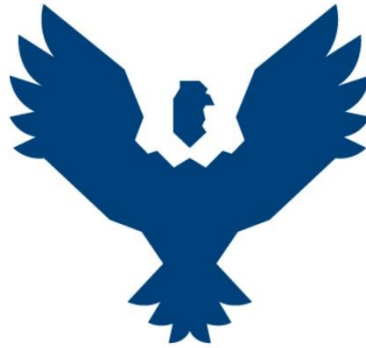




UNIVERSIDAD ANDINA DE CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**TIPIFICACIÓN DE LAS PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES
COMO DELITO QUE AFECTA LA LIBRE COMPETENCIA EN EL
PERÚ**

Presentado por:

Bach. Victor Joel Sanchez Mamani.

**Para optar al Título Profesional de
Abogado**

Asesor:

Mg. Percy Velasquez Delgado

CUSCO – PERÚ

2021



AGRADECIMIENTOS

“Estudio, esfuerzo y dedicación”

Agradezco a mi asesor, Dr. Percy Velásquez Delgado por su guía, ejemplo y enseñanza.



DEDICATORIA

La vida me dio la oportunidad de tener a mi lado, a una persona llena de virtudes, una persona que supo afrontar cada momento y que me enseñó valores importantes a base de amor y respeto, esa persona es mi mamá, a quien le debo todo y con quien siempre estaré agradecido, por ello, este trabajo se lo dedico a ella, a mi mamá Sonia.

Dedicado también a quienes hasta el día de hoy son los pilares fundamentales de mi familia, son mi inspiración constante y un gran ejemplo a seguir, mis abuelos, Victor y Alejandrina.

A quienes más que tíos son como mis hermanos y con quienes siempre estaré agradecido por el gran apoyo, amistad y complicidad que me brindaron y me siguen brindando hasta el día hoy, mis hermanos Victor y Lizbeth.

Y, por último, a esas personas maravillosas que fueron como una segunda familia, que llegaron a mi vida sin esperarlo y que supieron marcar en ella la diferencia, cada uno a su manera y con lo necesario para hacerla más divertida, a mis amigos y amigas (hermanos y hermanas).



RESÚMEN

La presente investigación intitulada “**TIPIFICACIÓN DE LAS PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES COMO DELITO QUE AFECTA LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ**” surge como parte del desarrollo de la formación universitaria, donde se ha tomado conocimiento del Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual, que ha permitido realizar un estudio en relación a las practicas colusorias horizontales y el Derecho Penal Económico, a fin de entender el tratamiento penal y regulación legislativa de esta institución en el Derecho Comparado, para su tipificación en nuestra regulación.

Esta investigación ha tenido como objetivo, establecer los fundamentos jurídicos por los que se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú; ha sido desarrollada empleando el enfoque cualitativo, tipo de investigación comparativa propositiva, y de nivel básico; la técnica empleada es el análisis documental, legislativo y de 09 casos de INDECOPI, para ello se ha utilizado como instrumentos, las fichas de análisis documental, de análisis interpretativo normativo y de casos; teniendo como diseño contextual, un espacio temporal que comprende a los años 2008 a 2021 atendiendo a la entrada en vigencia el Decreto Legislativo 1034 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y como unidad de estudio casos de Practicas Colusorias Horizontales.

El desarrollo teórico y los hallazgos de la investigación han permitido arribar a las siguientes conclusiones: **i)** Teniendo en consideración que existen practicas colusorias horizontales de prohibición relativa y absoluta, se debe tipificar la practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta, también conocidas como cárteles empresariales, por los siguientes fundamentos jurídicos: Estas afectan a la libre competencia, creando situaciones de desventaja entre competidores y en perjuicio de los consumidores, que desde la perspectiva del Derecho Penal Comparado son tipificadas y reciben sanción de a nivel administrativo y/o penal, como es el caso de EEUU, Canadá, México, Argentina y Brasil; sumado a ello que el bien jurídico que se afecta con las practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta es el orden económico, el cual es de trascendental importancia en nuestro modelo y estructura económica; advirtiéndose que las conductas realizadas con mayor frecuencia consisten en la fijación de precios, el reparto de mercados o clientes



y el establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones públicas; las mismas que ocasionan un grave perjuicio en el correcto funcionamiento de la libre competencia. **ii)** Las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia, ocasionado situaciones de desventajas entre competidores en perjuicio de los consumidores, que se materializan restringiendo, impidiendo y falseando la actividad comercial en el mercado. **iii)** Entre las que se encuentran la **fijación de precios**, luego, el establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública, y en tercer lugar se encuentra el reparto de mercados. Entendiendo a la fijación de precios, como la concertación por parte de carteles para incrementar o disminuir el precio de determinados productos y/o servicios, realizado por agentes económicos competidores entre sí o por competir. **iv)** Las practicas colusorias horizontales en el Perú, son reguladas como infracción y se sancionan a nivel administrativo de manera pecuniaria; encuentran tratamiento normativo en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En el **Derecho Comparado**, las practicas colusorias horizontales, son reguladas como infracción y como delito, es decir, con sanción administrativa y penal. Entre la legislación que regula las practicas colusorias horizontales como delito se tiene la legislación norteamericana, canadiense mediante la Ley de Competencia, en México, el artículo 253 del Código Penal; en Argentina, el artículo 300 del Código Penal, y en Brasil mediante la Ley 8137. **v)** Es importante proteger el orden económico como bien jurídico, por 3 razones, la primera, por ser un interés valorado por la sociedad y de carácter macrosocial; la segunda, porque garantiza el normal desarrollo de los agentes económicos, y la tercera razón, es porque la criminalidad ha hecho que aparezcan figuras delictivas que atentan el orden económico, y requiere de un Derecho Penal Económico para su tratamiento.

Palabras clave: Tipificación; Practicas Colusorias Horizontales; Delito; Libre Competencia



ABSTRACT

The present investigation titled **“CRIMINALIZATION OF HORIZONTAL COLLUSIVE PRACTICES AS A CRIME AFFECTING FREE COMPETITION IN PERÚ”** arises as part of the development of university education, where the Competition Law and Intellectual Property has been made known, which has allowed to carry out a study related to horizontal collusive practices and Economical Criminal Law, in order to understand criminal treatment and legislative regulation of this institution in Comparative Law, for its typification in our regulatory framework.

This investigation has the aimed to stablish the legal bases by which horizontal collusive practices should be classified as a crime that affects free competition in Perú; also, it has been developed using the qualitative approach, type of propositional comparative research and basic frame; the technique that has been used is documentary and legislative analysis as well from 09 practical cases from INDECOPI, for this it has been used as instruments the documentary analysis sheets, normative interpretative analysis and casuistic analysis; having as a contextual design a temporary space that includes the years 2008 to 2021 attending to the enactment of the Legislative Decree N° 1034 Law on the Repression of Anticompetitive Behaviors, and as a unit of study it has been used cases of horizontal collusive practices.

The theoretical development and research findings have allowed to reach the following conclusions: i) Bearing in mind that there are horizontal collusive practices of relative and absolute prohibition, horizontal collusive practices of absolute prohibition, also known as business cartels, should be typified on the following legal bases:

These affect free competition, creating situations of disadvantage between competitors and to the detriment of consumers, which from the perspective of Comparative Criminal Law are typified and receiving sanction of administrative and/or criminal level, as is the case of the USA, Canada, Mexico, Argentina and Brazil; added to the fact that the legal asset which is affected by horizontal collusive practices of absolute prohibition comes from an economic order, which is of transcendental importance in our current model and economic structure;



ii) Horizontal collusive practices affect free competition, causing between competitors to the detriment of consumers, which materialize by restricting, preventing and distorting commercial activity in the market.

iii) Among which are the fixing of prices, followed by the establishment of positions or abstentions in tenders, contest or another form of contracting or public procurement, and in third place is the distributions of markets. Acknowledging price fixing, such as the concertation by cartels to increase or decrease the price of certain products and/or services, carried out by economic agents competing or that will be competing.

iv) Horizontal collusive practices in Peru are regulated as an infraction sanctioned at the administrative level in a pecuniary manner, which find normative treatment in the Repression of Anticompetitive Conduct Law. In the other hand in which concerns Comparative Law, horizontal collusive practices are regulated as an infraction and as a crime as well, ergo with administrative and criminal sanction. Among the legislation that regulates horizontal collusive practices as a crime is the American legislation, Canadian through Competition Law, in Mexico the article 253 of the Criminal Code; in Argentina article 300 of the Criminal Code, and Brazil through Law No 8137.

iv) It is important to protect the economic order as a legal asset for three reasons. First, because it is of a macrosocial nature and a valued interest by the society, the second reason is because it guarantees the normal development of economic agents, and the third one, is because criminality has led to the appearance of criminal figures that threaten the economic order therefore requires an Economical Criminal Law for its treatment.

