

# INDECOPI se pronuncia sobre ley que sanciona penalmente conductas anticompetitivas

23 de noviembre de 2020

El 21 de agosto de 2020, el Congreso de la República aprobó por insistencia la Ley 31040, la cual -entre otros- reincorporó al Código Penal el delito denominado "Abuso del Poder Económico" (artículo 232). Así, a través de este delito, se sanciona con pena privativa de la libertad de entre 2 a 6 años (i) el abuso de la posición dominante; y, (ii) la participación en prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia (i.e. cárteles o prácticas colusorias);<sup>1</sup> conductas que también se persiguen y sancionan administrativamente, a través de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (la "LRCA"), por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (la "Comisión" o la "Agencia de Competencia").

Considerando que la Ley 31040 fue aprobada sin la opinión favorable de la Comisión, en sesión del 31 de agosto de 2020, dicho órgano resolutorio ha dispuesto la aprobación del "*Informe sobre la Ley 31040, que aprueba la imposición de sanciones penales contra conductas anticompetitivas*" (el "Informe"). El Informe tiene por finalidad explicar (i) cuáles deben ser los aspectos esenciales que debería recoger una norma que tipifique el delito de comisión de prácticas anticompetitivas; y, (ii) los riesgos que se derivan de la eventual aplicación de la Ley 31040 bajo su texto vigente.

A continuación, presentamos un resumen de los principales aspectos del Informe:

### (i) Aspectos esenciales que debería reunir el delito de comisión de prácticas anticompetitivas

- 1.1 Limitar la persecución penal a "cárteles duros": Las únicas conductas anticompetitivas que deberían ser pasibles de ser sancionadas penalmente son las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta (i.e. cárteles duros), tal como ocurre en la experiencia comparada. Ello pues, de un lado, se trata de las conductas más nocivas para la competencia y bienestar del consumidor; y, de otro lado, su sanción presenta un alto grado de certidumbre en comparación con las conductas sujetas a prohibición relativa (e.g. abuso de posición de dominio y prácticas colusorias verticales).
- 1.2 Decisión previa y firme: La LRCA establece un sistema de competencia primaria en el control de conductas anticompetitivas y otorga a INDECOPI un rol central en dicho sistema. Por tanto, la persecución penal de las conductas anticompetitivas debería encontrarse supeditada a la previa declaración de responsabilidad administrativa por parte de la autoridad de competencia, la cual además debería tener el carácter de "firme".
- 1.3 Opinión favorable de INDECOPI: La agencia de competencia debería actuar como primer filtro para determinar qué conductas podrían merecer, adicionalmente a la persecución administrativa, una persecución a nivel penal. Ello pues INDECOPI conocerá la información de los expedientes sobre cárteles, la gravedad de las conductas evaluadas, la fortaleza del material probatorio para sustentar un caso penal, entre otros factores.
- 1.4 Otorgamiento de inmunidad en sede penal para los beneficiarios del Programa de Clemencia en sede administrativa: El Programa de Clemencia (i.e. el cual otorga beneficios de exoneración o reducción de sanción para aquellos colaboradores que presenten pruebas determinantes para sancionar una infracción) constituye una herramienta esencial para las agencias de competencia en la lucha contra los cárteles. Por tanto, es necesario que el tipo penal, lejos de limitar esta herramienta, la promueva. A tal efecto, la norma penal debería replicar los beneficios por colaboración otorgados al solicitante de clemencia en sede administrativa.

---

<sup>1</sup> [Clic aquí para ver Client Memo.](#)

**(ii) Riesgos que presenta la eventual aplicación de la Ley 31040**

- 2.1 La fórmula penal adoptada no restringe su aplicación sólo a cárteles: Así, se puede perseguir penalmente cualquier conducta anticompetitiva, incluyendo el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias verticales. La ilegalidad de las conductas sujetas a una prohibición relativa presenta una alta complejidad y, por tanto, poca certidumbre. Por tanto, el actual artículo 232 del Código Penal disminuye la predictibilidad del sistema.
- 2.2 No se exige el requisito de decisión previa y firme de INDECOPI: Ello puede generar “*el riesgo de escenarios donde los representantes del Ministerio Público consideren posible realizar una investigación paralela en contra de los mismos investigados y por las mismas conductas*”.
- 2.3 No se exige el requisito de contar con la opinión favorable de INDECOPI: Por tanto, “*existe la posibilidad de que las actuaciones fiscales no se concentren en los casos más graves, contra las personas que ejercieron los roles determinantes para la realización de las infracciones y en los cuales no existan limitaciones derivadas de la aplicación de las reglas del Programa de Clemencia*”.
- 2.4 No se otorga inmunidad en sede penal para los beneficiarios del Programa de Clemencia: Así, la posible aplicación de sanciones penales claramente desincentivaría la participación de posibles colaboradores en sede administrativa, afectándose gravemente la capacidad de INDECOPI para detectar cárteles.

Finalmente, según el Informe, en tanto no sería posible corregir -vía interpretación- los riesgos que presenta la Ley 31040, se propone analizar -entre otros- la viabilidad de formular un proyecto de ley alternativo que recoja las consideraciones y los requisitos antes desarrollados, el cual deberá ser pre-publicado para comentarios y discutido ampliamente de forma técnica.

• • •

Para cualquier aclaración o ampliación con relación al contenido del presente memorando, por favor contacte al Dr. Carlos Patrón o al Dr. Giancarlo Baella en las siguientes direcciones electrónicas: [cap@prcp.com.pe](mailto:cap@prcp.com.pe) y [gbp@prcp.com.pe](mailto:gbp@prcp.com.pe). Para obtener copia de la norma comentada, por favor contacte al Sr. Paul Manrique a la siguiente dirección electrónica: [pmb@prcp.com.pe](mailto:pmb@prcp.com.pe).

**Carlos  
Patrón**

Socio  
[cap@prcp.com.pe](mailto:cap@prcp.com.pe)

**Giancarlo  
Baella**

Asociado  
[gbp@prcp.com.pe](mailto:gbp@prcp.com.pe)

ESCUCHA NUESTROS  
PODCASTS



VISITA NUESTRO BLOG