

BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

BOLETIM LATINO-AMERICANO DE CONCORRÊNCIA

Nº 28 - extra

Junio 2011

<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>



LA REGULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COLABORACIÓN EFICAZ EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ

por Gustavo M. Rodríguez García

.....

LA REGULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COLABORACIÓN EFICAZ EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ

Gustavo M. Rodríguez García *

Detectar prácticas anticompetitivas puede ser una tarea compleja, costosa e impracticable para una agencia de competencia, en especial, cuando no se cuenta con recursos como para asumir una tarea de monitoreo especializado y permanente en diversas industrias. Es por eso que una buena cantidad de legislaciones, encuentran en los programas de *leniency* una buena alternativa para fomentar la revelación de información que pueda permitir identificar y sancionar infracciones a la normativa de libre competencia.

La normativa peruana¹, siguiendo esa misma línea, ha establecido dos mecanismos orientados a la colaboración de los agentes económicos en la identificación de conductas anticompetitivas. Estos mecanismos son: (i) los compromisos de cese; y, (ii) las solicitudes de exoneración de sanción. En este artículo, se pretende reflexionar sobre los fundamentos subyacentes a estos mecanismos así como comentar el tratamiento puntual que se hace en la normativa peruana a la luz de los fines que se pretenden lograr.

I. Políticas de colaboración eficaz en el derecho de la libre competencia

La idea de adoptar mecanismos que promuevan la participación de los propios agentes económicos involucrados en las conductas infractoras parte del reconocimiento que tales agentes son los que cuentan con información determinante para acreditar la comisión de las conductas que pretenden reprimirse. Existe, en buena cuenta, una notable situación de asimetría informativa con respecto a las estrategias anticompetitivas adoptadas que beneficia a los agentes que las practican y que exigen de la autoridad una labor de investigación compleja y costosa.

Así, estas políticas de colaboración eficaz pretenden generar incentivos para que los propios agentes económicos revelen información que permita determinar las infracciones a cambio de la conclusión del procedimiento sancionador seguido en su contra o de la exoneración de la sanción que podría haberle correspondido por la conducta practicada.

De ordinario, las sanciones cumplen la finalidad de desincentivar la realización de conductas punibles pero su eficacia debe medirse a la luz de la probabilidad real de detección de tales prácticas por parte de la autoridad. La elevación de las sanciones posibles resulta razonable pero la adopción de políticas de colaboración directa resultan

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral de Argentina. Actualmente se desempeña como Abogado Asociado Senior en Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados y es Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

gmsrodriguez@bfu.pe

¹ Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (publicado el 25 de junio de 2008 en el Diario Oficial El Peruano).

ser más eficaces para los fines perseguidos, esto es, para la detección de conductas indeseadas.

Naturalmente, medir el beneficio eficiente para promover la revelación de información necesaria en el tiempo oportuno minimizando los costos asociados a la adopción de la política es una tarea, también, de complejidad mayúscula. Como punto de partida, resulta razonable asumir que el beneficio ofrecido al “colaborador eficaz” debe ser superior a los perjuicios que deberá internalizar como consecuencia de su participación en el programa de leniency. Si las sanciones de romper, por ejemplo, un acuerdo de confidencialidad que oculta información determinante de una infracción son superiores a los beneficios ofrecidos al posible informante, el beneficio no será suficiente para promover la revelación de información deseada, esto es, para que el potencial informante viole el acuerdo.

De otro lado, el resultado prometido para ganar la colaboración del informante debe ser mejor a la situación del agente en caso fuera detectado y sancionado infringiendo la normativa. Este dato, obvio a la vista, debe ser analizado en concordancia con lo expuesto anteriormente sobre la recompensa ofrecida. Muchos programas de colaboración ofrecen a los agentes participantes un beneficio de naturaleza negativa (por ejemplo, la no imposición de sanciones) pero no optan por beneficios de naturaleza positiva (por ejemplo, la instauración de un sistema de recompensas). Sin embargo, los incentivos que se pretenden generar se ven alterados en un sistema que no contempla recompensas y que, además, adolece de problemas para detectar infracciones.