Keywords: Typification; Horizontal Collusive Practices; Crime; Free Competition



ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	i
DEDICATORIA	ii
RESÚMEN	iii
ABSTRACT	v
ÍNDICE	vii
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.2. Formulación del Problema.....	7
1.2.1. Problema General	7
1.2.2. Problemas Específicos	7
1.3. Justificación.....	7
1.3.1. Conveniencia	7
1.3.2. Relevancia Social.....	8
1.3.3. Implicaciones practicas	8
1.3.4. Valor teórico.....	8
1.3.5. Utilidad Metodológica	8
1.3.6. Originalidad.....	9
1.4. Objetivos de Investigación	9
1.4.1. Objetivo General.....	9
1.4.2. Objetivos Específicos	9
1.5. Delimitación de Estudio.....	9
1.5.1. Delimitación espacial	9
1.5.2. Delimitación temporal	9
CAPITULO II: MARCO TEORICO	10
2.1. Antecedentes de la Investigación	10
2.1.1. Antecedentes Internacionales	10
2.1.2. Antecedentes Nacionales	11
2.2. Bases Teóricas	14
2.2.1. Derecho Penal Económico.....	14
2.2.2. Derecho de la competencia.....	15
2.3. Marco Conceptual (Definición de términos básicos)	16
2.3.1. Tipificación	16
2.3.2. Practicas Colusorias Horizontales.....	16
2.3.3. Delito	17



2.3.4.	Libre Competencia.....	18
2.4.	Hipótesis de Trabajo.....	18
2.4.1.	Hipótesis General	18
2.5.	Categoría de Estudio.....	18
CAPITULO III: MÉTODO.....		20
3.1.	Diseño Metodológico.....	20
3.2.	Diseño Contextual	20
3.2.1.	Escenario espacio temporal.....	20
3.2.2.	Unidades de estudio	20
3.2.3.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos, procesamiento y análisis de datos	21
3.2.3.1.	Técnicas.....	21
3.2.3.2.	Instrumentos.....	21
CAPÍTULO IV: DESARROLLO TEMÁTICO		22
SUB CAPITULO PRIMERO		22
DERECHO PENAL ECONÓMICO Y LA PROTECCIÓN DEL ORDEN ECONOMICO COMO BIEN JURIDICO.....		22
4.1.	DERECHO PENAL ECONÓMICO	22
4.1.1.	Concepto De Derecho Penal Económico	23
4.1.1.1.	El concepto en sentido estricto.....	25
4.1.1.2.	El concepto en sentido amplio.....	26
4.1.2.	Antecedentes Históricos del Derecho Penal Económico.....	27
4.1.2.1.	En el derecho internacional.....	28
4.1.2.2.	En el derecho nacional.....	31
4.1.3.	Función del Derecho penal económico.....	33
4.1.3.1.	Función de motivación.....	34
4.1.3.2.	Función de reestabilización.....	35
4.1.3.3.	Posición del Derecho Penal Económico.....	36
4.1.4.	Bien Jurídico Protegido.....	38
4.1.4.1.	Formación de bienes jurídicos en el Derecho penal económico.....	40
4.1.4.2.	Delimitación e importancia del bien jurídico protegido por el Derecho penal económico.....	42
4.1.4.3.	El orden económico como bien jurídico protegido	44
SUB CAPITULO SEGUNDO		46
DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y SU AFECTACIÓN.....		46
4.2.	DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA	46



4.2.1.	Conceptos Preliminares.....	46
4.2.1.1.	La Ius Puniendi del Estado	46
4.2.1.2.	Aplicación del derecho administrativo sancionador.....	46
4.2.1.3.	El Derecho de la competencia	49
4.2.2.	Antecedentes.....	49
4.2.2.1.	La Ley de Sherman o la Ley Antitrust.....	50
4.2.2.2.	Derecho a la Competencia en la Unión Europea.....	51
4.2.2.3.	Inserción en el Perú	52
4.2.3.	Conceptualización.....	53
4.2.4.	Marco Normativo.....	53
4.2.4.1.	Constitucional.....	53
4.2.4.2.	Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas	54
4.2.5.	Formas de Afectación de la Libre Competencia	55
4.2.5.1.	Abuso de Posición de Dominio	55
4.2.5.2.	Prácticas colusorias.....	57
4.2.5.2.1.	Prácticas colusorias verticales.....	57
4.2.5.2.2.	Prácticas colusorias horizontales.....	58
4.2.6.	Protección de la Libre Competencia	60
4.2.6.1.	Protección jurídica por el Derecho Administrativo Sancionador	61
4.2.6.2.	Protección por el Derecho Penal.....	62
4.2.6.3.	Protección Mixta.....	62
	SUB CAPITULO TERCERO	64
	PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES Y LA AFECTACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA	64
4.3.	PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES	64
4.3.1.	Definición.....	64
4.3.2.	Tipos de Practicas Colusorias Horizontales	65
4.3.2.1.	De Prohibición relativa (Regla de la razón)	67
4.3.2.2.	De prohibición absoluta (Regla per se)	68
4.3.3.	Practicas Colusorias Horizontales y su afectación a la libre competencia.....	69
4.3.3.1.1.	Carteles	72
4.3.3.2.	Tratamiento de las Prácticas Colusorias Horizontales en el Derecho Comparado (legislación y países)	75
4.3.3.3.	Tratamiento de las Prácticas Colusorias Horizontales en el Perú	82



4.3.3.3.1. Procedimiento Administrativo Sancionador de Acuerdo al Decreto Legislativo 1034	83
4.3.3.3.2. Órganos Competentes (Indecopi, Comisión Y Tribunal) .	88
SUB CAPITULO CUARTO	92
TIPIFICACIÓN DE LAS PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES COMO DELITO QUE AFECTA LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ	92
4.4. PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES COMO DELITO	92
4.4.1. Sanciones a las Prácticas Colusorias Horizontales en el Perú (TRIBUNAL DEL INDECOPI – CITADO DE CASOS).....	92
4.4.2. Tipificación de las practicas colusorias horizontales en el Derecho Comparado como modelo legislativo para el Perú.	95
4.4.3. Bien Jurídico afectado por las Prácticas Colusorias Horizontales como delito.....	100
CAPÍTULO V: RESULTADO Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS	105
5.1. Resultados del Estudio	105
5.1.1. Análisis Cualitativo	105
5.1.1.1. Expediente 004-2011 CLC	106
5.1.1.2. Expediente 008-2012 CLC	109
5.1.1.3. Expediente 014-2009/CLC	111
5.1.1.4. Expediente 008-2010/CLC	114
5.1.1.5. Expediente 011-2015/CLC	117
5.1.1.6. Expediente 006-2016/CLC	119
5.1.1.7. Expediente 003-2017/CLC	122
5.1.1.8. Expediente 002-2019/CLC	125
5.1.1.9. Expediente 012-2018/CLC	128
5.2. Análisis de los Hallazgos	130
5.3. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos	132
5.3.1. Las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia en el Perú	133
5.3.2. Principales practicas colusorias horizontales sancionadas por el tribunal de INDECOPI en el Perú	134
5.3.3. Regulación de las prácticas colusorias horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado	135
5.3.4. Importancia de proteger el orden económico como bien jurídico...137	
5.3.5. tipificación de las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú.....	139



D.	CONCLUSIONES.....	140
E.	RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS.....	142
F.	BIBLIOGRAFIA.....	148
	ANEXOS	154
	ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA	156
	ANEXO 02: FICHA DE ANÁLISIS DE RESOLUCIONES.....	157



CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación aborda la problemática de las practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta, es decir, aquellas que afectan la libre competencia, que visto desde la óptica del Derecho Penal Económico afectan el orden económico como bien jurídico.

Por ello, se ha realizado un estudio teórico doctrinario de las categorías de estudio “Practicas colusorias horizontales” y “Afectación de la Libre Competencia”, así como, de la legislación penal comparada, que comprende a Estados Unidos, Canadá, México, Brasil y Argentina, legislación que sanciona penalmente las practicas colusorias horizontales. El trabajo de campo ha comprendido el análisis de 09 resoluciones emitidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

El contenido de la presente investigación se ha desarrollado en V capítulos: En el primero se presenta la Introducción, la misma que comprende al planteamiento del problema, formulación de problemas general y específicos, la justificación, los objetivos general y específico, y la delimitación del estudio.

El segundo capítulo, referido al Marco Teórico comprende los antecedentes de la investigación, bases teóricas, marco conceptual, Hipótesis de trabajo y categorías de estudio.

El tercer capítulo, comprende el Método empleado en la investigación, donde se precisa el diseño metodológico y diseño contextual.

Por su parte, el capítulo IV, comprende el desarrollo temático, el mismo que ha sido desarrollado en cuatro subcapítulos; el primero, que comprende el desarrollo del Derecho Penal Económico; el segundo, referido al Derecho a la Libre Competencia y su afectación; el tercero, aborda las Practicas Colusorias Horizontales y la afectación a la Libre Competencia; el cuarto sub capitulo, está referido a la Tipificación de las Practicas Colusorias Horizontales como delito que afecta la Libre Competencia en el Perú.



El quinto capítulo, comprende el resultado y análisis de los hallazgos, esto es, el análisis de 09 resoluciones emitidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI; para luego realizar el análisis de los hallazgos, contrastando los casos con la legislación comparada; y, por último, realizar la discusión y contrastación teórica de los hallazgos, es decir, se ha respondido cada uno de los problemas formulados.

Con todo ello, se han arribado a la conclusiones y recomendación, ésta última comprende una propuesta legislativa lege ferenda.



1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde mediados del siglo XIX, el modelo económico adoptado en Norteamérica promovía y permitía que las empresas realicen diferentes actividades de comercio y/o industria, sin embargo, no se había previsto regulación frente a cierto tipo de actividades, situación que fue aprovechada por algunas empresas para realizar actos como, acuerdos económicos, división de mercados, formar carteles empresariales y fijar precios; que tuvieron mayor presencia desde la época de la guerra civil hasta 1890, momento en el que se promulgó la Ley Antitrust.

Con la promulgación de la Ley Antitrust de Estados Unidos en 1890 surge el Derecho Antimonopolio Moderno o Derecho de la Competencia, el cual, tiene por finalidad promover una economía proteccionista frente a la presencia de monopolios y cárteles empresariales, en ese sentido, (Miranda Londoño & Gutierrez Rodriguez, 2007) afirman:

El Derecho de la Competencia de EE.UU. Se originó en 1890 cuando el congreso aprobó el proyecto de Ley contra monopolios (en inglés Antitrust) presentado por el senador Jhon Sherman del Estado de Ohio: La Ley Sherman, que, según el encabezado de la misma es, una Ley para la protección del comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios.

Desde entonces, se dio paso a la emisión de jurisprudencia referida a monopolios, concertaciones empresariales, prácticas restrictivas, carteles empresariales y a otros aspectos relacionados con el Derecho Antitrust. Algunas de estas prácticas, forman parte de lo que hoy se conoce como prácticas colusorias horizontales, las mismas que han merecido atención por la legislación administrativa y/o penal de algunos países, entre los que se encuentran, Estados Unidos, México, Argentina y Chile.

En nuestro país, las prácticas colusorias horizontales se encuentran reguladas únicamente a nivel administrativo, mediante el decreto legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, de cuyo contenido se advierte que, estas prácticas son:



(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones; (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas; (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor; (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios; (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación; (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva; (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u, (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. (DECRETO LEGISLATIVO 1034, 2008)

Las mismas que son investigadas y sancionadas por la Comisión de defensa de la libre competencia, la Secretaría Técnica y el Tribunal del INDECOPI respectivamente:

En primera instancia administrativa la autoridad de competencia es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI. (...) En segunda instancia administrativa la autoridad de competencia es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la



Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI” (DECRETO LEGISLATIVO 1034, 2008).

