene lugar de manera informal.

²⁷ En: www.osiptel.gob.pe/Archivos/ResolucionAltaDireccion/ConsejoDirectivo/Res178-2012-CD.pdf

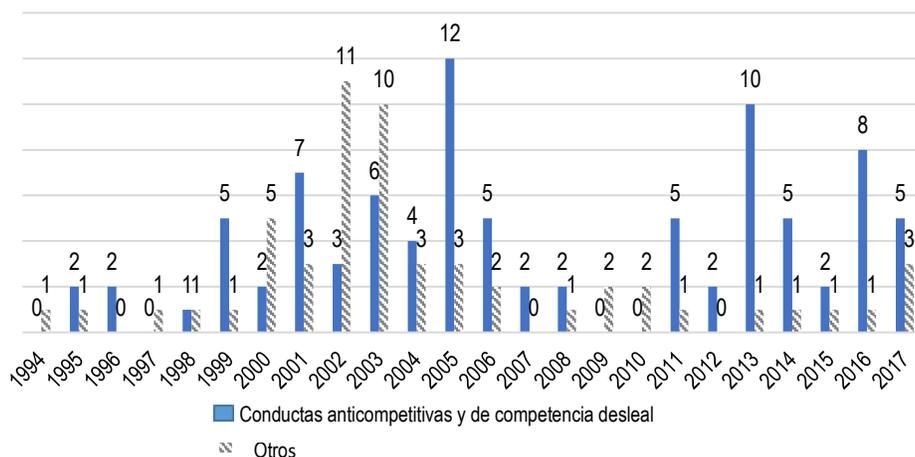
²⁸ www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/077-2016-cd-osiptel/Resolucion006-2016-TSC-Osiptel.pdf

En cuanto al fomento de la competencia en el mercado, el Osiptel también interactúa con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), que es quien aprueba el Marco Normativo General del sector de las telecomunicaciones (p. ej., negociación de licencias y gestión del espectro radioeléctrico). En particular, el Osiptel puede recomendar al MTC la modificación de la normativa general de telecomunicaciones a fin de impulsar la competencia, y puede también presentar informes al Ministerio sobre la legislación nacional y la gestión que se hace del espectro en el sector. En estos casos los dictámenes del Osiptel no son vinculantes, hasta el punto de que se han llegado a aprobar transferencias de espectro aun cuando el Osiptel había emitido una opinión negativa a propósito de sus efectos sobre la competencia.

7.2.5. Tutela en la práctica de la defensa de la competencia

Entre 1994 y 2017, el Osiptel incoó 90 procedimientos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y de competencia desleal (62%) y 55 casos (38%) relativos a asuntos tales como desavenencias en torno a las condiciones de interconexión y acceso a la infraestructura pactadas en acuerdos bilaterales. En el gráfico incluido a continuación se desglosa el número y los tipos de casos iniciados por el Osiptel, por año.

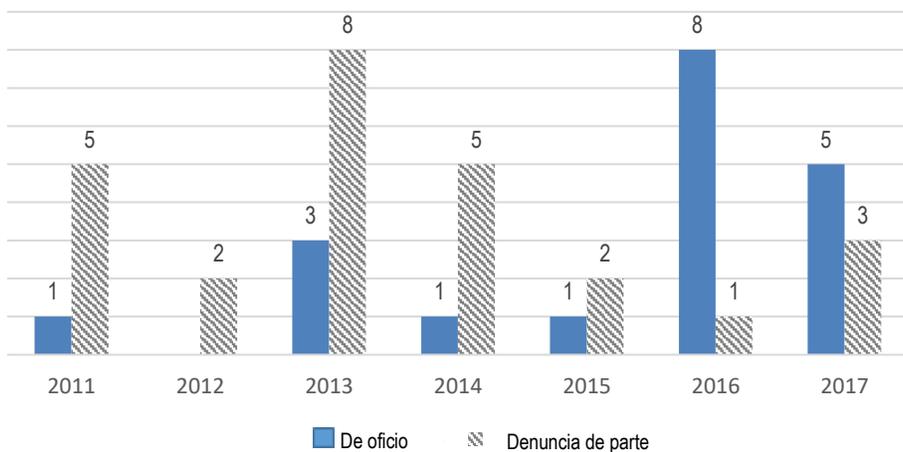
Gráfico 6. Número de casos iniciados por Osiptel, por año



Fuente: Osiptel.

Hasta 2006 las empresas denunciaron con profusión la existencia de conductas anticompetitivas. El número de estas denuncias ha ido disminuyendo desde entonces, justo al contrario de lo sucedido con las investigaciones de oficio, que han aumentado en los últimos años. Entre los casos de infracciones a la competencia más relevantes sustanciados por el Osiptel se incluyen los correspondientes a ventas atadas, acuerdos de exclusividad, estrechamientos de márgenes y prácticas colusorias en los mercados de Internet, televisión de pago y telefonía móvil.

Gráfico 7. Número de casos iniciados de oficio y por denuncia de parte, por año



Fuente: Osiptel.

Tal como se desprende de la tabla 19, el Osiptel se ha dedicado principalmente a investigar y sancionar los abusos de posición de dominio, a diferencia del Indecopi, que ha priorizado sus actuaciones de investigación y sanción de las prácticas colusorias horizontales.

Tabla 19. Investigaciones en materia de competencia del Osiptel, por tema (2013-2017)

Investigaciones	Prácticas colusorias horizontales	Abuso de posición de dominio
2017	1	
2016	1	2
2015		3
2014		1
2013		1

Fuente: Osiptel

Históricamente, el número de procedimientos de investigación y sanción iniciado por el Osiptel ha sido reducido y no se han emitido resoluciones al menos desde 2013, si se exceptúan los casos sobre actos de competencia desleal. En 2013 se incoaron dos casos, ambos relacionados con actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes en el mercado de telefonía móvil. Uno de ellos fue desestimado en primera instancia²⁹, mientras que en el segundo de ellos hubo lugar a la imposición de una multa en primera instancia, que posteriormente fue revocada en segunda instancia tras declararse fundado el recurso de apelación³⁰. Entre 2013 y 2015 se iniciaron varios procedimientos por posible abuso de posición de dominio en el mercado de la televisión en la modalidad de comercialización agrupada de servicios de televisión por cable y servicios de Internet y telefonía fija. Finalmente no se encontraron pruebas suficientes, por lo que se resolvió no someter estos casos a los Cuerpos Colegiados Permanentes. En 2015 se incoaron dos investigaciones por posible abuso de posición de dominio —una en el mercado de la telefonía móvil y la otra en dos mercados regionales de Internet. Tampoco aquí se encontraron pruebas suficientes para elevar los casos a los Cuerpos Colegiados Permanentes. En 2016 se inició una investigación por la posible existencia de prácticas colusorias horizontales en el mercado de televisión por cable en Iquitos, que también se archivó por falta de pruebas. Ese año la Secretaría Técnica inició también dos investigaciones por posible abuso de posición de dominio que aún están pendientes de resolución —en el mercado de Internet y en el mercado de telefonía móvil. Por último, en 2017 se inició una

²⁹ En: www.osiptel.gob.pe/articulo/exp009-2013-cc

³⁰ En: www.osiptel.gob.pe/articulo/exp010-2013-cco-st-lc

investigación, aún en curso, por posibles prácticas colusorias horizontales en el mercado de la telefonía móvil.

(i) Prácticas colusorias horizontales

Como ya se ha mencionado, las investigaciones de conductas colusorias en el mercado de telecomunicaciones son infrecuentes en Perú. Hasta la fecha, y pese a haber llevado a cabo algunas investigaciones, el Osiptel no ha sancionado prácticas de este tipo.

(ii) Prácticas colusorias verticales

La única práctica colusoria vertical investigada y sancionada por el Osiptel ha sido la existencia de convenios de exclusividad. Según la experiencia del Osiptel, los convenios de exclusividad pueden ser investigados bien por suponer un abuso de posición de dominio o bien por constituir una práctica colusoria vertical. Un caso relacionado con un convenio de exclusividad se tratará como abuso de posición de dominio cuando se origine en una decisión unilateral del agente económico que goce de la posición de dominio; así, por ejemplo, cuando el convenio solo beneficie a la empresa dominante e implique la sumisión, aceptación o tolerancia de las otras empresas firmantes. Los convenios de exclusividad se tratarán como prácticas colusorias verticales cuando el acuerdo traiga causa de decisiones multilaterales que beneficien a todas las partes firmantes.³¹ En julio de 2018, el Osiptel inició un procedimiento administrativo de investigación y sanción de una práctica colusoria vertical.³²

(iii) Abusos de posición de dominio

La mayor parte de los casos de competencia investigados por el Osiptel tienen por objeto los abusos de posición de dominio. Esto se debe a que en los mercados de telecomunicaciones son habituales los problemas relacionados con el acceso a determinadas infraestructuras, que pueden o no tratarse de

³¹ Véase: Resolución n° 062-CCO-2000 de 21 de diciembre de 2000, emitida en la controversia Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. (Exp. 006-99); la Resolución n° 012 -2013-CCO/Osiptel de 8 de marzo de 2013 y la Resolución N° 007 -2013-TSC/Osiptel de 2 de julio de 2013, ambas emitidas en el marco del procedimiento iniciado por Digital Communications Network S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y otros (EXP. 006-2011- BCC-ST/LC).

³² www.osiptel.gob.pe/noticia/np-inician-procedimiento-administrativo.

instalaciones esenciales. La mayoría de esos problemas se solucionan mediante la aplicación de mecanismos regulatorios.

En la actualidad, Perú cuenta con una normativa sobre uso compartido de infraestructura, a la que recurre principalmente el Osiptel para dirimir estos casos. En particular, cuando fracasan las negociaciones entre una empresa que posee una infraestructura y otra que quiere acceder a ella, las empresas consideradas pueden solicitar la intervención del Osiptel para que emita un Mandato de Acceso comprendido en el ámbito de aplicación de la normativa reguladora del acceso y uso compartido de infraestructura. Mediante la emisión de este tipo de Mandato, el Osiptel establece las condiciones técnicas y económicas conforme a las cuales la empresa titular de la infraestructura debe otorgar acceso a la otra.

Los casos no comprendidos en el ámbito de aplicación de esa normativa pueden tratarse como abusos de posición de dominio. A continuación se enumeran los principales casos de abuso de posición de dominio evaluados por el Osiptel:

- Tele 2000 contra Telefónica: negativa injustificada a negociar y discriminación.³³
- AT&T contra Telefónica: negativa injustificada a negociar.³⁴
- De oficio contra Telefónica: abuso de posición dominante en la modalidad de ventas atadas.³⁵
- Tele Cable contra Telefónica, Fox, Turner: acuerdos de exclusividad.³⁶
- Nextel contra Telefónica Móviles: precios predatorios.³⁷

³³ www.osiptel.gob.pe/documentos/expediente-n-00295.

³⁴ www.osiptel.gob.pe/documentos/6425-expediente-n-0032001

³⁵ www.osiptel.gob.pe/documentos/71983-expediente-n-0052011

³⁶ www.osiptel.gob.pe/documentos/6141-expediente-n-0061999

³⁷ www.osiptel.gob.pe/documentos/expediente-n-0012005

(iv) Medidas correctivas

Además de multas, el Osiptel está facultado para dictar medidas de subsanación y correctivas que permitan restablecer el proceso de competencia y/o revertir los efectos lesivos de la conducta infractora. Así, por ejemplo, el Osiptel ha ordenado a empresas del mercado de televisión por cable que eliminen las cláusulas de exclusividad de efecto exclusorio, a fin de permitir el acceso a determinadas infraestructuras en casos de negativa injustificada a negociar, así como la eliminación de una cláusula vinculante de un contrato.

