

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	CARMEN DEL ROSARIO CARDENAS DIAZ DIRECTORA DE LA OFICINA DE COMUNICACIONES Y RELACIONES INSTITUCIONALES
ASUNTO	:	COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY N° 3669/2022-CR APROBADO POR EL CONGRESO EL 04 DE MAYO DE 2023
FECHA	:	16 de mayo de 2023

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ESPECIALISTA ECONÓMICO	LAURA CAROLINA IRIARTE REYES
REVISADO POR	SUBDIRECTORA DE COMPETENCIA	CLAUDIA BARRIGA CHOY
APROBADO POR	DIRECTOR DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	LENNIN FRANK QUIZO CÓRDOVA



I. OBJETO:

El presente informe tiene por objeto emitir opinión sobre el Texto Sustitutorio consensuado entre la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, sobre la “*Ley que modifica el Código penal, Decreto Legislativo 635, a fin de precisar el tipo penal del delito de abuso del poder económico, y el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para combatir los cárteles y fomentar la Libre Competencia*”, presentado y aprobado el 04 de mayo de 2023.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Con fecha 29 de agosto de 2020, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, Ley N° 31040 (en adelante, Ley N° 31040). Esta ley incluyó, entre otros, el artículo 232 al Código Penal estableciendo que el que abuse de su posición de dominio y participe de acuerdos anticompetitivos, sea sancionado penalmente.
- 2.2. A través de los Informes N° 049-OAJ/2020 y N° 094-OAJ/2021, este Organismo Regulador emitió su opinión institucional respecto a la citada disposición normativa, toda vez que dicha modificación afectaría la efectividad del Programa de Clemencia, que es aplicable tanto por el Osiptel como por el Indecopi; y, en general, la aplicación del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 030-2019-PCM (en adelante, la LRCA).
- 2.3. El 25 de noviembre de 2022, la Congresista de la República Adriana Tudela Gutiérrez presentó el Proyecto de Ley N° 3669/2022-CR, denominado “Proyecto de Ley que fortalece la labor del INDECOP para combatir las Prácticas Anticompetitivas”.
- 2.4. Mediante Oficio PO N° 167-2022-2023/CODECO-CR, recibido el 1 de diciembre de 2022, el Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos del Congreso de la República, señor Elías Marcial Varas Meléndez, solicitó a este Organismo emitir opinión institucional respecto del citado Proyecto de Ley.
- 2.5. Mediante Oficio Múltiple N° D002370-2022-PCM-SC recibido el 7 de diciembre de 2022, la Secretaria de Coordinación de la Presidencia del Consejo de Ministros, señora Cecilia del Pilar García Díaz, solicitó a este Organismo emitir opinión institucional respecto del citado Proyecto de Ley.
- 2.6. El 20 de diciembre de 2022, el Osiptel emitió su opinión al respecto, mediante Informe N° 00333-OAJ/2022, en el cual se reiteró la postura remitida mediante los Informes N° 049-OAJ/2020 y N° 094-OAJ/2021, sobre las modificaciones que deberían disponerse al artículo 232 del Código Penal sobre el delito de Abuso de Posición de Dominio.



- 2.7. El 4 de mayo de 2023, el Congreso aprobó el Texto Sustitutorio consensuado entre la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, sobre la *“Ley que modifica el Código penal, Decreto Legislativo 635, a fin de precisar el tipo penal del delito de abuso del poder económico, y el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para combatir los cárteles y fomentar la Libre Competencia, en adelante Proyecto de Ley N° 3669 aprobado.*
- 2.8. Mediante Oficio N° D002708-2023-PCM-SC recibido el 8 de mayo de 2023, la Secretaria de Coordinación de la Presidencia del Consejo de Ministros, señora Cecilia del Pilar García Díaz, solicitó a este Organismo emitir opinión institucional respecto del nuevo Proyecto de Ley que modifica el artículo 232 del Código Penal sobre el delito de Abuso de Posición de Dominio, propuesto por el Indecopi y remitido a la Presidencia de Consejo de Ministros el 27 de abril de 2023, mediante Oficio N° 000176-2023-PRE/INDECOPI, en adelante, nuevo Proyecto de Ley del Indecopi.

III. ANÁLISIS

El nuevo Proyecto de Ley del Indecopi, ha sido remitido para comentarios del Osiptel, de manera posterior a la aprobación del Proyecto de Ley N° 3669, por lo cual se ha considerado pertinente que los comentarios que remita este Organismo Regulador se realicen sobre este último, toda vez que es la versión finalmente aprobada sobre la modificación del artículo 232 del Código Penal. Sin embargo, se revisará en paralelo el nuevo Proyecto de Ley del Indecopi, a fin de evaluar si alguna propuesta podría ser acogida en el Proyecto de Ley N° 3669 aprobado.