Al respecto existe doctrina que cuestiona que las practicas colusorias se sometan únicamente un procedimiento administrativo del cual puede derivar una sanción de carácter pecuniario. En este sentido se pronuncia (Garcia Cavero, Latin America Top Lawyer, 2017) quien refiere:

En los Estados Unidos las conductas antimonopólicas, es una ley de carácter penal, es decir, que mientras en los Estados Unidos las conductas anticompetitivas son delitos graves, en nuestro país esas conductas son solo una infracción administrativa. Qué buen escenario para los estadounidenses: Pena para los peruanos por lo que hagan en Estados Unidos y sanción administrativa para los estadounidenses que practiquen en el Perú conductas anticompetitivas.

Del texto citado, se advierte que, En Estados Unidos las prácticas colusorias horizontales son consideradas como delito, el cual afecta un bien jurídico de trascendental importancia como es el orden económico;

En relación al bien jurídico “Orden Económico” el profesor Bramont Arias indica que:

Es conveniente determinar primero que entendemos por "orden económico del Estado", y diremos que éste se identifica por el campo de acción regulado expresamente por el Estado en materia económica, vale decir, los aspectos económicos que le interesan al Estado regular a efectos de lograr un sistema económico que brinde los mayores servicios a la colectividad (...). En consecuencia, sólo interviene el Derecho Penal (defendiendo un bien jurídico "orden económico") cuando se afecta el plan económico previsto, elaborado y ejecutado por el Estado.” (Bramont Arias, 2010).

Por otro lado, el profesor (Garcia Cavero, Latin America Top Lawyer, 2017) afirma:



En efecto, las conductas anticompetitivas tienen normalmente un efecto exclusorio, es decir, de sacar del mercado a otros competidores o en el caso de la competencia desleal el perjudicado es siempre otro competidor, o el acaparamiento puede ser realizado por un productor y perjudicar a los comerciantes. Los delitos económicos generan un efecto lesivo sobre todos los agentes económicos del mercado y, lo que es peor, en la confianza en todo el sistema económico, por lo que utilizar un mecanismo de reacción puramente administrativo augura un absoluto fracaso de la lucha contra este tipo de criminalidad.

Como se puede advertir, las prácticas colusorias horizontales son conductas anticompetitivas realizadas entre agentes con la misma posición en la cadena de producción, y provocan una falsa sensación de libre competencia en el consumidor. Este tipo de prácticas afecta el sistema económico -peruano- generando perjuicio, tanto para las empresas y para consumidores, sobre todo si tenemos en consideración “la economía social del mercado” que es el régimen económico reconocido por nuestra Constitución.

Algunos casos de prácticas colusorias horizontales han sido resueltos por el Tribunal del Indecopi, entre ellos se puede destacar el caso tramitado en el Expediente 008-2012/CLC, en el cual se detalla:

Se halló responsables a 31 centros de hemodiálisis por la fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en los concursos públicos convocados por Essalud, para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, Durante los años 2010, 2011, 2012. Y se les multó con la suma de S/. 29,225,731.62”. existe entonces una sanción pecuniaria a nivel administrativo sin que se haya evaluado la afectación a un bien jurídico como es el orden económico en nuestro Estado.

De mantenerse la regulación actual –Decreto Legislativo 1034- implementada como consecuencia de la celebración del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos; cabe la posibilidad de que este tipo de prácticas anticompetitivas se presenten



de forma reiterativa, encontrando únicamente sanción administrativa y quedando impune la afectación al bien jurídico Orden Económico, que afecta no solo a la economía del Estado, sino también a la ciudadanía en su calidad de consumidores.

De acuerdo a lo descrito, la intención principal de la presente investigación es que las prácticas colusorias horizontales puedan ser tipificadas en el Código Penal, para ello propondremos un proyecto de ley, de manera que las practicas colusorias horizontales constituirán un delito contra el orden económico; de este modo dar respuesta a una problemática vigente de carácter económico y jurídico

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿Por qué se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿De qué manera las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia en el Perú?
- ¿Cuáles son las principales practicas colusorias horizontales sancionadas por el tribunal de Indecopi en el Perú?
- ¿Cómo se regula las practicas colusorias horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado?
- ¿Por qué es importante proteger el orden económico como bien jurídico?

1.3. Justificación

El presente proyecto de investigación se justifica por las razones siguientes:

1.3.1. Conveniencia

Es conveniente realizar esta investigación, por tratarse de un problema que amerita el interés por parte del Estado, el que debe buscar un tratamiento penal adecuado



ante las practicas colusorias horizontales que afectan el orden público, la libre competencia, la dinámica del mercado y los derecho de los consumidores.

1.3.2. Relevancia Social

La presente investigación es relevante socialmente, porque afecta a toda la sociedad, desde los consumidores, las empresas y el propio mercado, debido al gran daño que producen las practicas colusorias horizontales en el mercado, y que únicamente se sanciona mediante un procedimiento administrativo, por ende, todo ello desencadena en un grave problema social, económico y jurídico que necesita ser atendido por el Derecho Penal.

1.3.3. Implicaciones practicas

A través de esta investigación se busca mejorar el funcionamiento del mercado, de acuerdo al régimen económico con que cuenta nuestro país. Y, sobre todo, que el Estado sancione como delito las practicas colusorios horizontales.

1.3.4. Valor teórico

La presente investigación proporcionará información jurídica, permitiendo aportar al conocimiento teórico y legislativo sobre Derecho Competencial y Derecho Penal Transnacional, puesto que se da a conocer alcances sobre las practicas colusorias horizontales; también, va servir como base teórica para la tipificación de las practicas antes mencionadas, a fin de abordar de manera más completa las prácticas delictivas relacionadas con el tipo penal denominado orden público.

1.3.5. Utilidad Metodológica

El resultado de la investigación va a ser útil a nivel metodológico, por cuanto, los resultados alcanzados servirán para futuras investigaciones; motiva a que otras



personas interesadas en ampliar su contenido, se sirvan de esta investigación y tomen como un nuevo aporte a la información ya existente sobre el tema.

1.3.6. Originalidad

La presente investigación tiene originalidad, debido a que no existe en post grado en la ciudad de Cusco otras tesis precedentes que hayan abordado la misma materia según nuestros objetivos y con la misma metodología elegida.

1.4. Objetivos de Investigación

1.4.1. Objetivo General

Establecer los fundamentos jurídicos por los que se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Describir la manera en que las practicas colusorios horizontales afectan la libre competencia en el Perú
- Identificar las principales practicas colusorios horizontales sancionadas por el Tribunal de INDECOPI en el Perú.
- Describir la regulación de las practicas colusorios horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado
- Explicar la importancia de proteger el orden económico como bien jurídico.

1.5. Delimitación de Estudio

1.5.1. Delimitación espacial

La presente investigación es desarrollada para tener incidencia en el Perú.

1.5.2. Delimitación temporal

Comprende el análisis de pronunciamientos del Tribunal del Indecopi emitidos entre los años 2015 al 2021, referidos a prácticas colusorias horizontales.



CAPITULO II: MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes de la Investigación

Los antecedentes de investigación o estado del arte, comprende aquellas investigaciones internacionales y/o nacionales referidas a nuestras categorías de estudio.

2.1.1. Antecedentes Internacionales

El primer antecedente fue presentado por (Mier Hernández, 2013), quien presenta la tesis intitulada como “EL CONTROL DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL. (UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA)” quien presento dicha investigación para optar al grado académico de Doctor en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, España, en el año 2013.

Siendo su principal conclusión:

- i. La presencia de competencia como principio rector de toda economía de mercado incorpora un elemento esencial para el crecimiento económico con importantes consecuencias sociales al permitir desarrollo de las libertades individuales básicas; entre ellas, la primera y más importante en un sistema de economía de mercado, el ejercicio de la libertad de empresa (...).
- ii. La defensa de la competencia es una pieza fundamental en los sistemas jurídicos de aquellos Estados que poseen sistemas económicos basados en los principios de libertad de comercio y en este contexto el Derecho de la competencia tiene como fin favorecer el funcionamiento económico del mercado, tratando de prevenir que las empresas concluyan acuerdos que tengan efectos restrictivos, y controlando los actos o conductas realizadas por parte de las empresas con posición dominante, por medio del ejercicio abusivo de tal posición.
- iii. El bien tutelado por la política de competencia es el mercado, a través de dos acciones: la promoción y la protección de la libre competencia, entendida



como la libertad de los oferentes y demandantes de entrar o salir del mercado, sin posibilidad tanto individual o colectivamente de imponer condiciones en sus relaciones de intercambio y dicha política puede servir de complemento a la política comercial. (...).

2.1.2. Antecedentes Nacionales

El **segundo** antecedente de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*ANÁLISIS DE LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS PRÁCTICAS EXCLUSORIAS EN EL MERCADO DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES*”. Los autores son Roxana Beatriz Arellano García y Matilde Judith Gonzales y Villanueva, quien presento dicha investigación para optar al grado de Magister en Magister en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructura, en la Universidad Pacifico, Perú, en el año 2017.

Siendo su principal conclusión:

- i. La humanidad no está frente al peligro de la informática, sino frente a la posibilidad real de que individuos o grupos sin escrúpulos, con aspiraciones de obtener el poder que la información puede conferirles, la utilicen para satisfacer sus propios intereses, a expensas de las libertades individuales y en detrimento de las personas. Asimismo, la amenaza futura será directamente proporcional a los adelantos de las tecnologías informáticas.
- ii. La diferencia con la investigación que pretendo realizar se da básicamente en el enfoque dogmático con el que abordaré el estudio en tanto que la tesis en mención es netamente analítica, sin dejar de lado que el estudio se realiza en atención al tratamiento de los delitos informáticos y el Derecho Penal transnacional.

El **tercer** antecedente de nuestra investigación, lo constituye la tesis intitulada como “LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ” presentada Carmen Zegarra Arce, quien presento



dicha investigación para optar al grado académico de Maestro en Derecho de la Empresa en la Universidad de Lima, Perú, en el año 2016.