(v) Control de concentraciones

En el sector de las telecomunicaciones no existe control de concentraciones. No obstante, las concentraciones en ese sector suelen conllevar transferencias de espectro y de títulos de concesión. Estas transferencias tienen que ser autorizadas por el MTC.³⁸ En estos casos, el MTC solicita al Osiptel que emita una opinión no vinculante a propósito de los posibles efectos que la concentración del mercado pudiera tener sobre la competencia, los precios y el bienestar de los consumidores. Sin embargo, la decisión final corresponde al MTC, que es la entidad competente para asignar el espectro y otorgar títulos de concesión. Al menos en dos casos, el Osiptel desaconsejó de manera categórica las operaciones de transferencias de espectro en la banda 2.5-2.6 MHz, ideal para la prestación de servicios de telefonía móvil 4G avanzados, que sin embargo fueron autorizadas por el MTC.

Se enumeran a continuación los principales informes de opinión emitidos por el Osiptel a solicitud de MTC en estos asuntos.³⁹

³⁸ El contenido de las opiniones emitidas por el Osiptel sobre casos ya cerrados está públicamente disponible en los siguientes enlaces: las referidas a fusiones en www.osiptel.gob.pe/documentos/fusiones; las referidas a concentraciones que aparejan la transferencia de espectro (recurso limitado) en <http://www.osiptel.gob.pe/documentos/transferencia-espectro>.

³⁹ Los informes de opinión del Osiptel para el MTC están disponible en el enlace: <http://www.osiptel.gob.pe/documentos/transferencia-espectro>

Tabla 20. Opiniones del Osiptel sobre transferencia de espectro y de títulos de concesión:

Agentes económicos implicados		Año	Opinión
Telefónica del Perú	BellSouth	2004	Favorable, con condiciones
America Móvil	Telmex	2011	Favorable, con condiciones
Telefónica del Perú	Telefónica Móviles, T. Multimedia, Star Global Com	2011, 2013 (Nueva solicitud)	Favorable, con condiciones
Americatel	Nextel	2013	Favorable
Olo del Perú	TVS Wireless (Transferencia de espectro)	2016	Desfavorable

Fuente: Osiptel

8. Cooperación internacional

8.1. Acuerdos de cooperación internacional

El Indecopi participa en iniciativas de cooperación internacional para poder llevar a cabo sus actividades de manera más eficaz, elevar el nivel de conocimiento de sus profesionales y estar presente en foros internacionales en los que poder enseñar y aprender de las mejores prácticas. Hasta la fecha, el Indecopi ha firmado 14 acuerdos internacionales en materia de competencia con los siguientes organismos extranjeros:

- La Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia de Panamá.
- La Autoridad de Competencia de Francia.
- La Comisión Federal de Competencia Económica de México.
- El Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil.
- La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina.
- La Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de EE. UU.

- La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Dominicana.
- La Fiscalía Nacional Económica de Chile.
- El Instituto Nacional de Promoción de la Competencia de Nicaragua.
- La Superintendencia de Competencia de El Salvador.
- La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.
- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador.
- La Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia de Turquía.

Todos estos Acuerdos de Cooperación Internacional son documentos firmados entre organismos de competencia para fomentar la cooperación en la materia, pero no contienen disposiciones vinculantes para los Estados.

8.2. Concreción en la práctica de la cooperación internacional

Los acuerdos de cooperación internacional enumerados en el apartado anterior se han plasmado puntualmente en iniciativas concretas. Así, por ejemplo, el Indecopi organizó sendos programas de pasantías para funcionarios de Nicaragua (octubre de 2015) y El Salvador (noviembre de 2015). Estos organismos de competencia también intercambiaron experiencias con el Indecopi con miras a ampliar su bagaje de conocimientos y compartir estrategias para la detección y sanción de conductas anticompetitivas.

No obstante, la cooperación es escasa. Aunque en teoría el Indecopi tiene la posibilidad de recibir información de otros organismos de competencia al amparo de los acuerdos internacionales o memorandos de entendimiento que tiene suscritos, el instituto no ha llevado a cabo investigaciones conjuntas con otros organismos de competencia para la detección de conductas anticompetitivas. Incluso los intercambios de información entre organismos de competencia son limitados, y ello por las restricciones que la legislación peruana impone a los intercambios de información sobre procedimientos en curso (a saber, solo la parte investigada o terceros con interés legítimo tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados).

En consecuencia, la información intercambiada entre el Indecopi y otros organismos de competencia ha versado hasta la fecha exclusivamente sobre asuntos generales. No obstante, ese intercambio de información tan genérica ha resultado también útil. Concretamente, el acuerdo firmado con Chile estuvo detrás de un satisfactorio intercambio de información en torno al caso de las cadenas de farmacias, y el firmado con Colombia sirvió para recabar información de carácter general a propósito del caso del cártel del papel higiénico.

También sería conveniente ampliar la cooperación en los procedimientos que afectan a empresas extranjeras, contexto éste en el que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia suele tropezar con obstáculos. Así, por ejemplo, la Comisión ha tenido dificultades para notificar citaciones en el extranjero, así como para obtener información o solicitar la práctica de visitas de inspección fuera de Perú.

El Indecopi participa en los foros internacionales de competencia que se detallan en la tabla siguiente:

Tabla 21. Participación del Indecopi en organizaciones internacionales (Competencia) entre 2012 y 2016

Participación en organizaciones internacionales	2012	2013	2014	2015	2016	2017
OCDE						
Número de artículos y materiales escritos presentados	7	9	6	6	3	4
Número de conferencias a las que se ha asistido	2	4	5	4	4	3
Número de alocuciones pronunciadas	2	1	1	4	2	3
Número de participantes enviados	4	5	9	15	9	4
ICN						
Número de artículos y materiales escritos presentados	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Número de conferencias a las que se ha asistido	1	N/A	N/A	N/A	1	1
Número de alocuciones pronunciadas	1	N/A	N/A	N/A	N/A	1
Número de participantes enviados	2	N/A	N/A	N/A	2	1
CNUCYD						
Número de artículos y materiales escritos presentados	1	N/A	1	N/A	1	N/A
Número de conferencias a las que se ha asistido	1	1	2	N/A	2	1
Número de alocuciones pronunciadas	1	N/A	N/A	N/A	1	1
Número de participantes enviados	1	4	4	N/A	4	1

Fuente: Indecopi

9. Conclusiones y recomendaciones

Perú tiene instaurado un activo régimen de competencia que está en sintonía con las prácticas y estándares reconocidos en el plano internacional, con excepción del control de concentraciones. El conjunto de reformas introducidas en los últimos años pone de manifiesto lo ambicioso de los esfuerzos que el Indecopi y el Gobierno de Perú han realizado para tutelar de manera más eficaz la defensa de la competencia y lograr un mejor funcionamiento de los mercados. La legislación de competencia se aplica a todos los sectores económicos y a todas las conductas susceptibles de producir efectos anticompetitivos en la economía peruana. De esta manera, Perú prohíbe los cárteles intrínsecamente nocivos sin necesidad de evaluar sus efectos sobre la competencia; las prácticas colusorias horizontales y verticales cuando tienen efectos contrarios a la competencia y los abusos de posición de dominio. En efecto, los pilares fundamentales del Derecho de competencia peruano se ajustan a las mejores prácticas internacionales, con una excepción: la falta de un régimen de control de concentraciones.

Perú cuenta con dos organismos de competencia: el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), competente en todos los asuntos de competencia relacionados con el sector de las telecomunicaciones, y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que lo es respecto de la tutela de la competencia en todos los demás sectores de la economía. Esta configuración institucional no es inhabitual en América Latina, si bien entraña el riesgo de que se planteen situaciones de divergencia en la aplicación de la legislación de competencia. En el caso del Osiptel, se arrostran también los riesgos de que la tutela de la defensa de la competencia se vea fagocitada por la función regulatoria de Osiptel, o incluso instrumentalizada en aras de la consecución de objetivos regulatorios. Ambos riesgos se ven acentuados por el hecho de que todos los miembros de la Secretaría Técnica del Osiptel se dediquen indistintamente a asuntos regulatorios y de la competencia. De no salirse al paso de estos riesgos, la inclinación del Osiptel a resolver los problemas sirviéndose de sus facultades regulatorias podría sembrar la inquietud —especialmente en vista de lo limitado de las actuaciones que el Osiptel acomete en defensa de la competencia.

Indecopi es un organismo de competencia que goza de gran predicamento tanto a nivel nacional como internacional. Concita el apoyo y el reconocimiento de prácticamente todas las principales partes interesadas de los sectores público y privado en Perú. La estructura del Indecopi es poco habitual y la conforman

una rama funcional, responsable de la solución de controversias y de emitir resoluciones sobre numerosas cuestiones de regulación del mercado que van más allá del Derecho de competencia —incluidas, en particular, la propiedad intelectual, la competencia desleal y la protección del consumidor— y una rama administrativa que presta asistencia a la rama funcional, pero que no toma parte en sus actuaciones de tutela del cumplimiento de la legislación de competencia. Esta estructura parece funcionar adecuadamente en lo que respecta al Derecho y la política de la competencia, especialmente porque los órganos del Indecopi encargados de las cuestiones de competencia —a saber, la Secretaría Técnica, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual— actúan, a todos los efectos prácticos, como una autoridad de competencia totalmente autónoma e independiente. Este marco institucional permite aprovechar las sinergias entre ámbitos de regulación conexos, generando así oportunidades que en adelante podrían aprovecharse.

El Indecopi es un organismo con personalidad jurídica de Derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestaria y administrativa. Este diseño institucional fue ideado a modo de salvaguardia contra posibles presiones políticas y públicas, especialmente contra las que eventualmente se ejercieran desde los Ministerios sectoriales. En combinación con el marco institucional del Indecopi, que garantiza la naturaleza técnica y autónoma de las resoluciones que emiten sus diferentes órganos resolutivos, ese diseño crea una protección en distintos niveles contra cualquier intromisión en las resoluciones de la rama funcional del Indecopi o su politización. En la práctica, la influencia del Poder Ejecutivo o del Congreso en la definición de la agenda de trabajo del Indecopi ha sido mínima. Todos los observadores reconocen ampliamente la autonomía de la Comisión a la hora de decidir qué investigar y de qué forma administrar los procedimientos. Así con todo, un marco jurídico como el expuesto entraña una serie de riesgos para la autonomía e independencia del Indecopi, y para su proceso de toma de decisiones. Sería conveniente que Perú redujese esos riesgos al mínimo.

Este empeño por mantener la autonomía e independencia de los órganos decisorios ha tenido aparentemente el efecto colateral de distraer la atención del Indecopi de la necesidad de acometer una planificación y priorización estratégicas de las cuestiones de competencia. Se echa en falta una estrategia y un pensamiento integral sobre el modo en que el Derecho y la política de competencia podrían encajar con otras actividades y funciones del Indecopi, para cosechar así los beneficios de las sinergias que se crean entre las distintas competencias del instituto. Actualmente el Indecopi está elaborando un plan

nacional de competencia. Se trata de una iniciativa digna de encomio, que debe servir para identificar las prioridades de la labor investigadora y sancionadora, así como la manera en que el Indecopi podría valerse de sus distintas funciones regulatorias para fomentar la competencia en Perú.