La cuestión de la medida exacta del beneficio otorgado tampoco es tarea sencilla. En sistemas que confieren recompensas, puede discutirse si los programas de colaboración eficaz generan incentivos perversos para la configuración de conductas anticompetitivas orientadas exclusivamente a ser reveladas para asegurar la recompensa. Al respecto, Aubert, Rey y Kovavic sostienen que es posible que pueda tornar rentable para las empresas, coludirse y reportar la conducta colusoria o turnarse para reportar conductas generadas por éstas. Así, *“si las recompensas estuvieran disponibles para todas las empresas informantes, éstas encontrarían óptimo coludirse y reportar sistemáticamente. Para sopesar ello, las autoridades de competencia deberían restringir las recompensas a los primeros informantes (...)”*².

Otras consideraciones, más sutiles, implican evaluar los costos asociados a regulaciones que permiten el ofrecimiento de recompensas a individuos que participan como informantes individuales. En general, pareciera que el ofrecimiento de estas recompensas obligaría a las empresas a invertir en “comprar” el silencio de estos colaboradores. Colaboradores ineficientes pueden ganar una inusitada estabilidad laboral ante el riesgo de revelación de información una vez concluido su vínculo con la empresa. No obstante, el efecto real parece ser positivo de cara a los fines perseguidos ya que el soborno asumido por las empresas es un costo adicional de la realización de conductas anticompetitivas.

Lo interesante de estos sistemas de colaboración eficaz es que “privatizan” el sistema de monitoreo y detección de conductas anticompetitivas. Sin embargo, debe

² Cécile Aubert, Patrick Rey y William E. Kovavic. The impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels, International Journal of Industrial Organization, Vol. 24, Nº 6, (2006).

examinarse con cuidado el tratamiento normativo conferido a estos programas de colaboración eficaz a fin de no desnaturalizar los objetivos que pretenden lograrse. Deberá decidirse si únicamente se beneficiará al primer informante, si se diseñará un sistema de recompensas, si se generará un mecanismo de exenciones escalonadas en función al número y orden de los informantes, entre otras cuestiones de especial importancia al momento de juzgar el diseño de los programas adoptados.

Asimismo, debe notarse que la adopción de programas de colaboración eficaz también implica un costo: el de administrar el sistema. Los programas implican una logística para examinar las colaboraciones propuestas, el cumplimiento de los requisitos, la información divulgada y, finalmente, determinar el nivel de la exención o recompensa obtenida. Sin embargo, y esto ha sido oportunamente destacado por Shavell y Kaplow, *“procesar reportes y administrar pagos involucran costos administrativos (...) cuando un individuo reporta su conducta y paga una sanción, la sociedad asume costos con certeza, mientras que sin el auto-reporte, la sociedad asume costos administrativos únicamente sobre la base de una probabilidad”*³.

Este efecto se produce porque cuando no existen programas de colaboración, el monitoreo y persecución de las conductas implica asumir costos sobre la base de la probabilidad que se determine la comisión de una infracción a la normativa de libre competencia. En cambio, cuando un individuo o agente reporta su propia conducta, no es necesario incurrir en costos de monitoreo, únicamente el análisis de la información reportada sobre la base de la certeza que, el propio agente, se reconoce en falta por haber realizado la conducta indeseada.

II. Compromisos de cese en la normativa peruana

La posibilidad de plantear un compromiso de cese –un ofrecimiento de detener la conducta anticompetitiva como respuesta al emplazamiento formulado por la autoridad a cambio de la suspensión del procedimiento administrativo iniciado- ya se encontraba establecida en el derogado Decreto Legislativo 701. En efecto, en su artículo 20º, se establecía que *“(d)entro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos”*.

La normativa agregaba la Secretaría Técnica de la Comisión correspondiente del Indecopi (la agencia de competencia peruana) evaluaría la propuesta y, en caso la estimara satisfactoria, propondría a la Comisión que se suspenda el procedimiento así como las medidas de monitoreo del compromiso que correspondan. No obstante estar establecida esta posibilidad, la norma no planteaba criterios que pudieran servir para determinar la naturaleza satisfactoria o no de un compromiso de cese.