3.1. Respetto a la propuesta de modificación del artículo 232 del Código Penal

El Proyecto de Ley N° 3669 aprobado, en su artículo 1, modifica el artículo 232 del Código penal, de la siguiente forma:

“Artículo 232. Abuso del poder económico”

El que **participa en acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta establecida en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que lo sustituya**, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de 6 años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.”

Al respecto, se considera que la fórmula legislativa recoge la propuesta formulada por el Indecopi y el Osiptel – en este segundo caso, a través de los Informes N° 049-OAJ/2020, N° 094-OAJ/2021 y N° 00333-OAJ/2022. Ello toda vez que la propuesta restringe el tipo penal de Abuso del poder económico únicamente a los acuerdos o prácticas anticompetitivas sujetas a prohibición absoluta según la LRCA, es decir a los *hard core cartels* o cárteles duros.

Así, en concordancia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las Leyes, el Osiptel considera pertinente limitar el ámbito de la tipificación penal sólo a las prácticas



colusorias horizontales, específicamente respecto a las conductas anticompetitivas de prohibición absoluta. Ello teniendo en cuenta que dichas conductas son efectivamente las más nocivas a la competencia, pues la anula por completo, y sus efectos anticompetitivos no sólo generan precios elevados, sino también la reducción de calidad de los bienes y servicios, desincentivos a la inversión y a la innovación, que redundan en mayores perjuicios para la sociedad que cualquier otra práctica colusoria.

Por lo tanto, el Osiptel está de acuerdo con la propuesta del Proyecto de Ley N° 3669 aprobado, en el extremo que acota la tipificación penal a las conductas anticompetitivas sujetas a prohibición absoluta.

Asimismo, se advierte que el Proyecto de Ley N° 3669 aprobado está acorde además con el nuevo Proyecto de Ley del Indecopi, en este extremo, ya que ambos circunscriben pena de cárcel únicamente a prácticas colusorias de prohibición absoluta.

3.2. Respetto a la primera Disposición Complementaria Final referida a la exención de responsabilidad penal

El Proyecto de Ley N° 3669 aprobado contempla en su primera disposición complementaria final, lo siguiente:

“PRIMERA. Exención de responsabilidad penal

En concordancia con la aplicación del artículo 232 del Código penal, modificado por la presente Ley, queda exento de responsabilidad penal quien hubiese obtenido la exoneración total de sanción bajo los alcances del artículo 26 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que lo sustituya. Si la identidad del sujeto activo fue declarada reservada en sede administrativa, mantendrá el mismo carácter en sede penal.”

Al respecto, el Osiptel considera que la propuesta está acorde, en parte, con la propuesta institucional sobre este tema. Ello toda vez que, mediante los Informes N° 049-OAJ/2020, N° 094-OAJ/2021 y N° 00333-OAJ/2022, el Osiptel ha señalado que, a fin de no afectar la efectividad del Programa de Clemencia, la norma debe reconocer expresamente en sede penal los beneficios otorgados a los colaboradores que se hayan acogido al Programa de Clemencia. No obstante, el Proyecto de Ley N° 3669 aprobado, considera trasladar de sede administrativa a sede penal, únicamente el beneficio de exoneración de sanción, más no el beneficio de reducción de sanción.

Cabe señalar que, acorde con las opiniones remitidas previamente por este Organismo Regulador, se considera que, a fin de mantener el esquema de incentivos tanto en sede administrativa como en sede penal, el escenario ideal sería que no sólo se traslade a sede penal el beneficio de exoneración de sanción obtenido gracias al Programa de Clemencia, sino también los beneficios de reducción de sanción. Al respecto, se advierte que esto mismo está previsto en el nuevo Proyecto de Ley del Indecopi.

No obstante, este Organismo advierte que sería legalmente viable considerar que, un delator de cártel al que no se le exonera de sanción y que sólo obtiene la reducción de la multa en sede administrativa, sí podrá obtener beneficios en sede penal por su delación, bajo las reglas que rigen la determinación de penas en sede judicial, conforme a lo previsto expresamente en el Art. 46 del Código Penal vigente (énfasis agregado):



“Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

(...)

e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;

f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;

g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;

(...).”