El Indecopi se financia a partir de una fuente estable y autónoma. Su presupuesto se ha mantenido relativamente constante a lo largo de los años y goza de una protección amplia contra las injerencias políticas. Con una plantilla que integran 1.700 empleados, el Indecopi es una organización grande y económicamente bien pertrechada. Sin embargo, los órganos de competencia del Indecopi cuentan con poco más de 50 empleados —incluyendo los vocales del Tribunal y los comisionados, que desempeñan sus funciones a tiempo parcial—. Aunque el número de empleados de los órganos de competencia del Indecopi ha aumentado en los últimos años, es pacífico entre los observadores que el área de Defensa de la Competencia del instituto no dispone de una dotación de personal suficiente y que sería conveniente ampliarla, más aún si al Indecopi se le confían en el futuro tareas relacionadas con el control de concentraciones. Sumado a este problema de personal está el hecho de que el salario medio que perciben los empleados del Indecopi es poco atractivo e insuficiente para retenerlos a largo plazo. El problema de la brecha salarial entre los sectores público y privado es muy común en todo el mundo. Pese a ello, los organismos de competencia suelen contar con un personal altamente cualificado, que suele percibir un salario superior al de los funcionarios públicos. Ahora bien, el límite salarial a los que están sujetos los servidores civiles en Perú, y que también afecta al Indecopi y a otros reguladores —si bien no a algunos organismos especializados comparables, como pueden ser el Banco Central o el Regulador Financiero— acentúa la brecha salarial entre los sectores público y privado en la esfera de las actividades de competencia, dificultando todavía más la retención de personal cualificado.

La preocupación que suscita la dotación de personal del área de Defensa de la Competencia del Indecopi discurre pareja con las quejas que se reciben por la excesiva duración de los procedimientos de competencia y por el hecho de que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, cuyos miembros ejercen sus funciones a tiempo parcial y están escasamente retribuidos, dependa excesivamente de la Secretaría Técnica. Así, se dice que esta presunta subordinación estaría desdibujando los límites entre las funciones de instrucción y de toma de decisiones. La reciente adopción de una norma que establece un plazo máximo para finalizar las investigaciones —cuya superación traería consigo la conclusión del procedimiento— no habría ayudado a despejar la preocupación en torno a la duración del procedimiento. La complejidad de los

procedimientos de competencia, las limitaciones de personal y los exiguos plazos que se fijan para concluir las investigaciones entrañan el riesgo de que estas se realicen de manera precipitada o no puedan finalizarse a tiempo. Esa triple restricción podría llevar a la Comisión a conceder prioridad a las infracciones más fáciles de probar en detrimento de las más graves; también podría ocasionar un descenso general de la calidad de las futuras actuaciones de investigación y sanción del instituto.

Pese a los problemas expuestos, los esfuerzos que la dirección del Indecopi ha dedicado a perfeccionar sus herramientas de control y el admirable compromiso con el que se desempeña su personal han permitido intensificar la defensa de la competencia, con unos resultados muy positivos. La labor investigadora y sancionadora se ha centrado principalmente en la persecución de los cárteles. No obstante, es notorio que la labor fiscalizadora de la concertación de posturas en licitaciones en Perú es testimonial y que existe una evidente falta de coordinación entre el Indecopi y los correspondientes órganos de contratación pública. Habida cuenta de las consecuencias que la concertación de posturas en licitaciones tiene para las arcas públicas y los contribuyentes, y de la elevada frecuencia con la que estas prácticas se llevan a cabo en todo el mundo, es importante que el Indecopi endurezca sus controles sobre ellas y que la coordinación entre las autoridades de contratación pública y las de competencia se vea reforzada.

En todo caso, la estrategia de centrar las actuaciones de control de la competencia en combatir los cárteles ha cosechado logros indiscutibles. No cabe duda de que los cárteles deben ser una de las prioridades, sino la principal, de las actuaciones de fiscalización de la competencia. Sin embargo, esas actuaciones deberían abordar también las prácticas colusorias horizontales y verticales, así como los abusos de posición de dominio —máxime cuando, como ocurre en Perú, no existe un régimen de control de concentraciones. Perú debe marcarse como prioridad el establecimiento de un régimen de control de concentraciones, dado que, en ausencia del mismo, los competidores pueden eludir la prohibición de los acuerdos anticompetitivos mediante la oportuna concentración —con efectos potencialmente similares a los de cualquier cártel inmune a las investigaciones antimonopolio. Además, las concentraciones pueden conllevar la aparición de agentes económicos con poder de mercado. Ante la falta de un régimen de control de concentraciones, la aplicación de prohibiciones contra las conductas abusivas de las empresas que ostentan un poder significativo de mercado adquiere mayor relevancia. Pese a estas circunstancias, que parecen justificar una intensificación de las actuaciones de control de las prácticas anticompetitivas distintas de los cárteles intrínsecamente

nocivos, la labor investigadora y sancionadora de las prácticas colusorias verticales de empresas con poder de mercado y de los abusos de poder en el mercado ha sido prácticamente inexistente.

En cuanto a la penalización de las infracciones en materia de competencia, las normas peruanas reguladoras del monto y la graduación de las multas están a grandes rasgos en consonancia con las prácticas internacionales. Con todo, el régimen peruano se aparta de esas prácticas cuando para calcular el monto de las multas se basa en gran medida en el beneficio ilícito que el infractor esperara obtener de la conducta anticompetitiva. A nivel internacional, se considera que ese beneficio ilícito es sumamente difícil de calcular con exactitud. Adoptar un enfoque de este tipo para fijar el monto de una multa incrementa los costos del procedimiento administrativo y eleva las probabilidades de éxito de las apelaciones en vía judicial. Es por ello que muchos órganos jurisdiccionales optan a menudo por emplear un indicador aproximativo sencillo, como la cifra de ventas o el volumen de negocio en el mercado correspondiente.

Las recientes reformas jurídicas han tenido por objetivo promover el establecimiento de los procedimientos de avenencia y de compromiso de cese. Pese al aumento experimentado por el número de estos procedimientos desde entonces, se aduce que su normativa reguladora no brinda la previsibilidad y certidumbre requeridas. Los observadores reivindican que, aumentando la transparencia y la previsibilidad de esos procedimientos, podría propiciarse un mayor número de acuerdos de avenencia y compromisos de cese a los fines de reforzar la tutela de la competencia y racionalizar los recursos administrativos. Por lo que respecta, en particular, al procedimiento de avenencia —puesto que el de compromiso de cese no suele resultar adecuado para combatir los cárteles— debería procurarse que este tipo de reconocimiento no sea tan favorable para las partes infractoras como para debilitar los incentivos que puedan tener para acogerse al programa de clemencia.

En cuanto a la promoción de la competencia, el Indecopi ha desempeñado una importante labor velando por que la sociedad peruana y las partes interesadas relevantes sean cada vez más conscientes de la necesidad que hay de contar con una política y una legislación de competencia sólidas, así como a la hora de inculcar una cultura de competencia. Su Escuela constituye un ejemplo particularmente notable de la forma en que este tipo de organismos puede participar en actividades de divulgación del Derecho de competencia, sensibilizar acerca de la importancia que la competencia tiene en los mercados y colaborar con las partes interesadas relevantes —ya sean públicas o privadas, nacionales o extranjeras—. La Escuela ofrece un ejemplo de promoción de la

competencia que podría ser imitado en otras partes del mundo. Por otra parte, una de las competencias del Indecopi pasa por la eliminación de barreras burocráticas, siendo así que el instituto cuenta con una rama dedicada exclusivamente a esta tarea. Las recomendaciones del Indecopi en materia de barreras regulatorias son vinculantes para todas las entidades públicas, que deben proceder a su eliminación si el Indecopi así se lo exige. La identificación y eliminación de barreras burocráticas es una actividad que puede contribuir a promover la competencia y a eliminar las barreras de acceso al mercado.

El Indecopi podría ampliar este extraordinario elenco de iniciativas de fomento de la competencia. Entre sus facultades se cuenta la elaboración de unos estudios de mercado que gozan de un amplio reconocimiento como herramienta valiosa para abrir los mercados a la competencia. No obstante, la escasa dotación de personal de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia limita tanto el número de estudios de promoción de la competencia que está en condiciones de priorizar y elaborar anualmente como el número de analistas que la Comisión puede asignar a esas actividades. El Indecopi ha elaborado un número relativamente limitado de lineamientos en materia de competencia. Actualmente está preparando nuevos lineamientos y señalándolos a la atención de las partes interesadas pertinentes. Esta actividad debe proseguir. El examen que el Indecopi realiza de las barreras burocráticas se centra en su ilegalidad o desproporción; sería conveniente que esta competencia pudiera utilizarse para identificar regulaciones que, pese a su carácter legal y proporcionado, restrinjan pese a todo la competencia de un modo innecesario. Por último, parece que el Indecopi no emite opiniones sobre legislación primaria, a menos que se le solicite; sería aconsejable que el Indecopi tuviera la oportunidad de formular comentarios sobre textos legislativos sin recibir solicitud alguna al respecto, en especial cuando considere que esos textos son especialmente perjudiciales para la competencia.

Por último, Perú —y en particular el Indecopi— es consciente de los beneficios que reporta la cooperación internacional. El Indecopi está presente en los foros internacionales, tiene suscritos una serie de acuerdos con las autoridades de competencia de otros países, ha intercambiado personal y experiencias con esas autoridades y colabora a un alto nivel en investigaciones con países limítrofes. Perú podría adoptar medidas adicionales para ampliar e intensificar su colaboración con otros estados en asuntos de competencia. Hasta la fecha, el Indecopi no ha llevado a cabo investigaciones conjuntas con otros organismos de competencia para la detección de conductas anticompetitivas, e incluso el intercambio de información con esos organismos es limitado, debido a las restricciones que la legislación peruana impone a los intercambios de

información sobre procedimientos en curso. Estos son solo algunos de los ámbitos en los que una colaboración más intensa redundaría en beneficio de la defensa de la competencia en toda América Latina.

A la luz de lo anterior, y sin dejar de reconocer las indudables virtudes y la calidad del Derecho y la política de la competencia en Perú, así como el admirable compromiso de que hacen gala la dirección y el personal del Indecopi, a continuación se presentan una serie de recomendaciones a los efectos de perfeccionar ese régimen. Cabe señalar que algunas de estas recomendaciones coinciden con las que ya se formularon con ocasión del último examen inter-pares de Derecho y política de la competencia en Perú en 2004. En otras palabras, la existencia de algunos de los problemas analizados en este Informe es anterior al mismo.

9.1. Cuestiones institucionales y administrativas

9.1.1. Reforzar la independencia y la autonomía del Indecopi

El apartado 7.3 de la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria de la OCDE de 2012 recomienda que se valore la creación de “entidades regulatorias independientes” cuando las decisiones de estas entidades “puedan tener impactos económicos significativos en las partes reguladas y sea necesario proteger la imparcialidad de la entidad”. Como ya se ha indicado, el Indecopi tiene personalidad jurídica de Derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestaria y administrativa. El Indecopi no se ha visto influido por presiones políticas hasta la fecha gracias a que los órganos de competencia gozan de plena autonomía para decidir qué casos investigan y cómo los resuelven.

Pese a ello, el marco jurídico entraña una serie de riesgos para la autonomía y la independencia de los órganos decisorios del Indecopi, por lo que Perú debería adoptar medidas que minimizasen esos riesgos. Estas recomendaciones ya se realizaron en el último examen inter-pares de Perú en 2004, donde se recomendaba que Perú debería “*proteger la autonomía, credibilidad y competencia técnica, reales y percibidas, de los órganos cuasi-judiciales del Indecopi promulgando legislación para revisar el proceso de selección y destitución de quienes toman decisiones en primera y segunda instancias*” (OECD, 2004, pp. 65-66₍₁₎). Estas recomendaciones siguen siendo válidas en la actualidad, por lo que llama la atención que no se hayan puesto en práctica.