Siendo sus principales conclusiones:

- i. El concepto de “competencia” ha ido variando a lo largo del tiempo, no siendo un concepto lineal ni inmutable. De ella se desprende la libre interacción entre oferta y demanda. Dicha interacción genera beneficio para todos los agentes económicos que participamos, de una u otra forma, en el mercado.
- ii. En el ordenamiento jurídico peruano, la libre competencia se encuentra expresamente protegida. Así pues, El Estado tiene el deber de facilitar y vigilar la libre competencia; además de combatir toda práctica que la limite, y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
- iii. En lo que concierne a dicha protección de la libre competencia, la Constitución nos dice ‘¿qué hacer?’, mas no nos señala el ‘¿cómo hacerlo?’; vale decir, no establece de qué manera debe llevarse a cabo este ‘combate’ contra toda práctica que limite la libre competencia y contra el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
- iv. En el derecho comparado pueden apreciarse diversos modelos para hacer frente a los llamados atentados contra la libre competencia según si se recurre únicamente a sanciones administrativas (Protección limitada al Derecho administrativo sancionador), sanciones penales (Protección limitada al Derecho penal), o a ambas formas de respuesta jurídica (Protección conjunta).
- v. El modelo de protección de la libre competencia adoptado por el ordenamiento jurídico peruano es el de protección conjunta: Una protección administrativa dada por el Decreto Legislativo N° 1034 y una protección penal dada por el Código penal (1991).

El **cuarto** antecedente de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*LAS NUEVAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LA PROBLEMÁTICA JURIDICA DEL COMERCIO ELECTRONICO*”. El autor es Ángel Alfonso Arata Salinas, quien presentó dicha investigación para optar al título



profesional de Abogado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, en el año 2012.

Siendo su principal conclusión:

- i. Respecto de los criterios para determinar los efectos anticompetitivos, es principalmente a nivel de la jurisprudencia que se observa su desarrollo. En el caso de la jurisprudencia internacional, destacan como criterios más utilizados el hecho que la práctica genere o eleve barreras de entrada al mercado en el cual se desempeña el presunto dominante, o que mediante aquella se limite la libertad de los usuarios o consumidores. En sede nacional, se observa que el empleo de criterios adicionales; sin embargo, su aplicación no es uniforme, ni concurrente, lo cual puede generar incertidumbre y falta de predictibilidad sobre cómo se realizará la evaluación del efecto anticompetitivo de las prácticas de exclusión.
- ii. De la revisión de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia nacional y comparada, hemos concluido que corresponde el empleo del test de balance de efectos como estándar de análisis de los efectos de las conductas exclusorias, toda vez que es el que mejor se enmarca dentro de nuestro esquema normativo de carácter legal y constitucional, que propugna la defensa de la libre competencia para el bienestar de los consumidores. Asimismo, proponemos que los criterios que como mínimo deberían ser empleados para determinar el efecto anticompetitivo de las prácticas de exclusión sean los siguientes: • Variación de la participación de mercado de los competidores. • Variación de los niveles de precios en el mercado. • Posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado. • Limitación de la libertad de elección de los consumidores. • Variación de la calidad de los productos o servicios.



2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Derecho Penal Económico

El Derecho Penal Económico es la rama del Derecho Penal encargada de la protección de un bien jurídico de trascendental importancia como es el orden económico, en ese sentido, (Ugaz Sanchez Moreno & Ugaz Heudebert, 2017) refiere que;

Si bien es cierto que el derecho penal económico no es una rama autónoma del Derecho Penal, se ha convertido en una especialidad que abarca un grupo considerable de delitos entre los que se encuentran algunos delitos patrimoniales (estafa, defraudación, apropiación ilícita), los delitos societarios (aquellos cometidos al interior de una persona jurídica), los delitos financieros (que atentan contra el sistema financiero, de seguros y bursátil), los delitos tributarios y aduaneros (que afectan los sistemas de recaudación del Estado), los delitos contra la propiedad intelectual y los delitos de lavado de activos.

Por su parte (Garcia Cavero, Derecho Penal Económico - Parte especial, 2015) refiere:

Al Derecho administrativo sancionador le corresponde la tarea de mantener la funcionalidad global de la competencia, lo que hace que el ilícito administrativo consista fundamentalmente en una desobediencia al orden impuesto, la imputación se decida por la afectación al sistema competitivo global y los mecanismos de reacción admitan medidas de corrección cognitiva. El Derecho penal, por el contrario, se centra en la concreta afectación que produce la conducta anticompetitiva en la identidad normativa esencial de la sociedad. Por consiguiente, el bien jurídico penalmente protegido por los delitos contra la libre competencia no puede ser definido desde la perspectiva global de la regulación administrativa, sino desde lo que lesiona concretamente el hecho delictivo.

Algunos autores recurren a la figura del bien jurídico colectivo o su- praindividual para determinar el bien jurídico específicamente protegido por los delitos contra la libre competencia. Este parecer presupone que el Derecho penal, además de proteger bienes jurídicos individuales, protege también bienes jurídicos supraindividuales.



Del mismo modo (BAJO FERNANDEZ & BACIGALUPO, 2001) ha encontrado consenso respecto a la definición de orden económico, precisando que el orden económico para efectos penales consiste en el proceso de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

2.2.2. Derecho de la competencia

Con la denominación de práctica colusoria, se hace mención a aquellas prácticas restrictivas de la competencia que tienen las empresas en el mercado, en tanto, estas representan un abuso de posición de dominio, conductas restrictivas o el falseamiento de la libre competencia -que son otras dos modalidades de la competencia- sancionada legalmente (Guía Jurídica PUCP, s/f)

A nivel legislativo, el (Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas, 2007) establece:

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales. - 11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales 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, tales como: (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones; (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas; (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor; (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios; (h) Obstaculizar de manera



concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación; (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva; (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u, (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

2.3. Marco Conceptual (Definición de términos básicos)

2.3.1. Tipificación

Según (REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA, 2018):

1. “Ajustar varias cosas semejantes a un tipo o norma común”
3. “En la legislación penal o sancionatoria, definir una acción u omisión concretas, a las que se asigna una pena o sanción.”

2.3.2. Practicas Colusorias Horizontales

Son los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas, realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tienen como finalidad o efecto, restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

1. La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
2. La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones.
3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.
4. La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y que afecte negativamente al consumidor.



5. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
6. Concertar, injustificadamente, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
7. La negativa, concertada e injustificada, de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.
8. Obstaculizar, de manera concertada e injustificada, la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación.
9. Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva.
10. Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
11. Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. (INDECOPI, 2020)

2.3.3. Delito

El delito se integra por tres categorías, como: La conducta típica, antijuridicidad y la culpabilidad. Se tiene hoy el sistema funcionalista del delito. O bien, predominantemente dentro de la estructura tripartita del delito, con tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, tenemos un enfoque eminentemente normativo: el del funcionalismo.



2.3.4. Libre Competencia

La libre competencia es una situación en donde cualquier persona o empresa es libre de participar en una determinada actividad económica ya sea como vendedor o como comprador. (Nicole Roldán, 2020)

2.4. Hipótesis de Trabajo

2.4.1. Hipótesis General

Se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afectan la libre competencia en el Perú, porque la afectación derivada de estas prácticas recae en un bien jurídico de trascendental importancia como es el Orden Económico; toda vez que, en nuestra legislación éste tipo de prácticas son sancionadas únicamente a nivel administrativo, sanción que, en algunas ocasiones, permite la reincidencia de este tipo de prácticas, perjudicando así la eficiencia de los mercados, la libertad económica y los derechos de los consumidores.

2.5. Categoría de Estudio

La presente investigación es de orden cualitativa, por dicha razón y siguiendo la doctrina de la investigación científica se consignan para fines de análisis las categorías de estudios con sus respectivas sub categorías.

Categorías	Sub categorías
Practicas Colusorias Horizontales	<ul style="list-style-type: none"> - Tipos de Practicas Colusorias - Entidades Competentes - Autoridades competentes para conocer los casos de prácticas colusorias horizontales - Procedimiento sancionador - Regulación en el Derecho Comparado
Libre Competencia	<ul style="list-style-type: none"> - Contenido de la Libre Competencia - Protección de la Libre Competencia - Derecho a la Libre Competencia - Antitrust



- Carteles Empresariales

**Derecho Penal
Económico – Delito**

- Derecho Penal Económico
 - Orden Económico
 - Delitos económicos
 - Protección de la competencia a través del Derecho Penal
 - Delitos contra la libre competencia
-



CAPITULO III: MÉTODO

3.1. Diseño Metodológico

El diseño de la presente investigación se precisa en el siguiente cuadro:

Enfoque de la investigación	Cualitativo: Puesto que el estudio se basa fundamentalmente en la descripción y la argumentación antes que en mediciones datos estadísticos.
Tipo de Investigación	<p>Jurídica. Porque aborda un problema desde la perspectiva legal</p> <p>Comparativa: Porque con este tipo de investigación se realizará un análisis de legislación comparada, orientada a la sancionar las practicas colusorias horizontales como delitos</p> <p>Propositiva</p> <p>Porque la investigación se orienta a elaborar una propuesta normativa</p>
Nivel de Investigación	Básica: Porque se analizará y explicará el desarrollo doctrinario y legislativo de instituciones jurídicas, a fin de contribuir con el desarrollo de la ciencia del Derecho.

3.2. Diseño Contextual

3.2.1. Escenario espacio temporal

Corresponde a los años 2008 al 2021 en el Perú, atendiendo a que la entrada en vigencia de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, data del año en mención con vigencia hasta la actualidad.

3.2.2. Unidades de estudio

La Unidad de estudio, son los casos de prácticas colusorias horizontales



3.2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, procesamiento y análisis de datos

3.2.3.1. Técnicas

- Análisis documental
- Análisis normativo o legislativo

El análisis normativo tiene una muestra no probabilística por conveniencia, por tanto, se ha considerado importante analizar la legislación comparada de 03 países.

- Análisis de casos

Se han analizado 08 casos conocidos por el Tribunal de INDECOPI.

3.2.3.2. Instrumentos

Se utilizan:

- Ficha de análisis documental
- Ficha de análisis interpretativo normativo
- Ficha de análisis de casos



CAPÍTULO IV: DESARROLLO TEMÁTICO

SUB CAPITULO PRIMERO

DERECHO PENAL ECONÓMICO Y LA PROTECCIÓN DEL ORDEN ECONOMICO COMO BIEN JURIDICO

4.1. DERECHO PENAL ECONÓMICO

El ser humano a lo largo de la historia ha desarrollado mecanismos de protección y regulación de su comportamiento en sociedad buscando en todo momento que los miembros pertenecientes a éste grupo social actúen conforme a reglas y principios que sirvan para asegurar una convivencia estable, estos mecanismos desarrollados se conocen en el derecho como mecanismos de control social en ese sentido el profesor Felipe Villavicencio refiere que “El control social busca garantizar que las personas acepten y respeten las normas de convivencia, dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización”.