Mediante Resolución 39-2005-INDECOPI/CLC del 11 de julio de 2005, la Comisión de Libre Competencia aprobó un compromiso de cese estableciendo, además, ciertas pautas para la aprobación de tales compromisos. Puntualmente, la autoridad consideró que debía tenerse en cuenta la verificación concurrente de tres criterios en el marco del

³ Louis Kaplow y Steven Shavell. Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior, National Bureau of Economic Research, Working Paper 3822, (1991).

análisis de las solicitudes de compromiso de cese que se le presentaran en un procedimiento administrativo.

La Comisión enumeró y desarrolló estos tres criterios de la siguiente forma:

(i) Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese.

(ii) Que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado (o no cause) una grave afectación al interés económico general. Para tal efecto, se tomará en cuenta los efectos en el bienestar económico, para lo que se considerará el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores.

(iii) Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.

La Secretaría Técnica, al momento de proponer a la Comisión la aprobación del compromiso de cese presentado y la adopción de los criterios antes expuestos, hizo una exposición con respecto al tratamiento en la jurisprudencia peruana del análisis de los compromisos de cese. En efecto, ya en su Resolución 791-2001/TDC-INDECOPI del 30 de noviembre de 2001, el Tribunal del Indecopi se había pronunciado considerando como criterios: (i) que existiera dolo en la realización de las prácticas investigadas; (ii) el momento de la asunción de responsabilidad (si fue negada o asumida en el procedimiento, o únicamente asumida en el compromiso de cese o si siempre fue negada); (iii) si en el compromiso existe un pronunciamiento sobre todas las prácticas investigadas o denunciadas; y, (iv) si el compromiso contiene todas las medidas que adoptarán los suscriptores del mismo.

Varios de los criterios que habían sido establecidos por el Tribunal en ese pronunciamiento, fueron cuestionados por la Secretaría Técnica de la Comisión en el Informe 5-2005-INDECOPI/ST-CLC del 31 de enero de 2005 y que fue recogido en la Resolución 39-2005-INDECOPI/CLC que consideró que debían tenerse presentes los tres criterios ya expuestos previamente (por ejemplo, se cuestionó que únicamente en supuestos de dolo pudiera aprobarse un compromiso de cese o que necesariamente debiera existir un pronunciamiento sobre todas las conductas denunciadas o investigadas).

Como puede apreciarse, antes de la regulación actual de los compromisos de cese, ya se habían establecido criterios por la vía jurisprudencial con la finalidad de brindar

parámetros a la autoridad para la evaluación de estos compromisos y, sin duda, a fin de generar predictibilidad a los agentes económicos con respecto a los criterios que serían considerados por la autoridad en su análisis.

El Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece en su artículo 25° el tratamiento de los compromisos de cese, señalando que *“dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, el presunto o presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos”*.

Un primer acierto de la normativa vigente es extender el plazo durante el cual puede ofrecerse el compromiso de cese. La norma anterior lo limitaba al plazo para presentar los descargos que, bajo dicha norma, era de 15 días hábiles mientras que, bajo la norma actual, es de 30 días. Se establece un plazo especial, más extenso que el conferido para los descargos correspondientes, a fin que los agentes puedan estudiar con mayor detenimiento la conveniencia o no de ofrecer un compromiso de cese. Limitar dicha posibilidad a un plazo tan reducido como 15 días, desincentivaba seriamente que se presentaran tales compromisos ya que se trata de cuestiones que ameritan un análisis detenido por parte del agente económico involucrado.

La normativa recoge expresamente los criterios que la autoridad tomará en consideración al evaluar los compromisos de cese. Tales criterios –de verificación concurrente- son: (a) que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese; (b) que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores; y. (c) que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.