En la práctica parece que el régimen vigente funciona correctamente en cuanto a la designación del Consejo Directivo del Indecopi, de los vocales del Tribunal y de los comisionados correspondientes —pero, tal y como se indicaba en el examen inter-pares de 2004, esto no fue siempre así (OECD, 2004, p. 65^[1]). Para salvaguardar el funcionamiento adecuado de un órgano administrativo autónomo como el Indecopi suelen adoptarse mecanismos formales que garanticen su autonomía e independencia. La importancia de esos mecanismos irá aumentando a medida que el Indecopi vaya asumiendo competencias, como por ejemplo el control de concentraciones, que pueden intensificar los intentos de dirigir o controlar las decisiones del instituto. En vista de lo anterior, se recomiendan las siguientes medidas:

- La contratación del conjunto del personal del Indecopi debe someterse a un procedimiento abierto que obedezca a criterios transparentes de selección de los candidatos llamados a cubrir cada puesto. Estos criterios deben garantizar que los candidatos seleccionados cumplan estándares adecuados en cuanto a conocimientos técnicos y cualificación, así como en lo relativo a imparcialidad y buena conducta.
- Para eludir el riesgo o sospecha de politización, la designación de los miembros del Consejo Directivo y los puestos de dirección y de responsabilidad debería concitar un consenso más amplio que el que actualmente reúne su designación por los miembros del Gobierno de turno. En otros países de la región este consenso se logra sometiendo la designación del personal del Consejo Directivo, los vocales del Tribunal y los comisionados a la aprobación, o a la no oposición, de una mayoría cualificada y/o a su designación o no oposición por parte de un órgano constitucionalmente autónomo.
- Para reducir en la medida de lo posible el riesgo de politización, sería conveniente nombrar a los miembros del Consejo Directivo, las Comisiones y los Tribunales de manera escalonada, a fin de evitar que un mismo Gobierno/Parlamento/administración presidencial designe a todos los miembros de esos órganos. Este método de nombramiento permitiría asimismo que el Indecopi conservase los conocimientos especializados adquiridos y la memoria institucional.

- Aunque no existen indicios de que el Indecopi esté siendo objeto de injerencias políticas, es recomendable que el Personal Técnico y los comisionados estén blindados legalmente, para garantizar así su autonomía formal y su independencia. En particular, se les debe proteger frente a traslados internos que sean fruto de una decisión administrativa del Consejo Directivo, cuyos miembros son nombrados por el poder político.

9.1.2. Dedicar recursos suficientes a actividades relacionadas con la competencia

(i) Dotación de personal adecuada para los órganos de competencia

Para aplicar de una manera eficaz la normativa de competencia es fundamental contar con medios humanos y financieros suficientes. Como se acaba de indicar, la dotación actual de recursos de personal y financieros del órgano de competencia del Indecopi es insuficiente. En los últimos años se está asistiendo a un aumento significativo de la carga de trabajo del Indecopi y de la complejidad de los casos que investiga este instituto. Por lo general, el personal disponible se encuentra saturado, a pesar de que solo se están investigando y sancionando las prácticas intrínsecamente nocivas.

Este problema se viene arrastrando desde hace tiempo. Ya en 2004, el último examen inter-pares del Derecho y política de la competencia en Perú de la OCDE indicaba que “*en 2003 la Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado recibieron solo, en conjunto, el 8% de los fondos y un 7,5% del personal que fueron destinados para las comisiones y oficinas del Indecopi. Es más, el Departamento de Política Económica considera que la Comisión de Libre Competencia está especialmente falta de personal. Por último, Perú destina menos recursos a estas comisiones que otros países en vías de desarrollo con niveles comparables de PIB, e incluso menores*”. Por tanto, se recomendaba que “*el Indecopi debiera asignar más fondos al trabajo en materias puramente relacionadas con la competencia, aunque ello suponga hacer recortes en otros trabajos útiles, ya que los casos puramente de competencia suelen tener un mayor impacto de mercado*”. (OECD, 2004, p. 66_[1])’.

Por tanto, el Indecopi debería aumentar sus recursos humanos y asignar una parte suficiente de su presupuesto a labores de defensa de la competencia. Si el control de concentraciones pasase a ser competencia del Indecopi será necesario un aumento muy superior y una mayor especialización en asuntos

económicos, lo que exigiría la contratación de más economistas, sobre todo de especialistas en economía de la organización industrial.

(ii) Designación a tiempo completo del personal responsable de la toma de decisiones

Se debería valorar la posibilidad de que la designación del personal responsable de la toma de decisiones de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y el Tribunal se lleve a cabo a tiempo completo. El sistema vigente de designación de estos cargos a tiempo parcial genera riesgos de aparición de conflictos de intereses y de retrasos en la resolución de los casos. Asimismo, contribuye a extender la percepción de que no se está aplicando el principio del debido proceso, pues la labor de los comisionados depende, obviamente, del Personal Técnico (contratado a tiempo completo).

Para seguir esta recomendación sería necesario dotar de mayores recursos a los órganos de competencia del Indecopi. También debería replantearse más ampliamente el funcionamiento de los órganos funcionales del Indecopi, pues sería inútil llevar a cabo una simple reforma de la estructura decisoria del Indecopi en materia de competencia dejando intactas otras áreas sobre las que este instituto tiene competencia (como el Derecho de los consumidores, la competencia desleal, etc.). Animamos a reflexionar sobre este asunto. Con todo, debe tenerse en cuenta que no es necesario que todo el personal responsable de la toma de decisiones desempeñe sus funciones a tiempo completo: para abordar este problema bastaría con que un número reducido de esos cargos fuera designado a tiempo completo, y fuera asistido por otros cargos de su nivel, que desempeñarían sus funciones a tiempo parcial.

(iii) Retribución salarial competitiva

Si se llevase a cabo una revisión de los niveles retributivos del personal, el Indecopi podría contratar y retener a los trabajadores mejor capacitados. Las diferencias salariales entre los sectores público y privado son comunes en todo el mundo, pues los expertos en competencia perciben una retribución mayor en el ámbito privado que en el sector público. No obstante, los expertos en competencia son trabajadores altamente especializados que albergan la expectativa de obtener ingresos muy superiores en otros puestos en Perú, incluso en otros organismos públicos.

A pesar de que este asunto es delicado desde un punto de vista político, los salarios y las condiciones laborales del área de competencia del Indecopi deberían ser competitivos en comparación con otros reguladores que se ocupan

de cuestiones económicas complejas, con los órganos jurisdiccionales y, en menor medida, con la práctica privada. Somos conscientes de que esto supondría eximir al Indecopi —concretamente a sus expertos en competencia— del límite salarial aplicable a los servidores civiles con carácter general.

(iv) No dependencia de las multas como fuente de financiación

Una indiscutible virtud del Indecopi es que puede autofinanciarse plenamente. Las multas y los derechos *antidumping* suponen, respectivamente, en torno a un 50% y 20% de los ingresos del instituto. El resto de recursos presupuestarios proviene principalmente de los pagos de derechos que realizan los usuarios. El Indecopi cobra las multas que impone por infracciones a la competencia, pero no puede utilizar los ingresos así recaudados sin la oportuna consignación presupuestaria. No obstante, los montos no utilizados pueden mantenerse en reserva hasta su consignación en presupuestos posteriores.

El recurso a las multas como vía de financiación puede plantear problemas, pese a lo cual un reducido número de organismos de otras partes del mundo sigue financiándose de ese modo. El primero de estos problemas consiste en que este mecanismo de financiación levanta sospechas en cuanto a la posible concurrencia de conflictos de intereses y pone en cuestionamiento la imparcialidad del Indecopi, al margen de que esas sospechas sean o no fundadas. El segundo problema, probablemente más grave que el anterior, es que financiarse con los ingresos provenientes de multas podría impedir al Indecopi anticipar de manera certera los recursos presupuestarios con los que contará. A su vez, tal circunstancia podría influir en la capacidad del Indecopi para llevar a cabo una planificación a largo plazo e incluso, en última instancia, para ejecutar una estrategia de larga duración. Tal y como se analizó en el marco del Examen inter pares del Derecho y política de la competencia en Perú de 2004, *“este sistema tan inusual menoscaba la difícil administración eficiente y ciertamente crea preocupación a nivel nacional e internacional sobre la integridad de las decisiones del Indecopi”*. Por este motivo el examen recomendaba que *“Perú debería eliminar o reducir considerablemente la dependencia del Indecopi de las multas como una fuente de ingresos”* (OECD, 2004, p. 66_[11]).

Se proponen diversas soluciones a la reducción presupuestaria que acarrearía no depender de las multas como fuente de ingresos del Indecopi:

- Para reducir los riesgos de dependencia asociados a una única fuente de financiación, los organismos pueden financiarse utilizando una combinación de diferentes fuentes, tales como ingresos generales, derechos o multas (OECD, 2016, pp. 14-

16_[4]). En la actualidad, el Indecopi se financia de este modo, y debería seguir haciéndolo así.

- Contar con una mayor asignación presupuestaria específica con cargo al presupuesto del sector público permitiría al Indecopi —y concretamente a su área de competencia— gozar de autonomía presupuestaria para gastar.⁴⁰
- Uno de los problemas que plantea esta solución es que el Gobierno podría recortar o aumentar la asignación presupuestaria a un organismo en función de que ese organismo acatase o no la postura del Gobierno. Aun cuando el Gobierno no incurriera en tales prácticas, la mera posibilidad de que pudiera hacerlo sería un incentivo suficiente para que el organismo plegase su actuación a las preferencias expresas o tácitas del Gobierno.
- Una de las posibles soluciones pasaría por que el presupuesto de las autoridades de competencia se asignase con carácter plurianual, pues de ese modo dependerían en menor medida de consideraciones políticas a corto plazo, reduciendo la posibilidad de que el organismo reciba presiones de esa naturaleza (OECD, 2016, pp. 14-16_[4]).
- Permitir que el Indecopi pueda autofinanciarse de manera parcial con los pagos de derechos de usuarios no relacionados con el resultado de las resoluciones o decisiones del instituto, como los derechos que se cobran por la presentación de solicitudes de control de concentraciones o la impugnación de contrataciones públicas. El cobro de derechos por el control de concentraciones es el más recomendable por el mero hecho de que si el Indecopi controlase las concentraciones podría sufrir mayores presiones, incluso del Gobierno, para influir en el sentido de sus decisiones. No obstante, sería conveniente que el Indecopi no tuviese que depender excesivamente de esas fuentes de financiación, pues el monto de la financiación por la vía del cobro de esos derechos fluctuaría con el tiempo.

⁴⁰ Para ampliar esta información acerca de la autonomía presupuestaria y las fuentes de financiación de las autoridades de competencia, consúltese (OECD, 2016_[4]), especialmente sus apartados 3.1 y 3.2.3.

9.1.3. Reformar el marco institucional aplicable al Derecho y la política de la competencia con miras a aumentar la eficacia de las actividades del Indecopi

La aplicación de las siguientes medidas concedería margen para mejorar el modo en que los órganos de competencia del Indecopi funcionan y toman sus decisiones:

(i) Mejora del grado actual de especialización en el seno del Indecopi

Habida cuenta de las notables diferencias que existen entre las actividades de investigación y fiscalización de los cárteles, las concentraciones y las conductas de abuso, los organismos de competencia suelen contar con equipos independientes a cargo de cada una de las áreas de defensa de la competencia. La acumulación de conocimientos por parte del personal en sectores económicos determinados es muy preciada, y por este motivo es habitual crear equipos —bien autónomos o bien dentro de los equipos responsables de la vigilancia de cárteles, abusos y concentraciones— especializados en determinados ámbitos de la economía.