El control social a su vez encuentra dos formas en las cuales se manifiesta, control social informal y control social formal, en el primer grupo podemos encontrar al control que ejercen directamente las familias, escuelas, medios de comunicación, normas sociales, religión, etc. Mientras que en el segundo grupo encontramos básicamente al sistema penal.

El profesor Felipe Villavicencio define al Derecho Penal como “el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito o como faltas y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2017, pág. 23)

Del mismo modo el profesor Percy García Caveró citando a Von Liszt refiere:

En la doctrina penal se ha impuesto la definición del Derecho penal como el conjunto de preceptos jurídicos establecidos por el Estado que asocian al delito, como hecho, una pena como legítima consecuencia” indica también que de este concepto se desprenden claramente tres componentes esenciales de lo que constituye el derecho penal por un lado, el Derecho penal es objetivamente un sistema normativo compuesto por disposiciones jurídicas (Derecho penal



objetivo-formal) que establecen la imposición legítima de una pena por la realización de un hecho delictivo (Derecho penal objetivo-material). Por otro lado, su generación no es espontánea, sino que es producto de una labor de protección desarrollada por el Estado, lo que haría necesario determinar en qué casos el Estado puede recurrir a la pena y cómo debe hacerlo (Derecho penal subjetivo). (García Cavero, Derecho Penal Parte General, 2019, págs. 61, 62)

En esa línea de ideas, La economía será siempre parte importante en la composición y el funcionamiento de un Estado por ello su protección será prioritaria, tal es así que incluso en la antigüedad se buscaba protegerla mediante sanciones a los incumplimientos que devengan del comercio, en la época romana, por ejemplo, se castigaba a quienes especulasen con los precios de los cereales o evadían impuestos.

En la misma época, el emperador Diocleciano fijó los precios máximos de los productos y salarios sancionando bajo pena de muerte su inobservancia. Con la misma sanción y la confiscación eran castigados quienes sacasen determinado tipo de productos, en especial el hierro y las armas. Es también común apreciar en el Derecho romano sendos tipos penales represores de la adulteración de productos alimenticios (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016, pág. 35).

Podemos advertir que estas sanciones impuestas para proteger las relaciones comerciales y por ende la economía, resultaban en una suerte de Derecho Penal Económico concepto que se desarrollará continuación.

4.1.1. concepto De Derecho Penal Económico

El Derecho Penal ha ido tomando cada vez mayor posicionamiento para enfrentar distintos tipos de conflictos generados por el ser humano, es decir, ha buscado especializaciones en distintos campos del derecho, en esa línea de ideas Ugaz Sanchez Moreno y Ugaz Heudebert precisan lo siguiente:

Si bien es cierto que el derecho penal económico no es una rama autónoma del Derecho Penal, se ha convertido en una especialidad que abarca un grupo considerable de delitos, entre los que se encuentran algunos delitos patrimoniales (estafa, defraudación, apropiación ilícita), los delitos societarios (aquellos



cometidos al interior de una persona jurídica), los delitos financieros (que atentan contra el sistema financiero, de seguros y bursátil), los delitos tributarios y aduaneros (que afectan los sistemas de recaudación del Estado), los delitos contra la propiedad intelectual y los delitos de lavado de activos. (Ugaz Sanchez Moreno & Ugaz Heudebert, 2017, pág. 24)

Vemos entonces que el derecho penal económico es una especialidad que se ocupará de aquellos delitos en los cuales el bien jurídico protegido sea de carácter económico, siendo esto así podemos decir que el derecho penal se fue moldeando conforme a las exigencias económicas de la sociedad.

En realidad, el nuevo Derecho económico debe anudarse a las transformaciones ideológicas que se producen desde comienzos de siglo y a las modificaciones de las relaciones económicas (la elevada tecnificación e industrialización, la inflación de las grandes ciudades, la alta tensión del tráfico monetario y de divisas y la, por esta razón, cada vez más crítica formación de precios, etc.) que exigen una distinta organización y una efectiva protección del Derecho. El papel de las guerras y de las revoluciones se limita a provocar una elevación en la masa del material jurídico económico. (BAJO FERNANDEZ & BACIGALUPO, 2001, pág. 12)

Por tanto, serán las transformaciones sociales las que provocaran el nacimiento de lo que podemos llamar derecho penal económico, en ese sentido para desarrollar el concepto de Derecho Penal Económico citaremos a los profesores españoles Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo, quienes han tenido gran aceptación por un grupo importante de autores respecto del tema, los mismos que hacen referencia a lo siguiente; Podemos definir el Derecho penal económico como el *conjunto de normas jurídicopenales que protegen el orden económico* (BAJO FERNANDEZ & BACIGALUPO, 2001, pág. 11). De este pequeño concepto podemos entender que el fin del derecho penal económico será el de proteger el orden económico, es decir, las relaciones económicas dentro de un Estado y su correcto funcionamiento.

Ahora bien, es preciso indicar que existen dos concepciones respecto al concepto de Derecho Penal Económico, una en sentido estricto y otra en sentido amplio.



4.1.1.1. El concepto en sentido estricto

El estado tendrá un grado de intervención importante en la economía, esto generará una característica para el derecho penal económico, ello en razón a que, esta intervención se dará mediante el ejercicio de la *Ius Puniendi*, en ese sentido, será la intervención más intensa del estado en la economía, estas exigencias son plasmadas por la necesidad del Estado de proteger a la economía en su conjunto (por ser esta un pilar fundamental en el funcionamiento del Estado).

El concepto del derecho penal económico conforme a (Bajo Fernández & Bacigalupo Saggese) en sentido estricto

Es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía. En esta concepción estricta, el orden económico como objeto de protección aparece conectado con esa nueva rama jurídica denominada Derecho económico que es, en definitiva, el Derecho de la Economía dirigida por el Estado. (pág. 13)

Por otro lado, OTTO.H citado por (Cervini, 2008) indica que:

El derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos que lesionan o ponen en peligro la actividad reguladora (*lato sensu*) del Estado en la economía y a las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores. (pág. 9)

Podemos decir entonces que, el contenido del derecho penal económico será reducido únicamente a aquellos delitos que afecten el orden económico como tal, es decir, a aquellos delitos que tengan que ver con la determinación o fijación de precios, los delitos monetarios, delitos de lavado de activos, el contrabando, entre otros.

Este concepto en sentido estricto nos permite entender que llega a tener validez en cualquier sistema económico, pues en cualquier sistema económico se busca proteger principalmente a la economía, en otras palabras, todo Estado buscará proteger en todo momento su economía.



4.1.1.2. El concepto en sentido amplio

En el concepto amplio del derecho penal económico la protección no incidirá precisamente sobre la economía en su conjunto, sino sobre las actividades que se realizan en dentro de su economía de mercado, es decir sobre aquellas actividades económicas dadas en un ámbito competencial o de mercado.

En un sentido amplio vendría a ser “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicio.” (Bajo Fernández & Bacigalupo Saggese, pág. 15)

Por su parte BOTTKKE citado por (Cervini, 2008) expresa que:

El derecho penal económico en sentido amplio abarca la comisión de delitos pertenecientes a la órbita del derecho penal clásico, en cuanto a que se ejecute en el ámbito de la empresa o de los negocios. Este sector no plantearía, obviamente, especiales problemas de legitimidad a la hora de criminalizar comportamientos, dado que se articularía sobre la vulneración de bienes jurídicos también clásicos, como, verbigracia, el patrimonio o la seguridad en sentido estricto engloban todos aquellos delitos que afectan la protección de las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico respectivo y eventualmente dado al legislador penal en la Constitución. (pág. 18)

Bajo este último concepto es preciso entender también a que nos referimos cuando hablamos de un delito económico, en ese sentido, Tiedemann citado por (Bajo Fernández & Bacigalupo Saggese, 2001) indica que: “El delito económico en sentido amplio es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.”

En ese sentido, se añaden al derecho penal económico aquellos delitos que afectan gravemente al orden económico, los mismos que también lesionaran bienes de naturaleza personal o intereses individuales, en esa línea de ideas la protección del derecho penal económico en sentido amplio no estará únicamente direccionada al derecho del estado de



proteger la economía, sino que también comprenderá la regulación de la producción, fabricación y distribución de diferentes bienes económicos.

En palabras de (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016): “Esto significa que el Derecho penal económico no solo protege el orden económico en tanto intervenga en aquel, el Estado mediante su regulación (concepto restringido de Derecho penal económico), sino que la protección se dirige hacia toda la actividad económica.”

4.1.2. Antecedentes Históricos del Derecho Penal Económico

El derecho penal económico como refiere San Martín Larrinoa citado por (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016) es tan antiguo como el propio derecho penal y esto es, según ha señalado Rodríguez Mourullo también citado por (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016), porque allí donde existió un sistema penal hubo siempre un Derecho Penal Económico más o menos rudimentario, en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica. Es decir, las sociedades en las cuales existía visibilidad de un derecho penal propiamente dicho también gozaban indirectamente del derecho penal económico, ello en función al movimiento económico dado en su comunidad.

Así, en la época romana, por ejemplo, se castigaba a quienes especulasen con los precios de los cereales o evadían impuestos. En la misma época, el emperador Diocleciano fijó los precios máximos de los productos y salarios, sancionando bajo pena de muerte su inobservancia. Con la misma sanción y la confiscación eran castigados quienes sacasen determinado tipo de productos, en especial el hierro y las armas. Es también común apreciar en el Derecho romano sendos tipos penales represores de la adulteración de productos alimenticios.

En la edad media destacan los antecedentes marcados por el delito colectivo de “lo falso” en Alemania, que agrupaba una serie de conductas ilícitas, así como la *Constitutio Criminalis Carolina*.