El criterio establecido bajo el literal (b) resulta, a nuestro juicio, sumamente cuestionable. La autoridad requiere que la conducta anticompetitiva en cuestión no haya causado o cause una grave afectación al bienestar de los consumidores. Note el lector que no basta cualquier afectación. Debe ser una grave afectación. El valor de estos programas de colaboración de los agentes económicos, se encuentra, entre otras cosas, en que permite a la autoridad identificar prácticas que, de lo contrario, serían difíciles de identificar. Sin embargo, al limitar la posibilidad de aprobar compromisos de cese cuando las conductas involucradas revistan de gravedad, se relativiza el valor de este mecanismo porque, previsiblemente, lo hace aplicable en aquellos casos en los que la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva es más alta.

De la misma forma, y compartimos la opinión de Patrón⁴, la referencia a diversos factores indiciarios como el tamaño del mercado relevante, aluden a cuestiones propias del análisis de fondo de la conducta investigada. De esa forma, la función reductora de costos de la autoridad se ve relativizada porque se exige efectuar un análisis de fondo a partir de una propuesta de compromiso de cese. Quizás, el problema no es tanto el debate que pueda existir con respecto a tales criterios o a la mención de la necesaria gravedad de la afectación de la conducta en cuestión, sino al hecho que, siempre, una solicitud de compromiso de cese debería ser considerada sin perjuicio de la industria, el tamaño del mercado o la presunta gravedad o levedad de la conducta.

III. Exoneración de sanción en la normativa peruana

La normativa peruana establece, en su artículo 26º, que *“cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento”*.

Un primer aspecto relevante tiene que ver con la naturaleza de los medios de prueba aportados por quienes soliciten la exoneración de sanción. La propia normativa señala que tales medios probatorios deben resultar determinantes para sancionar a los responsables. Así, no bastan meros indicios que requieren una evaluación conjunta con otros elementos de juicio que deberá recopilar la propia autoridad, sino que debe tratarse de información que permita concluir que existe una infracción producida por determinados agentes económicos. No obstante, previamente se señala que las pruebas deben “ayudar” a identificar y acreditar la existencia de la práctica lo cual, no necesariamente resulta equivalente a sostener que las mismas deben ser determinantes para sancionar a un responsable. La determinación de la práctica y la sanción de la misma son cuestiones distintas. Y, entre la naturaleza “colaborativa” y la naturaleza “determinante” del medio probatorio, puede existir no solo vaguedad sino alguna discrepancia terminológica.

De ordinario, existen dos modelos referidos a la posibilidad de exoneración de sanción. Un primer modelo que reconoce la posibilidad de exención únicamente para el primero que aporte los medios probatorios pertinentes sin permitir que otros agentes económicos puedan beneficiarse de alguna forma con posterioridad a la participación de ese primer agente. Un segundo modelo, permite que otros agentes colaboren pero estableciéndose una suerte de escala con respecto al porcentaje de la reducción de la sanción. Así, el primero podría verse exonerado de la sanción, mientras que el segundo podría recibir una reducción del 75% de la misma y así sucesivamente.

La normativa peruana establece que: *“(s)i son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la*

⁴ Carlos Patrón Salinas. Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, *Ius Et Veritas*, N° 36, Lima (2008), 141.

existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa”.

Como puede apreciarse, se reconoce la posibilidad que agentes distintos al primer colaborador, se vean beneficiados con una reducción de la multa –ya no con una exoneración de la sanción- cuando la información aportada sea distinta a la que posee la autoridad por sus propios medios o en virtud a la colaboración del primer agente económico. Dicha referencia a la naturaleza de la información aportada es acertada porque el beneficio conferido debe responder a un elemento de prueba que tenga algún efecto positivo en la investigación. Información que ya se tenía no genera efecto positivo alguno, esto es, no tiene valor agregado de cara a la investigación que se viene realizando.

Asimismo, la aplicabilidad del beneficio no se limita a información revelada antes del inicio del procedimiento administrativo sino que resulta viable ante la presentación de información que, en general, ayude a identificar o acreditar una conducta anticompetitiva. De esta forma, el procedimiento administrativo puede estar ya en curso y ser perfectamente posible que un agente pretenda acogerse al beneficio de la exoneración de sanción. Más que una cuestión de tiempos se trata de una cuestión de relevancia de la información ofrecida.