El área de competencia de la Secretaría Técnica se organiza por equipos: tres de ellos se encargan de los casos que afectan a sectores económicos concretos y el cuarto se ocupa de realizar estudios de promoción y de la vigilancia del mercado. Si bien esta organización es óptima, el Indecopi debe valorar la conveniencia de crear equipos internos especializados en función de las diferentes clases de tutela de la competencia, máxime en caso de que el Indecopi llegue a encargarse del control de las concentraciones.

(ii) Simplificación de los procesos decisorios

Algunos observadores han sugerido sustituir la organización tripartita del personal del Indecopi (Secretaría Técnica, Comisión de Defensa de la Libre Competencia y Tribunal) por un único órgano, en aras de una mayor eficacia decisoria del Indecopi y de una distinción clara entre actividades de investigación y toma de decisiones. Ese órgano único:

- Emitiría una única resolución administrativa apelable en vía contencioso-administrativa —esto es, habría un único órgano decisorio en vía administrativa, en lugar del modelo actual donde la Comisión de Defensa de la Libre Competencia emite una resolución inicial apelable ante el Tribunal, que funciona

como segunda instancia administrativa, antes de poder recurrir a la vía contencioso-administrativa.

- Acentuaría la separación entre el órgano responsable de la investigación (la Secretaría Técnica) y el órgano que decide sobre el asunto investigado.

Si bien entendemos que este cambio requeriría un análisis más a fondo para determinar cómo se desempeñaría la rama funcional del Indecopi, habida cuenta del efecto dominó que ese cambio tendría sobre los ámbitos ajenos al Derecho de competencia, son varios los motivos que avalan este enfoque con carácter general. En primer lugar, se trata de un enfoque habitual en el plano internacional. En segundo lugar, podría facilitar la designación a tiempo completo de los responsables de la toma de decisiones, pues la eliminación de un órgano decisorio permitirá reducir su número actual. Estos efectos servirían además para compensar el menor control que se ejercería sobre el contenido y la calidad de las resoluciones como consecuencia de la supresión de una de las instancias administrativas. En tercer lugar, fortalecería la aplicación del principio del debido proceso, así como la percepción de que la fase decisoria es independiente de la fase de instrucción, especialmente si el personal responsable de la toma de decisiones es designado a tiempo completo y se ocupa exclusivamente de emitir las resoluciones, contando al efecto con la asistencia de personal propio (tal y como funciona actualmente el Tribunal). Por último, y habida cuenta del porcentaje de resoluciones de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que el Tribunal termina confirmando, no se entiende muy bien qué valor añadido tiene disponer de dos órganos decisorios en vía administrativa, máxime cuando la supresión de una instancia administrativa reducirá el tiempo de adopción de las resoluciones, acortando de ese modo la duración del procedimiento.

Existe un último motivo por el que se aconseja modificar la estructura para dejar un único órgano resolutorio, que está relacionado específicamente con la defensa de la competencia y, más concretamente, con el control de las concentraciones. Para llevar a cabo un control de las concentraciones es preciso llevar a cabo un análisis rápido y oportuno de la situación. Por ello, si el Indecopi fuese a asumir competencias en materia de control de concentraciones, sería necesario modificar su estructura actual. Por razones de plazos, un sistema con un único equipo de investigación y un solo órgano decisorio sería una estructura más apropiada que la actual.

(iii) Aprovechamiento de las sinergias entre los distintos ámbitos de competencia del Indecopi

La rama funcional del Indecopi es competente para adoptar decisiones sobre numerosas cuestiones de regulación del mercado que van más allá del Derecho de competencia, incluidas, en particular, la propiedad intelectual, la competencia desleal y la protección del consumidor. Los órganos responsables de cada uno de estos ámbitos regulatorios son plenamente autónomos e independientes frente al resto de órganos. En cuanto a la aprobación de resoluciones administrativas, sería preferible que esa autonomía e independencia absolutas se mantuvieran.

No obstante, las diversas facultades y competencias del Indecopi pueden aprovecharse para seguir promoviendo y perfeccionando el Derecho y política de la competencia. Esta es precisamente la función de la rama administrativa del Indecopi. Las economías de escala redundan en los servicios administrativos del Indecopi, lo cual beneficia a todos los órganos de la rama funcional. A juicio de numerosos observadores, el Indecopi también debería aprovechar mejor esas sinergias entre las actividades que lleva a cabo la rama funcional.

A tal efecto podrían adoptarse varias soluciones, como el fomento de la movilidad interna dentro de la rama funcional del Indecopi, la creación de equipos conjuntos, la aplicación de mecanismos para que las áreas no encargadas de un procedimiento puedan pronunciarse, de oficio o mediando la oportuna solicitud, sobre propuestas de resolución en base a su experiencia. Gracias a esas iniciativas mejoraría la labor del instituto, por ejemplo en casos de competencia que incorporen elementos de propiedad intelectual, protección de consumidores y competencia desleal —algo cada vez más habitual en el ámbito de la economía digital. Asimismo, la creación de sinergias puede contribuir a perfeccionar la labor de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de identificar y, en su caso, eliminar las barreras regulatorias que, sin ser ilícitas ni desproporcionadas, restringen pese a todo la competencia de un modo innecesario.

(iv) Formulación de un plan de actividades y de criterios de priorización

La planificación de actividades y la fijación de prioridades son herramientas importantes para garantizar que el organismo de competencia optimice sus recursos llevando a cabo actividades que maximicen el bienestar de los consumidores mediante la aplicación de mecanismos propios del Derecho de competencia en sectores y contextos donde la actuación pública permita

obtener el máximo rendimiento del uso de recursos públicos. Para llevar a cabo una identificación de esos ámbitos y situaciones es preciso emprender una detenida evaluación de la economía peruana, de sus fortalezas y debilidades y de cuáles son las mejores herramientas del Indecopi para fomentar la libre competencia y eliminar las conductas anticompetitivas. Las labores de planificación pública y priorización arrojan también luz a los agentes económicos y las autoridades públicas, señalando a su atención esos asuntos, sentando las bases para favorecer el cumplimiento de los mandatos o recomendaciones del Indecopi y, sobre todo, incentivando a esos agentes y autoridades para que adopten comportamientos que fomenten la competencia, aun en los casos de que el Indecopi no intervenga de manera concreta.

Como ya se ha mencionado, la preocupación del Indecopi porque sus órganos decisorios fuesen autónomos e independientes llevo al instituto a descuidar la planificación estratégica y la priorización de las actividades que lleva a cabo en el marco de la defensa de la competencia. Esas mismas razones permiten explicar por qué no ha existido una idea integral sobre el modo en que el Derecho y la política de la competencia podrían encajar con otras actividades y funciones del Indecopi, para aprovechar así todas las sinergias que se crean entre las distintas competencias del instituto.

Esta situación parece estar cambiando. Actualmente el Indecopi está elaborando un plan nacional de competencia. Se trata de una iniciativa digna de encomio, que debe servir para identificar las prioridades de la labor investigadora y sancionadora, así como la manera en que el Indecopi podría valerse de sus distintas funciones regulatorias para fomentar la competencia en Perú.

Sería conveniente que la aprobación de esta política nacional de competencia contase con aportaciones de las partes interesadas relevantes. La opción contemplada de someter esa política antes de su publicación a la evaluación de un tercero independiente que goce de buena reputación se ajusta a las mejores prácticas en un contexto de este tipo.

Igualmente, se recomienda que esa iniciativa marque un punto de partida para la adopción de una política de priorización bien elaborada y transparente que cubra otros aspectos, como cuáles son los sectores que deben investigarse y con qué medios. También se recomienda que esas políticas sean elaboradas de manera transparente contando con las aportaciones de las partes interesadas relevantes y que sean publicadas y puestas a disposición del público.

(v) Aplicación coherente de la política de competencia en toda la economía, incluido el sector de las telecomunicaciones

Como ya se ha mencionado, la existencia de dos organismos de competencia en Perú presenta el riesgo de que el Derecho de competencia se aplique de manera dispar. Cuando uno de esos organismos de competencia es un regulador del sector, como Osiptel, existe otro riesgo: que los casos de competencia se vean influidos por el enfoque regulador del organismo o, peor aún, que sean fagocitados por ese enfoque.

A fin de evitar el primero de esos riesgos, el Indecopi y el Osiptel coordinan sus actividades para tratar de evitar las diferencias de criterio en la aplicación de la ley y unificar el contenido de sus resoluciones. Así, para garantizar que su actuación es coherente con el enfoque del Indecopi, y en vista del conocimiento experto que atesora este instituto, en todos los casos de infracción a la competencia o de competencia desleal de que conoce el Osiptel, este organismo solicita al Indecopi un informe técnico en el que se analiza la conducta anticompetitiva o acto de competencia desleal en cuestión. Aunque este tipo de informe permite al Osiptel valerse del enfoque y el conocimiento experto del Indecopi en casos de competencia relacionados con el sector de las telecomunicaciones, en la actualidad esa coordinación solo tiene lugar de manera informal.

Sería conveniente que el Indecopi y el Osiptel mantuviesen, e incluso intensificasen en la medida de lo posible, el grado de contacto y colaboración que mantienen en la actualidad en cuestiones de competencia. El Indecopi puede beneficiarse del conocimiento experto del Osiptel en materia de telecomunicaciones —sobre todo del que pueda aplicarse por analogía a las actividades de competencia que se llevan a cabo en otros sectores regulados—, y a su vez el Osiptel podría valerse de la experiencia del Indecopi en cuestiones de competencia. También sería conveniente que se formalizasen los mecanismos de colaboración entre el Indecopi y el Osiptel, consagrándolos en la ley para garantizar que la práctica decisoria sea coherente y que los procedimientos de competencia estén regulados por normas similares. La implantación de estas medidas debería ser una garantía de que se aplican mecanismos formales similares a todos los procedimientos de competencia. Un ejemplo de esa falta de uniformidad sería la falta de atribuciones del Osiptel en materia de clemencia. Esto debería solucionarse, de modo que el Osiptel contase con un procedimiento de clemencia similar al del Indecopi.

En cuanto al segundo de los riesgos citados, la labor de tutela de la competencia del Osiptel ha sido limitada, a pesar de que interviene un sector

que en todo el mundo ha sido objeto de numerosas actuaciones de investigación y sanción en materia de competencia. Si bien la atribución al organismo regulador del sector de prerrogativas en materia de la competencia puede estar justificada cuando el sector está siendo liberalizado, esa justificación desaparece tan pronto como la liberalización se consolida y la competencia de libre mercado pasa a ser una característica consustancial a ese sector.

Por tanto, sería conveniente que Perú analizase si existe alguna justificación para que el Osiptel siga asumiendo la defensa de la competencia en el sector de las telecomunicaciones o si, por el contrario, esa competencia debería residir únicamente en el Indecopi, acompañada, en su caso, de un mecanismo de colaboración y consulta con los reguladores sectoriales. En todo caso, mientras el Osiptel siga siendo el organismo responsable de tutelar la competencia en el sector de las telecomunicaciones, se recomienda que los órganos de competencia adscritos a ese organismo desempeñen un papel más activo, en lo que hace también a su participación en los foros y organizaciones internacionales de la competencia, y que los miembros de la Secretaría Técnica se dediquen exclusivamente a asuntos de la competencia.