Durante la Edad Moderna la intervención penal en materia económica se fue extendiendo a otras conductas, excepto en el periodo de auge de las ideas liberales durante el siglo XIX. (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016, pág. 35)



De todo lo antes mencionado se puede inferir que el derecho penal económico estuvo presente de manera tácita en la época romana, la edad media y la edad moderna, sin embargo, es en esta última cuando quizá tome una posición más formal, es decir que tomará mayor presencia en el ámbito jurídico, en ese sentido, Wurten Berger citado por (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016) precisa que se puede considerar que en el siglo XIX se inicia el Derecho penal económico pues:

Un derecho penal económico en sentido propio, solo comienza a existir cuando aparece una económica dirigida y centralizada, pues mientras existan condiciones que otorguen a los operadores económicos plena libertad para desarrollar relaciones económicas, el Estado carece de interés para interferirse en el mantenimiento de orden económico.

En conclusión, el derecho penal económico propiamente dicho tendrá visibilidad a partir de la edad moderna, encontrándose antecedentes interesantes tales como las leyes destinadas a la protección del consumidor en Inglaterra, la Ley del pan, la Ley de adulteración de la semilla y la Ley de Salud Pública. Por otro lado, en Norteamérica, específicamente en 1890, se manifiesta un hito importante, apareciendo así la llamada “Sherman Act”, la misma que sigue vigente en la actualidad.

4.1.2.1. En el derecho internacional

Dentro del derecho internacional las primeras apariciones se dieron en el continente europeo al reconocerse que un individuo adquiera derechos sobre un bien y por ende surgió la necesidad de proteger de forma institucionalizada a estos derechos. La legislación penal como lo indica (García Caveró) contribuyó con sus propios mecanismos, por dicha causa contó con un trasfondo económico; pero esta protección tenía una visión individualista de lo económico. En la misma línea de ideas, en Europa, posterior a la segunda guerra mundial, se produjo el fenómeno de estudio de la delincuencia en el ámbito económico, siendo esto así, el legislador se preocupó por corregir las distorsiones encontradas en el sistema económico.

(Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016) citando a Abanto Vásquez refieren lo siguiente;



Es así como en Alemania se reprime en sede penal los comportamientos de acaparamiento y prácticas restrictivas de la competencia a través de la llamada “Ley para la simplificación del Derecho penal económico” de 1949 que significó el primer intento por disgregar del ámbito del Derecho Penal las denominadas “contravenciones al orden”.

Posteriormente paso por una ideología liberal debido a los cambios en las estructuras sociales y cambios en la actividad comercial llevando al nacimiento de las industrias.

La idea central era que la economía debía desarrollarse sin Derecho penal. Esta comprensión de las cosas llevó a algunos autores a sostener incluso que conductas como la usura, el acaparamiento, el abuso de posición monopólica o la bancarrota fraudulenta, no deberían ser delitos en sentido estricto, sino meras infracciones del Derecho de policía. (García Caveró, 2014, pág. 52)

Esta ideología fue cuestionada y entonces en las primeras décadas del siglo XX fue el Estado quien desarrollo políticas de orden de la economía controlando varios aspectos de la economía para ello se implantó una protección penal. En esta fase llamada el intervencionismo del Estado “el Derecho de policía en materia económica quedó relegado a un segundo plano, mientras que el Derecho penal se convirtió en la prima ratio para el efectivo afianzamiento del modelo económico asumido.” (García Caveró, pág. 54)

Después de la segunda guerra mundial los postulados de origen liberal asumieron su retorno, pero no de forma radical; ya que la intervención del Estado seguía siendo necesaria para impedir abusos en el ámbito económico y fomentar una justa repartición de la riqueza hablándose de una economía social de mercado.

La utilización del derecho penal estaba determinada por la gravedad de las infracciones, en este punto (García Caveró) indica que:

También desde el punto de vista de la política económica se estimó poco conveniente una sobrepoblación de leyes penales en el terreno de la economía. En el sector occidental de la nueva ordenación de los países europeos luego de la segunda guerra mundial, se consideró más ventajoso que la actividad productiva



no sea frenada con dispositivos penales de carácter controlista, lo que se reflejó en un Derecho penal económico poco extendido. (pág. 55)

Finalmente, en la década de los setenta la legislación penal tuvo un importante cambio, el Derecho penal ya no era simplemente un arma excepcional; asimismo, en el ámbito económico se mantuvo la razón del libre mercado.

Es así que a la función encargada desde antes al Derecho penal de reforzar la actividad económica del Estado (Derecho penal económico en sentido estricto), se le sumó de forma más nítida la función de sancionar las diversas conductas dañosas que pudiesen presentarse en el ciclo de producción, distribución y consumo de bienes y servicios (Derecho penal en sentido amplio). (García Cavero, pág. 56)

En Alemania las reformas penales apuntaron hacia el derecho penal económico, llegando a tener importante trascendencia, en este país se adoptaron medidas que gozaban de carácter sustantivo y orgánico dentro del sistema de administración penal.

En el plano sustantivo, la Primera Ley de lucha contra la criminalidad económica de 1976 introdujo una serie de nuevos tipos penales como la captación subrepticia de subvenciones y la captación fraudulenta de créditos y reformó el delito concursal y la figura de la usura.

La Segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica supuso la incorporación de nuevas figuras típicas como el abuso de cheques, tarjetas de crédito y la apropiación de las contribuciones de los trabajadores a la seguridad social, a la vez que agravó la pena en los supuestos de dilación de procesos de quiebra y desarrolló el tipo de competencia desleal (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016, págs. 38, 39).

En este orden de ideas, es posible decir que la Unión Europea influyó en la evolución histórica del Derecho penal económico, influencia que según algunos autores se manifestó de manera tanto positiva como negativa, en ese sentido Arroyo Zapatero citado por (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016) refiere que;



La influencia de la Unión Europea, se ha evidenciado en tanto es fuente creadora, en materia económica, de un derecho sancionador -administrativo propio, protege intereses propios de la comunidad provocando la innovación legislativa en sede penal y garantiza la puesta en vigencia de la normatividad penal económica dentro de los países miembros de la comunidad.

4.1.2.2. En el derecho nacional

La legislación penal económica en el Perú no tuvo el mismo proceso que Europa; ya que el desarrollo histórico del Perú presenta particularidades que no encajan del todo en el desarrollo del continente europeo.

En ese sentido, para algunos autores peruanos, la represión de conductas que pudiesen resultar lesivas al orden económico, tiene antecedentes incluso en la época del Incanato, así lo precisa (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016):

Durante el incario, los delitos tributarios tenían una gran significación, así eran castigados con pena de muerte “los contadores” que falsificaban cuentas. Por otra parte, se sometía a pena de azote a los caciques indígenas que escondiesen a los indios durante los censos populares con la intención de alterar el cálculo de la distribución de las cargas tributarias. (pág. 40)

Esta postura no es compartida por el profesor Percy Garcia Caveró, quien prefiere tratar al derecho penal económico desde una época un tanto más moderna.

Como precisa (García Caveró) en la época Incaica no puede hablarse sobre un Derecho penal más que de una existencia de un orden coactivo, posteriormente en el proceso de conquista del Perú se tuvo una influencia del Derecho Español y desde ese momento el derecho penal siguió la práctica europea continental.

Un punto resaltante que señala García Caveró es que con la independencia no se consiguió una independencia de los indios sino de los criollos frente a los españoles peninsulares, en esta línea él señala que:

La separación del dominio español no trajo consigo la expedición de una nueva legislación penal propia, sino que se mantuvieron vigentes las leyes españolas de



la colonia que no estuvieran en contra de los principios de libertad e independencia proclamados en los decretos desde el 8 de septiembre de 1820, tal como lo estableció San Martín en el Reglamento Provisional de 17 de mayo de 1821 y lo confirmó luego Bolívar en la primera Constitución Peruana de 1823 (artículo 131). Salvo la breve vigencia del Código Penal de Santa Cruz, inspirado en el Código penal español de 1822 durante la Confederación Peruano-Boliviana (1837-1838), no fue sino hasta 1862 en que el Perú contó con un Código penal propio, el cual tomó como modelo el Código penal español de 1848. (pág. 59)

Del mismo modo (Caro Coria & Reyna Alfaro) refieren que un antecedente cercano se visualiza en el Decreto del 18 de marzo de 1824, documento en el cual Simón Bolívar dispuso la pena de muerte para los empleados que participaran en la comisión del delito de contrabando, años después este delito se castigaría con penas de comiso, multa pena corporal afflictiva.

El código penal de 1863 y 1924 incorporaron referencias de los actuales delitos económicos y durante su vigencia se aprobaron diversas leyes penales para reprimir delitos económicos, por ejemplo, en el Código Penal de 1924, específicamente en el artículo 248 – en concordancia con el artículo 130 del Anteproyecto de Código penal suizo- se podía observar las primeras luces de tipificación de delitos de administración desleal.

(Caro Coria & Reyna Alfaro) Posteriormente, en 1966, aparece la Ley Represora del Contrabando (Ley N° 16185, del 28 de junio de 1966) que complementa la regulación del llamado Código de Maúrtua.

Es preciso hacer mención a la “Ley contra la adulteración, acaparamiento y especulación”, la misma que marcó un hito importante contra la delincuencia económica en el Perú, esta Ley fue dada el 03 de febrero del año 1976, mediante Decreto Ley N° 21411.

La sistemática empleada en este dispositivo resulta sumamente criticable, pues se establecían supuestos de hecho que constituían una adulteración, acaparamiento y especulación, estableciendo sanciones administrativas comunes a todos los comportamientos, entre ellas incluso detención no menor de 5 ni



mayor de 40 días y la expulsión del país, encargándose la aplicación de las respectivas sanciones a los Ministerios bajo cuya competencia se encontraba la actividad sancionada o los Tribunales contra la adulteración, acaparamiento y especulación que en ese entonces existían.” (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016, pág. 41)

En ese orden cronológico aparecen distintas leyes que buscaban proteger la actividad económica del Estado, siendo algunas más resaltantes que otras, entre ellas aparece la denominada “Ley sobre delitos económicos” propugnada el 12 de junio de 1981 mediante Decreto Legislativo N° 123, siendo éste un intento de perfeccionar la tipificación de conductas que puedan lesionar el orden económico.