Debe destacarse que, y esto es igualmente aplicable a los casos en los que se aprueba un compromiso de cese, estos programas de colaboración eficaz de los agentes no eliminan ni limitan de forma alguna la responsabilidad que pueda existir por los daños y perjuicios derivados de la conducta anticompetitiva. Sin embargo, sí impiden que alguna autoridad administrativa o judicial inicie o les siga un procedimiento o proceso por los mismos hechos.

IV. Conclusiones

Hemos expuesto y analizado brevemente el tratamiento de los programas de colaboración eficaz en el marco de la normativa de libre competencia de Perú. Al momento de juzgar la efectividad de estos programas deben considerarse factores adicionales referidos a la rentabilidad de la colaboración para el agente económico involucrado en una conducta anticompetitiva. En el Perú, sin perjuicio de los topes establecidos para la imposición de las multas por infracciones a la normativa, tales sanciones se ven limitadas en función al porcentaje de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor o su grupo económico correspondientes al ejercicio inmediato anterior.

Así, frente a infracciones leves, la sanción no puede exceder el 8% de dicha cifra; ante infracciones graves, la sanción no puede ser superior al 10%; y, si son muy graves, no puede exceder del 12%. Tales topes porcentuales podrían incidir negativamente en la efectividad de los programas de colaboración eficaz ya que el agente económico racional compara el beneficio probable de continuar realizando la práctica

anticompetitiva con el máximo de la sanción que podría recibir. Ello, aunado a una baja probabilidad de detección, limitaría seriamente la efectividad de estos programas⁵.

Los programas de colaboración eficaz cumplen una importante función porque permiten debilitar de varias formas los acuerdos anticompetitivos. No solo facilitan la tarea de investigación de la autoridad sino que introducen un factor adicional de riesgo en la realización de la conducta. Los agentes no solo deben observar los movimientos de la autoridad de competencia sino los de otros agentes que puedan estar interesados en salirse del acuerdo y reportar la conducta. No sólo se introducen costos pecuniarios dentro del grupo compuesto por los agentes coludidos (costos orientados a monitorear si sus pares pretenden reportar la conducta así como costos asociados a eventuales “sobornos” internos para impedir los reportes) sino que afecta la confianza sobre la que se basa la realización conjunta de la conducta anticompetitiva

Quizás los programas de colaboración desarrollados en el Perú podrían ser complementados con recompensas efectivas orientadas, en un primer momento, a personas naturales que proporcionen información indiciaria sobre la realización de conductas anticompetitivas siempre que, concluida la investigación, se determine que existió una infracción a la normativa de libre competencia. Tales recompensas pueden estar compuestas por un porcentaje de las multas que deben ser asumidas por los agentes sancionados.

En cualquier caso, lo cierto es que los programas de colaboración eficaz son un importante instrumento para la lucha contra las prácticas anticompetitivas. Adicionalmente, debe considerarse que la participación de los agentes económicos permite a la autoridad obtener información a partir de la propia fuente, esto es, de los propios actores de la industria específica. Esto tiene un efecto importante porque contribuye a consolidar el rol de inteligencia que la autoridad debe desempeñar permitiéndole aprender y ganar experiencia para futuras ocasiones.

Por otro lado, la autoridad debe contar con una mínima capacidad de investigación y represión a fin de no generar dependencia de la agencia de competencia en la aplicación de programas de leniency. En suma, la real efectividad de estos programas depende del diseño óptimo del sistema. En nuestro país, en líneas generales, el programa está estructurado de forma adecuada. Existen factores, eso sí, que pueden debilitar seriamente la efectividad deseada como aquellos ligados a los límites para graduar sanciones o a la capacidad de detección de conductas infractoras.

⁵ En el mismo sentido, Jeroen Hinloopen. The effectiveness of leniency programs under European style antitrust legislation, University of Amsterdam, (mayo 2002).

Otros artículos del BLC27 son disponibles en:

<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>