9.2. Control de concentraciones

9.2.1. Adoptar un procedimiento de control de concentraciones

Perú carece de un régimen de control de concentraciones, con una única excepción, la que afecta a las operaciones en los mercados de generación, transporte y distribución de electricidad que superan determinadas cuotas de mercado. Una de las principales recomendaciones del último Examen inter-pares del Derecho y política de la competencia en Perú de 2004 era que “*la Ley de la Libre Competencia debe enmendarse para proporcionar control de las concentraciones*” (OECD, 2004, pp. 69-70^[1]).

La situación de Perú se considera atípica en el plano internacional, donde una abrumadora mayoría de regímenes de defensa de la competencia incluyen mecanismos para evaluar los efectos sobre la competencia de las operaciones de concentración. Más de cien países prevén en sus legislaciones de competencia regímenes de control de concentraciones —entre ellos todos los países que forman parte de la OCDE, salvo Luxemburgo, que en todo caso está sujeto al régimen de control de concentraciones de la UE. Todos esos países reconocen que problemas de competencia de naturaleza estructural pueden ser consecuencia de determinadas operaciones de concentración, y que un mecanismo de control de concentraciones puede contribuir a evitar que consoliden estructuras de mercado susceptibles de tener efectos

anticompetitivos significativos, difícilmente contrarrestables por otros medios. Por este motivo, la mayor parte de los países tiene instaurado un sistema de notificación previa obligatoria por el cual las operaciones que superen determinados umbrales mínimos solo pueden concluirse tras obtener una autorización de la autoridad de competencia. La aplicación de sistemas de notificación previa se justifica en que es mucho más sencillo prevenir un problema de restricción de la competencia derivado de una operación con consecuencias estructurales que solucionar ese problema *ex post*.

En resumidas cuentas, la revisión eficaz de las concentraciones es un elemento fundamental de cualquier régimen de competencia, pues permite frenar operaciones restrictivas de la competencia susceptibles de irrogar perjuicios a los consumidores al coartar la libre competencia entre empresas rivales y/o eliminar competidores. Por tanto, sería conveniente que Perú aprobase un régimen de control de concentraciones.

En la actualidad, está tramitándose varios proyectos de ley en el Congreso peruano para introducir un sistema de notificación previa a la concentración en todos los sectores de la economía del país. Es fundamental que el régimen de control de concentraciones que apruebe Perú se ajuste a las mejores prácticas internacionales, como las que se establecen en la Recomendación de la OCDE relativa al Examen de Concentraciones de 2005.

Con la aplicación de las mejores prácticas se persigue garantizar la eficacia, eficiencia y oportunidad del examen de las operaciones de concentración. Conforme a estas prácticas:

- los órganos encargados del control de las concentraciones deben tener atribuidas las competencias necesarias para examinar las concentraciones de manera eficiente, eficaz y puntual;
- los mecanismos de examen se aplican únicamente a aquellas concentraciones que puedan afectar a la competencia en el país en el que se examinan;
- los requisitos de información y los costos que soporten las partes que participan en la concentración deben ser razonables y proporcionados;
- los procedimientos de control de concentraciones deben ser claros y transparentes, respetar el principio del debido proceso y garantizar la protección de la información comercial confidencial; y

- los órganos de control de concentraciones deben colaborar entre sí en los casos de concentraciones transfronterizas y evitar la adopción de medidas incompatibles con otras que ya se hayan adoptado en otros países.

Se recomienda a Perú que preste especial atención a los siguientes elementos a propósito del régimen de control de concentraciones que tenga intención de aprobar:

- Si se establece un régimen de control de concentraciones aumentarán de manera considerable tanto las responsabilidades del organismo de competencia como la carga de trabajo que soporta. Habida cuenta de que, de aprobarse un régimen de control de concentraciones, éste se sumaría a las actividades de tutela de la competencia ya existentes, tendrá que dotarse a los órganos encargados del control de concentraciones con los recursos y atribuciones adicionales que necesiten para ejercer sus funciones de manera adecuada.

Este problema guarda relación con las recomendaciones sobre dotación de recursos anteriormente expuestas. La dotación actual de recursos de personal y financieros de los órganos de competencia del Indecopi es insuficiente. Si se pretende que el Indecopi se haga cargo de unos procedimientos de examen de concentraciones largos y complejos —dentro de unos plazos limitados—, tendrá que aumentar de manera considerable los recursos de que disponen sus órganos de competencia y especializar a sus miembros.

- Es importante que el organismo de competencia se encuentre debidamente habilitado para evaluar de manera eficaz las concentraciones. A tal fin, ese organismo debe estar facultado para obtener información suficiente que le permita evaluar los efectos sobre la competencia de una concentración. Tal prerrogativa podría reforzarse con la atribución de competencias para imponer sanciones en caso de que no se facilite la información o cuando se aporte información incompleta o errónea.
- La fijación de unos umbrales adecuados para determinar la jurisdicción es un elemento fundamental, a la par que muy complejo, para que prospere cualquier régimen de control de concentraciones; a pesar de ello, a veces se ignora su

importancia. La fijación de estos umbrales establece un equilibrio entre la identificación de operaciones susceptibles de restringir la competencia y la reducción al mínimo de los costos que conlleva un régimen de control de concentraciones.

- Un umbral importante a este respecto es el referido a la definición de una operación de concentración, cuya aplicación permite identificar las operaciones que consisten en una combinación duradera de activos anteriormente independientes y que son razonablemente susceptibles de restringir la libre competencia de forma permanente. La definición de este concepto es una tarea complicada, por lo que Perú debería esmerarse en la redacción de las disposiciones definitorias de las operaciones sujetas a control de concentraciones.
- La manifestación más habitual del equilibrio entre la prevención de las concentraciones restrictivas de la competencia y la minimización de los costos suele encontrarse en los umbrales de control de las operaciones de concentración. De conformidad con la mejor práctica internacional, los umbrales de control de las operaciones de concentración deben ser claros y objetivos, de manera que tanto las empresas como el organismo de control de concentraciones puedan ponderarlos sin dificultad. Algunos ejemplos de umbrales de control de concentraciones claros y objetivos son el volumen de negocios, los activos totales o el valor de la operación. Las cuotas de mercado no se consideran un umbral objetivo y claro por las dificultades que existen para calcularlas de manera precisa.

Esta consideración colisiona con el régimen de notificación que se aplica actualmente a las operaciones en el mercado de la electricidad, basado en las cuotas de mercado. Debería optarse por el uso de indicadores sencillos de tamaño o volumen, o bien de umbrales relacionados con el volumen de negocios, especialmente cuando los datos para definir el mercado de referencia sean escasos.

Como alternativa a la fijación de umbrales de control de las operaciones de concentración en la legislación primaria, se podría facultar al Indecopi para que sea éste quien establezca o modifique esos umbrales. Con esta medida, el Indecopi podría fijar unos umbrales que garantizaran un mayor equilibrio entre

la identificación de operaciones restrictivas de la competencia y los costos del control de concentraciones, e ir ajustando dichos umbrales en función de la experiencia.

Otra mejor práctica internacional consiste en la fijación de umbrales de control de concentraciones para garantizar que la operación tenga un vínculo suficiente con Perú. Ese vínculo no se acredita simplemente con el hecho de que una de las sociedades que participen en la concentración tenga presencia en el país. Antes bien, lo importante es determinar la posibilidad de que los efectos de la concentración lesionen la competencia en Perú —se considera que esto sucede cuando al menos dos de las entidades que participan en la concentración y/o la sociedad objetivo ejercen una actividad sustancial en Perú. Por tanto, los umbrales del control de concentraciones que se basan únicamente en el volumen de negocios o los activos totales de las partes que participan en la concentración no se ajustan a las mejores prácticas internacionales.

- El modelo de control de concentraciones más habitual en el plano internacional es el sistema de notificación previa a la concentración, según el cual no se puede concluir una concentración hasta que se haya recibido la oportuna autorización de la autoridad de competencia. Esta prohibición de llevar a efecto una concentración se conoce como obligación de suspensión. La ventaja de este sistema es que evita la aparición de una estructura de mercado restrictiva de la competencia, solución más eficaz que la de resolver el problema con posterioridad a su instauración.

Para garantizar la eficacia de la obligación de suspensión deben introducirse salvaguardias como las que se enumeran a continuación: (i) establecer que todas las concentraciones que hayan de notificarse serán nulas de pleno derecho en tanto no se obtenga la autorización; (ii) otorgar al Indecopi la competencia de investigar si la concentración se ha llevado a efecto con anterioridad a la notificación y/o a la concesión de la autorización; (iii) otorgar al Indecopi competencias tanto para dejar sin efecto las concentraciones contrarias a la competencia como para dictar medidas provisionales que aseguren que la intromisión de la parte adquirente en la empresa adquirida sea mínima en tanto no se autorice la concentración; (iv) imponer sanciones disuasorias a las partes que concluyan una operación sin notificarla o antes de que la concentración sea autorizada; (v) regular las circunstancias excepcionales en las que no será de aplicación el plazo de suspensión.

Al mismo tiempo, el correcto funcionamiento de un sistema de notificación previa a la concentración —y el prestigio internacional de la autoridad de competencia— dependerá de manera decisiva de que se prevean uno términos y plazos de examen adecuados, transcurridos los cuales el período de suspensión se dará por cumplido de manera automática y las partes podrán llevar a cabo la concentración aun cuando no hayan recibido la autorización correspondiente. Se recomienda que estos términos y plazos sean breves a fin de que se ajusten a la realidad empresarial y no limiten indebidamente la gran mayoría de concentraciones notificadas que, por no restringir la competencia, se autorizarían de manera incondicional. El examen de las concentraciones dentro de esos plazos ajustados podría agilizarse mediante la aprobación de mecanismos simplificados de notificación de concentraciones para aquellas operaciones potencialmente menos problemáticas para la competencia y con la introducción de una segunda fase de instrucción de mayor duración que se seguiría únicamente cuando el Indecopi entienda que una concentración puede ser lesiva para la libre competencia. La existencia de plazos ajustados para el examen de las operaciones de concentración aboga en favor de las recomendaciones de dotar de recursos y prerrogativas adicionales al área de competencia.

Un último efecto de la aprobación de un régimen de control de concentraciones que no puede dejarse de mencionar es que un régimen de este tipo podría contribuir a un redoblamiento de las presiones políticas y económicas sobre el Indecopi. Es otra de las razones por las habría de adoptarse medidas para aumentar la autonomía e independencia del Indecopi.

9.3. Fiscalización de la competencia

9.3.1. Tutelar la competencia frente a toda clase de conductas anticompetitivas

El Indecopi ha tenido un papel activo incuestionable en la tutela de la competencia, si bien su labor investigadora y sancionadora se ha centrado casi de manera exclusiva en los cárteles intrínsecamente nocivos. Aunque la priorización del control de los cárteles es una línea de actuación comprensible —e incluso recomendable—, no debería llevar a desatender otros tipos de conductas anticompetitivas, sobre todo cuando, ante la inexistencia de un régimen de control de concentraciones, la única manera de actuar contra la adquisición de poder de mercado es protegiendo la libre competencia frente a determinadas prácticas colusorias verticales y, especialmente, frente a los abusos de posición de dominio.

Una parte de este problema se podría solucionar mediante la adopción de un régimen de control de concentraciones, siguiendo las recomendaciones ya expuestas. No obstante, también se ha recomendado que se dedique atención a otros ámbitos de defensa de la competencia y se les dote de recursos adicionales.