El actual código de 1991 agrupó distintos delitos económicos, ello bajo la idea de que la evolución del sistema penal no podía ser estática, más aún cuando la actividad económica gozaba de un constante dinamismo, sin embargo, a pesar de la sistematización de los delitos económicos en nuestro Código Penal, para algunos autores éste padece de serios defectos, así (García Caveró) menciona que:

Los delitos económicos no se reducen al aseguramiento de la política económica del Estado, como se pudo apreciar claramente en la legislación penal de los años setenta, sino que apuntan a proteger también ciertas condiciones esenciales de las relaciones económicas en general. En este sentido, el Derecho penal económico peruano deja de limitarse a ser un refuerzo punitivo de la política económica del Estado (Derecho penal económico en sentido estricto) para ampliarse a un Derecho penal del sistema económico en general (Derecho penal económico en sentido amplio). (pág. 61)

Cabe mencionar que el cuerpo normativo antes mencionado trajo consigo innovaciones tales como los delitos de abuso de poder económico, publicidad engañosa, concentración crediticia, pánico financiero y delitos monetarios.

4.1.3. Función del Derecho penal económico

Conforme se ha visto anteriormente el derecho penal económico no es un derecho distinto al derecho penal general, por tanto, las funciones que se le atañen son, en cierto



modo similares, contando con algunas características que lo hacen ver como un sector especial del derecho penal general, en ese sentido, (García Caveró, 2014) señala que, el Derecho penal económico no cuenta, al menos todavía, con una autonomía funcional que motive tratarlo como un sistema normativo distinto al Derecho penal.

Doctrinariamente se considera que la imposición de una pena en el derecho penal económico no cumple como tal la misión de realizar justicia, sino que, la función que cumple es de perspectiva social, toda vez que, la intención es darle a entender al individuo un motivo para cumplir con la norma, ello desde una perspectiva básica.

Su imposición apuntaría a funciones distintas, en una simplificación un tanto aventurada, pero útil para la exposición de las ideas, puede decirse que las posturas que otorgan una función social al Derecho penal económico pueden ordenarse en dos tendencias: Por un lado, la que le atribuye una *función de motivación* para evitar conductas lesivas de los bienes jurídicos económicos; por el otro, la que entiende que el Derecho penal económico se encarga de restablecer la vigencia de una norma infringida y mantener así la identidad normativa de la sociedad en el sistema económico. (García Caveró, 2014, pág. 105)

4.1.3.1. Función de motivación

Se entiende que la norma penal guarda una estricta relación con el individuo, pues es a este a quien se encuentra dirigida, en ese entender, lo que busca que es que el individuo pueda adecuar su conducta a lo previsto en la norma, podemos decir entonces que la función motivadora del Derecho penal económico se basará en la función que cumpla la norma penal, en palabras del profesor (García Caveró) se tiene que, en el Derecho penal económico se opta, por lo general, por la vertiente de la prevención general negativa, lo que significa que la motivación tiene lugar por medio de una intimidación dirigida a todos los ciudadanos.

Es preciso indicar que dicha postura cuenta con detractores que refieren que esta función de la pena no podría aplicarse a todos los delitos, sin embargo, en el caso de los delitos económicos esta función si es aplicable toda vez que el individuo realiza



necesariamente una ponderación respecto a los costes y beneficios de su actuación, por lo tanto, esta función es viable en el derecho penal económico.

Así mismo, otra crítica importante se da en función a la determinación de la pena en cada caso en concreto, es decir, como indica el profesor (García Caveró, 2014) “es así que, en determinado contexto, puede ser que la pena intimide realmente (cuando los beneficios a obtener por el delito son mínimos), pero puede ser también que bajo otras circunstancias no lo haga. Desde la lógica de la intimidación, un delito no muy grave requerirá una pena muy elevada para poder motivar al delincuente concreto si lo que está en juego es de vital importancia”. Siendo esto así, parece lógico que la única solución es ampliar los márgenes punitivos, lo cual podría generar un escenario en el cual nos encontremos frente a una especie de terror penal.

4.1.3.2. Función de reestabilización

La función de reestabilización en cierto modo es opuesta a la función de motivación, así refiere Jakobs citado por (García Caveró, 2014); “Este autor parte de rechazar, como criterio de legitimación, la función de motivación de las normas penales para evitar lesiones a-bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho penal aparece, éstos se encuentran ya lesionados”. Siendo esto así, la función que cumpliría el sistema penal sería la de devolver la vigencia comunicativo – social a la norma infringida.

Si se quiere utilizar terminología con base en la teoría de las normas, podría decirse que, según esta concepción, la función manifiesta del Derecho penal no se encuentra en la norma de conducta, sino en la norma de sanción

Siguiendo esta línea de ideas Michael Lindemann citado por (García Caveró, Derecho Penal Económico - Parte General, 2014) refiere que:

A la pena le correspondería la función comunicativa de mantener la vigencia de las expectativas normativas institucionalizadas en normas de los intervinientes en la vida económica. El punto de referencia de esta función de reestabilización de la pena es, sin duda, la economía, la cual es entendida como el conjunto de todas las disposiciones y medidas para satisfacer ordenadamente las necesidades humanas respecto de bienes. Sin embargo, el referido autor señala que no es



suficiente darle a la pena la función de restablecer las expectativas normativas defraudadas, sino que ella debe percibirse por la generalidad como una retribución ajustada al injusto realizado culpablemente.

En función a ello se pueden determinar dos puntos de vista respecto de la pena, estas son; una interna cuya medida es la justicia para cada caso en concreto, que formalizara solamente si la pena es conforme a la culpabilidad del autor por el hecho cometido, y, por otro lado, una externa cuya finalidad se basa en la imposición de una pena efectiva.

4.1.3.3. Posición del Derecho Penal Económico

De todo lo esgrimido en los párrafos anteriores nos es posible inferir que el Derecho penal económico no cumple con una función de motivación mediante sus normas penales, toda vez que, cada delito económico nuevo es distinto al otro, por tanto, no es posible generalizar el criterio de la norma penal, adicional a ello se tiene que en los casos de hechos delictivos económicos la decisión de realizar dicha conducta responde a razones ajenas a la de la amenaza penal.

El profesor Garcia Cavero refiere que el pensamiento de Jakobs es razonable, sin embargo, no comparte del todo su criterio, ello en razón a que Jakobs se encuentra ligado a un positivismo sociológico pues busca encontrar la identidad normativa de la sociedad en una construcción racional a partir de cómo está organizada la sociedad en un momento dado.

Nuestra divergencia con el planteamiento de Jakobs se presenta precisamente en la concepción de persona, en tanto pensamos que, si bien la persona sólo puede comprenderse en sociedad, no se encuentra determinada exclusivamente por las reglas de configuración del sistema social. La sociedad no puede disponer del concepto de persona en función de intereses preponderantes o de una determinada constitución social, ya que se trata de un estatus que se atribuye a todo individuo por el hecho de ser un humano. (Garcia Cavero, Deerecho Penal Económico - Parte General, 2014)

Por tanto, podemos inferir que el Derecho penal económico no cumplirá una función de reestabilización de la identidad de la sociedad o de algún modelo determinado del



sistema económico, sino en función a la organización económica de la sociedad para favorecer a la realización de las personas. Es importante tomar en cuenta que las personas actúan en la actividad económica no necesariamente para lucrar, sino que actúan en función de la satisfacción de sus principales necesidades, con lo cual buscan lograr una realización personal total.

En esta línea de ideas, el autor antes citado refiere que:

Las estructuras del sistema económico se configuran en atención al cumplimiento de su función y ordenan de esta manera las diferentes comunicaciones producidas en la economía. No obstante, las personas que participan comunicativamente en la economía mantienen su autonomía y pueden, por tanto, apuntar a la consecución de objetivos que no se correspondan con las estructuras de expectativas del sistema económico.

Estas actuaciones divergentes producen una defraudación de expectativas que, en muchos casos, no puede ser reestabilizada cognitivamente por el propio sistema económico, de manera que se hace necesaria la intervención del sistema jurídico para devolver la vigencia a tales expectativas defraudadas y mantener la identidad del sistema social en la economía. (García Cavero, Deerecho Penal Económico - Parte General, 2014)

Actualmente nuestra Constitución Política reconoce la economía social de mercado, de la cual se pueden desprender dos aspectos interesantes; el libre mercado y la intervención del Estado. En ese sentido, se entenderá por libre mercado a aquellas condiciones que permitan la participación de los individuos que tengan la capacidad de ofrecer o adquirir bienes o servicios, en tanto que, la intervención del Estado se manifestará en el controla tanto de calidad como de producción en determinados sectores que puedan significar un riesgo de orden económico injusto. Estos aspectos generarán aquello conocido como identidad normativa de la sociedad en la economía, siendo garantizado por el sistema jurídico en caso de defraudación, específicamente por el derecho penal económico, imponiendo sanciones penales.

El Derecho penal económico cumple la función de restablecer la vigencia de las expectativas sociales derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad



en la economía ante aquellas conductas que expresan el sentido social de ponerlas en tela de juicio. No le corresponde proteger la incolumidad de ciertos intereses económicos particulares pues cuando el Derecho penal económico aparece en escena estos intereses se encuentran, por lo general, afectados. Tampoco asume la labor de asegurar el funcionamiento de la economía o de sectores económicos específicos, en la medida que esa prestación, además de borrar los límites funcionales con el Derecho administrativo económico, difícilmente se puede alcanzar con una reacción focalizada en un hecho delictivo concreto. Bajo estas consideraciones, la única prestación que realmente puede cumplir el Derecho penal económico es mantener, a pesar de la actuación delictiva concretamente realizada, la identidad normativa esencial de la sociedad en el sistema económico. (García Caveró, Derecho Penal Económico - Parte General, 2014)

En la doctrina penal se entiende que la tipificación de los delitos gira en torno a dos niveles de legitimación: la legitimación de la restricción de la libertad del ciudadano mediante prohibiciones penales en general y la legitimación de la concreta intervención punitiva del Estado por la infracción del tipo penal. En ese sentido, el bien jurídico protegido por la norma penal se encontraría en el segundo nivel de análisis, el mismo que goza de carácter dogmático, siendo estos así, la función que asumirá el Derecho penal económico será la de reestablecer la vigencia de la expectativa normativa de conducta defraudada por el sujeto autor del delito económico.

4.1.4. Bien Jurídico Protegido

Cuando hablamos de bienes jurídicos protegidos es porque la tutela jurídica estará dirigida a la vigilancia de algún bien en específico y que gozará de protección ante una posible trasgresión. Para (Bramont Arias, 2010):

El Derecho Penal interviene en las conductas ilícitas contra el orden económico cuando las demás ramas jurídicas no sean capaces de originar su cumplimiento. La intervención del Derecho Penal en materia económica requiere la determinación precisa de cuál es el objeto de tutela jurídico penal, y cuál es la necesidad de tutela penal; en otras palabras, se requiere la determinación del bien



jurídico a proteger, a efectos de garantizar la intervención penal y de dar sentido a la prohibición penal, limitándola al mismo tiempo.