En ese sentido, si bien el escenario ideal sería que el artículo 232 del Código Penal señale expresamente que los beneficios obtenidos gracias al Programa de Clemencia serán trasladados a sede penal, el Osiptel considera aceptable el Proyecto de Ley N° 3669 aprobado, debido a que existen otras posibilidades legales a partir de las cuales el administrado que obtenga reducción de sanción por acogerse al Programa de Clemencia, pueda obtener reducción de sanción en sede penal, como consecuencia de acceder a atenuantes por delatar la conducta.

Finalmente, este Organismo está de acuerdo con señalar expresamente que, si la identidad del sujeto activo fue declarada reservada en sede administrativa, mantendrá el mismo carácter en sede penal, toda vez que, en el Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución N° 143-2020-CD/OSIPTTEL, también se dispone una obligación de mantener en reserva la identidad del Colaborador.

No obstante, se considera que también debería señalarse expresamente que, si el Indecopi o el Osiptel obtienen información confidencial en el marco del Programa de Clemencia, esta debería mantener su carácter confidencial en sede penal. Esto va de la mano con lo dispuesto en el nuevo Proyecto de Ley del Indecopi.

3.3. Respecto a la modificación del artículo 36 del Decreto Legislativo 1034 y la Segunda Disposición Final del Proyecto de Ley N° 3669 aprobado, referida a la remisión de la Resolución Final al Ministerio Público y a la investigación preparatoria del Ministerio Público

El Proyecto de Ley N° 3669 aprobado contempla en su artículo 2, modificar el artículo 36 de la LRCA, incorporando el párrafo 36.4, en los siguientes términos:

“Artículo 36.- Resolución final

(...)

36.4. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) en el plazo máximo de 5 días hábiles contados a partir de la emisión de la resolución firme sobre la existencia de un acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta establecida en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que lo sustituya, pone en conocimiento del



Ministerio Público, bajo responsabilidad institucional, dicha resolución así como la calidad de la identidad del delator.”

Asimismo, en su Segunda Disposición Complementaria Final señala lo siguiente:

“SEGUNDA. Investigación preparatoria por delito de abuso del poder económico
El Ministerio Público, en su calidad de titular de la acción penal, una vez que toma conocimiento de la resolución a que hace referencia el párrafo 36.4 del artículo 36 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, incorporado por la presente Ley, inicia investigación preparatoria por la comisión del delito de abuso del poder económico establecido en el artículo 232 del Código Penal.”

Al respecto, estas disposiciones están en línea con lo señalado previamente por este Organismo Regulador, toda vez que el Osiptel, en sus Informes N° 049-OAJ/2020, N° 094-OAJ/2021 y N° 00333-OAJ/2022, señaló que para que el Ministerio Público inicie la investigación preparatoria, la existencia de la práctica colusoria debe haber sido establecida por resolución administrativa firme del órgano competente del Indecopi u Osiptel.

3.4. Otros comentarios

- El Osiptel está de acuerdo con el Proyecto de Ley N° 3669 aprobado en el extremo que dispone en su tercera Disposición Complementaria Final que tanto el Indecopi como el Osiptel tienen 60 días hábiles desde la entrada de la norma, para adecuar sus normas.
- Finalmente, se advierte que el nuevo Proyecto de Ley del Indecopi, dispone que serán inhabilitados para contratar con el Estado en todo proceso de contratación sujeto a la ley de la materia, los proveedores declarados responsables mediante resolución firme de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia o del Tribunal del Indecopi, por infracción a la LRCA calificada como muy grave. No obstante, el Osiptel no tiene competencia para pronunciarse respecto a esta propuesta de disposición.

IV. CONCLUSIONES

1. Sobre el Proyecto de Ley N° 3669 aprobado

El Osiptel está de acuerdo con el Proyecto de Ley N° 3669 aprobado, ya que satisface los objetivos que el Indecopi y el Osiptel han sostenido como importantes para restablecer la eficacia del Programa de Clemencia y de la acción de las Autoridades de Competencia en materia de control de conductas anticompetitivas, la cual quedó afectada desde que, en el año 2020, la Ley N° 31040 modificó el artículo 232 del Código Penal.

2. Sobre el nuevo Proyecto de Ley del Indecopi

El Osiptel considera que **el nuevo Proyecto de Ley del Indecopi contempla un escenario de primer mejor con relación a la disposición sobre exoneración y reducción de sanción penal**, en comparación con el Proyecto de Ley N° 3669 aprobado. Sin embargo, se



considera que el Proyecto de Ley N° 3669 aprobado logra los objetivos que el Indecopi y el Osiptel buscaban sobre la eficacia del Programa de Clemencia.

V. RECOMENDACIÓN

Conforme a lo expuesto, se recomienda remitir el presente informe a la Presidencia del Consejo de Ministros, para los fines correspondientes.

Atentamente,