Circunscribir el enfoque de tutela de la competencia al control de los cárteles no es más que una consecuencia de la insuficiencia de recursos, lo que añade otro motivo para que se siga nuestra recomendación previa de destinar recursos adicionales a la rama de la competencia del Indecopi. Puesto que esa limitación responde a la observancia de unos criterios muy restrictivos a la hora de incoar procedimientos de investigación contra esas conductas, sería conveniente que el Indecopi analizase cuál sería el mejor modo de flexibilizar esos criterios a fin de asegurar una fiscalización más amplia de aquellos casos que lo ameriten.

9.3.2. Luchar activamente contra la concertación de posturas en licitaciones

Aunque sí que se ha investigado un reducido número de casos (oxígeno, hemodiálisis), es notorio que la labor investigadora y sancionadora de la concertación de posturas en licitaciones en Perú es testimonial y que existe una evidente falta de coordinación entre el Indecopi y los correspondientes órganos de contratación pública. Este podría ser uno de los problemas más acuciante de entre los que se exponen en este examen inter-pares: existe una necesidad urgente y apremiante de que tanto el Indecopi como los órganos de contratación pública persigan las infracciones a la competencia relacionadas con prácticas colusorias en el ámbito de la contratación pública.

Se recomienda encarecidamente a Perú que adopte una política a nivel nacional para luchar contra este tipo de concertaciones. Dicha política podría incluir los siguientes elementos:

- Garantías de que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) adoptará medidas eficaces para prevenir, detectar y sancionar la concertación de posturas en licitaciones. En la actualidad, el OSCE parece no conocer en absoluto el costo que suponen las prácticas colusorias en el ámbito de la contratación pública, ni la labor que el Indecopi lleva a cabo para impedir este tipo de prácticas. Por tanto, sería conveniente que el OSCE destinase tiempo y recursos a luchar contra la

concertación de esas posturas, así como a mejorar su coordinación con el Indecopi a todos los niveles.

- El Indecopi concede prioridad a la lucha contra la concertación de posturas en licitaciones a la hora de planificar y fijar las prioridades de su política de competencia.
- El Indecopi adopta medidas de amplio alcance para prevenir y detectar la concertación de posturas en licitaciones en todo el sector público. Esas medidas no pueden limitarse a actuaciones de investigación y sanción, sino que deben extenderse a labores de promoción, capacitación y de coordinación ampliada con otros órganos públicos.
- El Indecopi ha publicado recientemente la Guía para la Competencia en las Compras Públicas con la que trata de ayudar a los funcionarios de las áreas de compras públicas a impedir la concertación de posturas en licitaciones y a fomentar la competencia en este sector. La Guía también identifica una serie de normas que deberían modificarse para lograr estos objetivos. Estos esfuerzos, que son encomiables, deberían ir acompañados de las siguientes medidas:
 - El Indecopi redobla sus esfuerzos de acercamiento a las autoridades públicas. Dedicar especiales esfuerzos a llegar a los órganos y funcionarios públicos que están en condiciones de detectar indicios de concertación de posturas —y, si fuese necesario, a formarlos de manera adecuada.
 - El Indecopi usa su Guía como base para impartir entre los funcionarios y autoridades encargados de las adquisiciones de bienes y servicios capacitación útil para detectar prácticas colusorias en la contratación pública.
 - El Indecopi trata de fomentar y estrechar la colaboración con los órganos encargados de las adquisiciones de bienes y servicios para detectar e impedir la concertación de posturas en licitaciones. En la actualidad, esta colaboración se limita únicamente a compartir indicios de la existencia de prácticas colusorias —pero incluso en este caso parece que la colaboración es muy limitada.

- Perú trabaja en pro de sensibilizar al público acerca de las consecuencias y los efectos adversos de la concertación de posturas en licitaciones.
- Perú instauro también un sistema de coordinación entre todos los órganos competentes para detectar y perseguir la concertación de posturas en licitaciones. Entre estos órganos estarían los entes públicos que organizan las licitaciones, el OSCE, miembros del ministerio público y la contraloría de Perú e incluso el poder judicial del país. Lo ideal sería que cada autoridad contase con equipos especializados en la lucha contra este tipo de concertaciones y que esos equipos pudiesen cooperar con los del resto de autoridades.
- Dado el vínculo que existe entre corrupción y concertación de posturas en licitaciones, las autoridades peruanas se sirven de tal circunstancia para impulsar la colaboración entre las autoridades de competencia y de lucha contra la corrupción.
- Perú reforma su legislación con miras a desalentar la concertación de posturas y reducir al mínimo las prácticas colusorias en licitaciones públicas. A modo de ejemplo, la Ley de Contrataciones del Estado debería estipular claramente la elaboración de una lista negra con las empresas condenadas por este tipo de práctica —algo que, a nuestro juicio, ya se prevé en la legislación de competencia y que, hasta las últimas reformas legales, también se contemplaba en la Ley de Contrataciones del Estado. Además, esa lista negra debería llevarse decididamente a la práctica.

9.3.3. Fortalecer el programa de clemencia

El programa de clemencia de Perú ha tomado impulso con las últimas reformas legales, que han puesto fin a varios años de postergación. Después de este período de inoperancia, el programa de clemencia de Perú ha cobrado renovados bríos gracias a las últimas reformas. Se recomienda encarecidamente que se adopten medidas que afiancen esos progresos y que, en particular, contribuyan a preservar la integridad del programa de clemencia y a garantizar la confidencialidad de la información que las partes aportan en su marco.

La primera recomendación sería que el Osiptel aprobase un programa de clemencia propio en sintonía con el programa de clemencia del Indecopi.

La necesidad de proteger y reforzar el régimen de clemencia peruano no solo atañe a los procedimientos de clemencia internos en Perú, sino también a la repercusión que los acuerdos internacionales pueden tener en el programa peruano. En este contexto, las últimas novedades auspiciadas por la participación de Perú en la Comunidad Andina (CAN) han despertado inquietud.⁴¹ Tal como ya se ha expuesto de manera más pormenorizada en este Informe, el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia y la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) decidieron (Resolución n° 2006, de 28 de mayo de 2018) multar a los participantes en un cártel que habían solicitado clemencia ante las autoridades de competencia de Colombia, Ecuador y Perú. Una decisión de este tipo pone en riesgo la eficacia de los programas de clemencia de los países pertenecientes a la Comunidad Andina y conlleva el peligro de que esos programas —que constituyen supuestamente la mejor herramienta de que disponen las autoridades de competencia para detectar la existencia de cárteles— se vuelvan absolutamente inoperantes. Por tanto, no es sorprendente —si bien es una actitud loable— que el Indecopi de Perú y la SIC de Colombia apelasen la decisión.

Asimismo, debería garantizarse formalmente que el Indecopi no entablará acciones civiles de daños y perjuicios contra los beneficiarios de clemencia —sin perjuicio de que los agentes privados sí puedan demandar la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios contra esos mismos beneficiarios. En 2015 se modificó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a fin de legitimar al Indecopi para interponer, en nombre de los consumidores cuyos intereses se hayan visto perjudicados por la conducta anticompetitiva sancionada, la correspondiente demanda colectiva ante los órganos jurisdiccionales del orden civil una vez agotada la vía administrativa. Esta competencia, que se incardina en el margen de discrecionalidad de que disfruta el Consejo Directivo, y no así la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, no ha sido ejercida por el Indecopi hasta el momento. La Comisión de Defensa de la Libre Competencia examina las solicitudes de clemencia pero no puede, según su reglamento interno, recomendar el ejercicio de acciones de daños y perjuicios contra los beneficiarios del programa de clemencia. No obstante, el Consejo Directivo sigue estando facultado, al menos en teoría, para reclamar en vía judicial daños y perjuicios contra los solicitantes de clemencia. Por tanto, se recomienda introducir garantías formales de que el Consejo Directivo no

⁴¹ Los Estados miembros de esta organización regional son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

ejercitará acciones judiciales de daños y perjuicios contra los beneficiarios de clemencia.

9.3.4. Fortalecer los procedimientos de avenencia y compromiso de cese

En los últimos años ha aumentado significativamente el número de resoluciones de avenencia y compromiso de cese dictadas en Perú. Estos procedimientos coadyuvan a resolver los problemas de competencia, al tiempo que minimizan los costos de la labor investigadora y sancionadora, y aseguran el sometimiento de las empresas incumbidas al Derecho de la competencia. Aunque estos mecanismos están regulados en la legislación primaria, en su mayor parte el procedimiento aplicable no está reglado; los observadores han puesto de manifiesto que la opacidad de esos procedimientos y de sus resultados potenciales puede disuadir a las sociedades de avenirse o de negociar compromisos de cese en un primer momento.

Los procedimientos de avenencia y compromiso de cese deberían ser más transparentes y previsibles. Una medida que permitiría alcanzar este objetivo pasaría por la aprobación de una normativa o de lineamientos relativos al desarrollo de los procedimientos de avenencia y compromiso de cese.

9.3.5. Reforzar los principios de debido proceso y transparencia

El debido proceso y la transparencia en la manera en que se aplica la legislación de competencia son elementos importantes para cualquier sistema jurídico en la materia. La defensa de la competencia en Perú cumple los estándares internacionales sobre transparencia y debido proceso. No obstante, existen varios ámbitos en los que cabría mejorar la práctica nacional. Es por ello que se recomienda que:

- El Indecopi publique nuevos lineamientos sobre aspectos sustantivos de la aplicación del Derecho de competencia (como las prácticas colusorias horizontales y verticales, el poder de mercado, etc.), así como sobre el cálculo de las multas. La elaboración y publicación de lineamientos contribuye a reforzar la seguridad jurídica, facilita el cumplimiento normativo y puede servir como herramienta de promoción de la competencia.
- El Indecopi garantice que el proceso de toma de decisiones es plenamente autónomo de la investigación de las infracciones a la competencia. Si bien se da una separación formal entre la Secretaría Técnica y la Comisión, existe la impresión

generalizada de que, en la práctica, los límites entre las funciones de instrucción y toma de decisiones se estarían desdibujando, pues los comisionados, que ejercen a tiempo parcial, se apoyarían excesivamente en la Secretaría Técnica antes de emitir su resolución. Algunas de las recomendaciones previas sobre cuestiones institucionales —en particular las relativas a la conveniencia de que los comisionados ejerzan su función a tiempo completo y de simplificar los procedimientos de competencia para trazar una separación más clara entre las funciones de instrucción y toma de decisiones— podrían resultar pertinentes para abordar esta preocupación.

- El Indecopi publique los resultados de su autoevaluación anual. Para evaluar su rendimiento con carácter anual el Indecopi se basa en una serie de indicadores —como el porcentaje de procedimientos finalizados y el número de resoluciones definitivas emitidas en plazo. Esta evaluación no se publica, aunque puede obtenerse previa solicitud. Sería conveniente que el Indecopi publicara esta autoevaluación.
- Si el Indecopi aprobara una estrategia pública o plan anual, ese instrumento podría servir en el futuro de referencia para evaluar el rendimiento del instituto en el marco, por ejemplo, de un informe anual de actividades.

9.3.6. Control judicial

El porcentaje de resoluciones del Indecopi que se confirma en vía judicial es muy elevado en la actualidad. En la práctica, esto puede deberse a la elevada calidad de los informes técnicos que se elaboran y al tipo de casos que sustancia el Indecopi. No obstante, es sabido que el control judicial se limita a los elementos formales clásicos de la revisión en vía administrativa, lo que suscita inquietud, tal como han señalado algunos observadores preocupados por los controles internos del Indecopi en lo tocante a la observancia al debido proceso. Asimismo, el control judicial de las resoluciones en materia de control de concentraciones requerirá de un análisis económico más exhaustivo, máxime si el Indecopi reorienta las prioridades de su labor investigadora y sancionadora hacia los casos que tienen por efecto restringir la competencia. Por todo ello, se recomiendan que Perú:

- siga formando a sus jueces en materias relacionadas con la competencia;

- valore la posibilidad de crear salas especializadas en tribunales competentes para que conozcan de asuntos relacionados con la regulación económica (como propiedad intelectual, Derecho de competencia y regulación general de la economía) y a efectos también de inculcar entre los miembros de la judicatura conocimientos especializados en la correspondiente materia, y
- garantice que tanto en las instancias más altas —como la Corte Suprema— como en las inferiores haya salas especializadas para conocer de los casos de competencia y otros casos relacionados con la regulación económica. Los observadores suelen citar como ejemplo a seguir el modelo chileno.

9.3.7. Reformar el método de cálculo de las sanciones pecuniarias

En Perú el cálculo del monto de una multa se basa, en mayor medida que en otros países, en el beneficio ilícito que el infractor obtiene de la conducta anticompetitiva.

Resulta sumamente difícil calcular con exactitud el beneficio ilícito que una empresa obtiene de una infracción a la libre competencia. Se considera que la elección de este método para fijar el monto de las multas incrementa los costos y la complejidad del procedimiento, y eleva la probabilidad de que prosperen las apelaciones en vía judicial contra resoluciones sobre infracciones que, de no ser por los errores en el cálculo de la multa, serían confirmadas. Por tanto, la mayoría de los países se basan en indicadores aproximativos del tamaño de la empresa infractora o de los efectos de la conducta infractora, como, por ejemplo, la cifra de ventas o el volumen de negocios de la sociedad en el mercado en el que tuvo lugar la infracción. Esto sucede incluso en países en los que la legislación primaria considera relevante el daño causado por una infracción o el beneficio derivado de la misma para calcular el monto de la multa, como los Estados Unidos de América y Australia.

Sería conveniente que Perú valorase la adopción de un enfoque más sencillo para fijar las multas basado en datos fácilmente identificables y evitase cálculos complicados relacionados con el beneficio que la empresa obtiene con su infracción a la legislación de competencia.

9.3.8. Fomentar la tutela privada

En Perú no parece ejercerse una tutela privada de la legislación de competencia. Si bien esa tutela privada no debería ser fomentada en detrimento de la pública, podría desempeñar una función complementaria importante. En

primer lugar, la tutela privada puede ayudar a colmar la “brecha de fiscalización” abierta por la incapacidad de las autoridades públicas de competencia para conocer eficazmente de todos los casos debido a sus limitaciones de recursos. Además, hay quienes piensan que la tutela privada sería más eficaz que la pública a la hora de detectar y perseguir determinadas infracciones a la competencia como, por ejemplo, las restricciones verticales, los abusos monopólicos y las infracciones que tienen lugar en sectores de la economía con características muy concretas.

Sería conveniente que Perú trabajase en pro de fomentar la tutela privada de la legislación de competencia, velando al mismo tiempo por que esa labor no vaya en detrimento de la fiscalización pública. Perú debería tratar de establecer un equilibrio entre la tutela pública y la privada que garantice que esta última: (i) no afecte negativamente a la eficacia de la fiscalización pública, y (ii) mueva a una observancia más intensa de la normativa de defensa de la competencia, desalentando los litigios dispendiosos o desincentivadores de conductas beneficiosas para la sociedad (OECD, 2015, p. 3_[5]).

9.4. Promoción de la competencia

9.4.1. Intensificar la promoción de la competencia e inculcar una cultura de competencia

Los esfuerzos del Indecopi por fomentar la competencia e inculcar una cultura proclive a ella en Perú han cosechado unos resultados encomiables. Gracias a esos esfuerzos la sociedad peruana conoce ahora mucho mejor el Derecho y la política de la competencia y es más consciente de su importancia. El Indecopi debería continuar promoviendo la competencia e inculcando una cultura proclive a ella.

Un ámbito en el que podría insistirse es el de las barreras regulatorias. Si bien la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para eliminar las barreras regulatorias ilegales y desproporcionadas originadas por la legislación subordinada, su actuación se encontraría limitada por los siguientes motivos:

- en el desempeño de su labor esta Comisión no entra a valorar la proporcionalidad de la aplicación de la ley, aun cuando esté legalmente previsto. En todo caso, no es imperativo que el análisis de la proporcionalidad de la legislación subordinada incluya una evaluación del impacto que esa normativa tiene

sobre la competencia, ni se prevé expresamente que ese análisis deba atender a consideraciones relacionadas con la competencia;

- la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no es competente para examinar la legislación primaria;
- el Indecopi solo somete a examen la legislación primaria a solicitud de otros organismos.

En vista de lo anterior, se recomienda que:

- El Indecopi quede facultado para formular comentarios sobre la incidencia que los actos de legislación primaria tienen en los ámbitos de su competencia. De esa manera el Indecopi podría revisar la legislación en función de sus prioridades. Así, una disposición de este tipo permitiría al Indecopi fomentar la neutralidad competitiva en todos los sectores de la economía, por ejemplo sometiendo a examen la legislación de concesión de subvenciones y otras ayudas estatales.
- Perú lleve a cabo evaluaciones de los marcos regulatorios de conformidad con la Recomendación de la OCDE sobre la Evaluación de la Competencia, que insta a los Gobiernos a introducir mecanismos institucionales adecuados para identificar las políticas públicas existentes o propuestas que restrinjan indebidamente la competencia, así como su revisión mediante la adopción de alternativas que sean más favorables a la competencia.⁴²

Esta Recomendación de la OCDE solo se ocupa de la legislación primaria; en cuanto a la legislación subordinada, ese objetivo podría conseguirse si la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas incorporase criterios evaluativos de la competencia en la evaluación que hace de las barreras burocráticas. Para ello habría que llevar a cabo una identificación de sinergias entre la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, de conformidad con las recomendaciones anteriores.

⁴² Disponible en el enlace: www.OCDE.org/daf/competition/assessment-toolkit.htm .

- El Indecopi impulse la labor de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas a fin de que vaya más allá de la mera identificación de barreras burocráticas y promueva su eliminación efectiva. Además, debería evaluar si la regulación restringe de manera indebida la competencia y utilizar esa evaluación con fines de promoción.

Por último, se ha mencionado que la Escuela del Indecopi constituye un ejemplo particularmente notable de la forma en que este tipo de organismos pueden participar en actividades de divulgación del Derecho de competencia. Las actividades de difusión del Indecopi también se consideran positivas. El Indecopi debería seguir desarrollando la excelente labor que viene realizando en este ámbito. Esto podría hacerse intensificando, publicitando y diversificando las actividades de la Escuela, acercando su labor al ámbito provincial o explorando oportunidades de colaboración con las instituciones locales de enseñanza superior.

9.4.2. Desarrollar la capacidad de procurar estudios de mercado

El Indecopi tiene atribuida la función de elaborar estudios de mercado. Los estudios que lleva elaborados hasta la fecha gozan de un amplio reconocimiento como herramienta valiosa para abrir los mercados a la competencia. También ha publicado una Guía de Estudios de Mercado en consonancia con las recomendaciones de la OCDE. No obstante, y tal como ya se ha mencionado, la escasa dotación de personal de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia limita el número de estudios de promoción de la competencia que está en condiciones de priorizar y elaborar anualmente, así como el número de analistas que puede asignarse a esas actividades.

En sintonía con la recomendación ya presentada que aboga por que se dote de medios adecuados a sus órganos de competencia, el Indecopi debería ampliar los recursos que destina a promover la competencia y, más especialmente, a sus actividades de elaboración de estudios de mercado. Asimismo, los temas de esos estudios de mercado deberían seleccionarse atendiendo a un plan más amplio de actividades y prioridades de la rama de competencia del Indecopi, tal como abogan las recomendaciones presentadas anteriormente sobre planificación y priorización.

9.4.3. Publicar lineamientos adicionales sobre una variedad de cuestiones de defensa de la competencia, tanto de procedimiento como sustantivas

Como ya se ha mencionado, la elaboración y publicación de lineamientos contribuye a reforzar la seguridad jurídica, facilita el cumplimiento normativo y puede servir como herramienta de promoción de la competencia. No obstante, el número de lineamientos en materia de competencia elaborado por el Indecopi es relativamente limitado. Ya en el último Examen inter-pares del Derecho y política de la competencia en Perú de 2004 se decía *“aunque muchos casos de libre competencia han requerido definir los mercados del producto y geográfico y la evaluación del poder en el mercado, no hay precedente obligatorio en lo concerniente a estos importantes temas. (...) Dada la importancia de la definición del mercado y de la evaluación del poder en el mercado, el Tribunal (o el Indecopi) debe emitir directrices sobre estos aspectos”* (OECD, 2004, pp. 68-69^[11]). Si bien se han emitido directrices sobre la interpretación de aspectos concretos de la Ley peruana de Represión de Conductas Anticompetitivas, no está claro que esas directrices aborden con el grado de detalle necesario esas cuestiones fundamentales del Derecho de competencia.

Actualmente el Indecopi está preparando nuevos lineamientos y señalándolos a la atención de las partes interesadas pertinentes. Se recomienda a Perú que intensifique esta labor y contemple la posibilidad de ampliar el abanico temático de esos lineamientos.

9.5. Cooperación internacional

9.5.1. Aumentar el nivel e intensidad de la cooperación internacional en materia de competencia

Como ya se ha indicado, el Indecopi participa en iniciativas de cooperación internacional, si bien es verdad que podría hacerlo a un nivel y con una intensidad superiores a los actuales, y recomendamos que así lo haga.

En cuanto al ámbito de cooperación, se recomienda que Perú siga aumentando el número de países y autoridades de competencia con los que coopera, así como participando en foros internacionales en los que pueda intercambiar conocimientos y mejores prácticas.

También sería conveniente que Perú trabaje en pos de intensificar el grado de cooperación con las autoridades de competencia de otros países. La lucha contra los cárteles internacionales exige una cooperación estrecha y un

intercambio fluido de información con los homólogos internacionales. Pese al elevado número de cárteles internacionales que existe en el mundo, el Indecopi no ha llevado a cabo investigaciones conjuntas con otros organismos de competencia para la detección de conductas anticompetitivas, e incluso el intercambio de información con esos organismos ha sido limitado, debido a las restricciones que la legislación peruana impone a los intercambios de información sobre procedimientos en curso. Perú debería facilitar el intercambio de información e intensificar su colaboración en materia de investigación con otros organismos de competencia de conformidad con las Mejores Prácticas de la OCDE para el Intercambio Formal de Información entre Autoridades de Competencia en Investigaciones de Cárteles Nocivos de 2005⁴³ y la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a la Cooperación Internacional en el Marco de Investigaciones y Procedimientos en Materia de Competencia de 2014.⁴⁴

⁴³ Véase www.OCDE.org/daf/competition/cartels/35590548.pdf

⁴⁴ Véase: www.OCDE.org/daf/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm

References

- OECD (2016), *Independence of Competition Authorities - From Designs to Practice DAF/COMP/GF(2016)5*, OECD, <http://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm>. [4]
- OECD (2015), *Multi-dimensional Review of Peru: Volume 1. Initial Assessment*, OECD Development Pathways, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264243279-en>. [2]
- OECD (2015), *Relationship between Public and Private Enforcement*, OECD, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2015\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2015)14/en/pdf). [5]
- OECD (2012), *Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries*, OECD, http://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_en.pdf. [3]
- OECD (2004), *Peru - Peer Review of Competition Law and Policy*, OECD, <http://www.oecd.org/daf/competition/34728182.pdf>. [1]

www.oecd.org/competition