El bien jurídico protegido por el Derecho penal económico es un tema que no ha encontrado consenso entre los diversos autores que estudian esta materia, es así que, una parte importante de la doctrina intenta explicar el porqué de la delincuencia económica bajo el replanteamiento de la teoría de bienes jurídicos, siendo que el mismo ha ido variando al pasar de los años, bajo nuevas exigencias cada vez más modernas, siendo esto así el concepto de bien jurídico afronta nuevas formas de ataque contra la convivencia pacífica en sociedad. Es en este sentido que se ha pronunciado (Mejias Rodriguez, 2015).

Quien afirma que;

Las peculiaridades de los delitos económicos han llevado solamente a que se les estudie por separado en una parte general y una parte especial del derecho penal económico, sin que ello implique el reconocimiento de algo básicamente distinto al derecho penal, pues también para los delitos económicos se aplican los mismos principios garantistas.

De lo antes citado, podemos inferir que el crimen económico será estudiado a partir del contexto social en el cual se produce, ello implica que el delito y el crimen económico son producto de una estructura social determinada que obedece a condicionamientos concretos.

En esta línea de ideas el autor antes citado hace mención a que; cada estructura social genera, de acuerdo con su propia realidad, su propia criminalidad. Luego, la conducta constitutiva de delito económico estará funcional y operativamente condicionada por la estructura socioeconómica concreta de un lugar y en un momento determinado.

Ahora bien, al ser considerado un tipo de delito que se adecuara a cada estructura social, es preciso entender que el agente económico no será únicamente aquel individuo que se desenvuelve en el mercado bajo el ejercicio de sus derechos subjetivos, sino que participa también de un sistema económico complejo, en ese sentido, los delitos económicos, como indica (Garcia Cavero, 2014) no deben quedarse en la protección



de los bienes jurídicos individuales de los intervinientes en el sistema económico, sino que deben tener en cuenta también los llamados bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o difusos.

4.1.4.1. Formación de bienes jurídicos en el Derecho penal económico

Al hablar de bienes jurídicos podemos decir que nos referimos a aquellos bienes que se encuentran dentro de la esfera de protección del ordenamiento jurídico mediante sus distintos órganos competentes, ello tomando en cuenta la estructura social, económica y política. Mir Puig citado por (Mejias Rodriguez, 2015) refiere que estos bienes no fueron siempre jurídicos, sino que tuvieron una etapa prepositiva; refiriendo que:

El Estado los positiviza mediante un juicio de valor, en virtud del cual los considera suficientemente importantes para ser protegidos por el derecho. Esta calificación es de suma relevancia, pues permite separar los bienes que se localizan en el campo de la moral y que, por ende, no gozan de protección jurídica alguna, de aquellos bienes que son reconocidos por el Estado – a través del sistema jurídico – y que decide proteger”.

Adicionalmente el Estado realiza otro filtro con la intención de determinar aquellos bienes jurídicos de mayor importancia, los mismos que serán merecedores de protección penal. En otras palabras, estos bienes tienen que ser tan importantes que en el momento que algún individuo los transgrede el Estado pueda hacer uso de su poder punitivo mediante la aplicación de una pena en concreto.

El autor antes mencionado refiere que, en el derecho penal económico la selección de los bienes jurídicos se realizará a partir de cuatro criterios político-criminales identificados en la obra de Ferrajoli, los mismos que se harán necesarios para maximizar la protección de bienes con un mínimo de prohibiciones y castigos.

En ese sentido, el autor desarrolla estos criterios de la siguiente forma:

En primer orden, el bien jurídico debe ser de una importancia tal que merezca la protección penal; es decir, debe justificarse la prohibición sólo cuando se dirige a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y,



en todo caso, externos al derecho mismo, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también —por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal— el peligro que se ha corrido. (Mejias Rodriguez, 2015, pág. 61)

En este primer criterio resalta la importancia que ha de tener el bien jurídico, buscando impedir tanto el daño como la puesta en peligro del mismo.

Un segundo aspecto es que la lesión que se causa —por medio de la pena—debe ser proporcional a la lesión o a la puesta en peligro. Este criterio es, naturalmente, genérico e indeterminado, pero puede completarse afirmando que ningún bien justifica una protección penal —en lugar de una civil o administrativa—si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. (Mejias Rodriguez, 2015, pág. 61)

Este segundo criterio permite entender que la justificación de la protección penal a determinado bien ha de ser que el valor del bien tiene que ser mayor al de los bienes que serán privados por la pena.

Como tercer criterio, la manera de redactar los tipos penales es importante para que la protección sea adecuada, de tal forma que se excluyan todas las conductas que son permisibles y que se incluyan todas las conductas que resulta necesario sancionar en sede penal. (Mejias Rodriguez, 2015, pág. 62)

El tercer criterio hace referencia a la previsibilidad que han tener los tipos penales respecto a la exclusión de todo tipo de conductas que puedan afectar el bien jurídico.

“En cuarto lugar, y en virtud de lo extremo de la reacción estatal de castigar, ésta debe ser la última alternativa —última ratio— para hacerle frente a las conductas lesivas de bienes jurídicos”. (Mejias Rodriguez, 2015, pág. 63)

Bajo la idea de este cuarto criterio la facultad de castigar del Estado solamente se hará efectiva en última instancia, es decir, cuando los demás mecanismos de protección de los bienes jurídicos protegidos hayan fracasado.

(Tiedemann, 1993) refiere que: “un criterio racional en lo concerniente al derecho penal económico impone preliminarmente distinguir los bienes jurídicos individuales de los bienes jurídicos supraindividuales”. Es decir, que un criterio a tomar en cuenta es el de



separar en campos distintos a aquellos bienes jurídicos que se encuentran en la esfera individual de aquellos que se encuentran en la esfera supraindividual. (Mejias Rodriguez, 2015) citando a Muñoz Conde precisa lo siguiente:

Este criterio de la supraindividualidad no difiere mayormente de aquel que habla de bienes jurídicos “colectivos de carácter económico” definido por Muñoz Conde, cuyas características los vinculan a bienes que pese a tener menor visibilidad, no dejan de existir, como ocurre con las concertaciones económicas, el sistema tributario o el crediticio y cambiario, entre otros.

Al hablar de supraindividualidad se puede entender que nos referimos a bienes que no se encuentran netamente en el ámbito individual o particular, sino que en cierto modo resultan de carácter colectivo. (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016) refieren que un sector de la doctrina, entre los que se ubican TIEDEMANN y, en nuestro país, PEÑA CABRERA, son de la opinión que el bien jurídico tutelado en el Derecho penal económico es el “orden socio-económico”. Sin embargo, concuerdan con la línea de ideas de ABANTO VÁSQUEZ, precisando que dicha concepción ubica el bien jurídico en un nivel de abstracción que resulta intolerable.

De esta manera (Abanto Vásquez, 2000) precisa, que: “la doctrina penal contemporánea realiza el proceso de identificación del bien jurídico penalmente tutelado a partir del análisis en concreto de cada figura delictiva”.

Finalmente podemos decir que los bienes jurídicos serán observados a partir de la aplicación de determinados criterios, así como el análisis de cada figura delictiva.

4.1.4.2. Delimitación e importancia del bien jurídico protegido por el Derecho penal económico

El bien jurídico protegido, como se desarrolló líneas arriba, es de carácter supraindividual, es decir, se encuentran dotadas de intereses de importancia comunitaria, el mismo que en caso de ser transgredido afecta no solo a un individuo sino a una comunidad o estructura social determinada.

El profesor (Bramont Arias, 2010) manifiesta que:



El bien jurídico susceptible de tutela penal se identifica con los intereses que, conforme a la convicción general de la sociedad, son especialmente valiosos y particularmente necesitados de protección. El bien jurídico es presupuesto para satisfacer una necesidad humana, proveyendo así, a la autorrealización del individuo. De estas características se desprende que el bien jurídico se encuentra ligado indisolublemente a la estructura de la sociedad y la evolución de la misma.

La importancia de la protección del bien jurídico radica en otorgar a la comunidad la seguridad de una adecuada convivencia social, en este orden de ideas el autor refiere; en otras palabras, el bien jurídico en los delitos económicos permite el adecuado funcionamiento del sistema social, el cual supone dentro de sí, la existencia de otros bienes jurídicos. Siguiendo esta línea de ideas, refiere lo siguiente:

De esta manera, el bien jurídico se presenta como uno de naturaleza macrosocial, de interés y al servicio de toda la colectividad, por cuanto todos intervienen en la relación que determina el propio orden económico. Por lo señalado, y buscando una fórmula que nos permita definir el bien jurídico en los delitos económicos, diremos que está constituido por el “conjunto de reglas económicas que configuran un determinado orden económico del Estado, que resulta fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los miembros del sistema. (Bramont Arias, 2010, pág. 88)

Del mismo modo el profesor (García Cavero, 2014) refiere lo siguiente: por lo tanto, el bien jurídico penalmente protegido es la vigencia de las expectativas normativas de conducta esenciales en el sistema económico, radicando su carácter esencial en su necesidad para garantizar el desarrollo personal de los agentes económicos.

Dicho de otro modo, el bien jurídico a proteger por el Derecho penal económico será el orden económico, siendo que existen tres unidades integradoras de dicho orden económico, como son; la producción, la distribución y el consumo, lo cual garantizará el normal desarrollo personal de los agentes económicos, esto es, productores, mercado y consumidores. Igualmente, (Mejías Rodríguez, 2015) citando a De la Cruz Ochoa refiere;



También De la Cruz Ochoa tiene la opinión de que el bien jurídico protegido en los delitos económicos puede ser entendidos como la economía en su conjunto, sancionando conductas que atentan contra la estabilidad de un sistema económico, cualquiera que éste sea, y en específico el conjunto de normas protectoras de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios dentro de un modelo económico específico.

En este entender, resulta claro que pese a las divergencias que se puedan tener respecto al bien jurídico protegido por el Derecho penal económico, lo que se busca proteger en el fondo es aquel bien jurídico de carácter supraindividual, el mismo que asegurará una convivencia adecuada, en este caso viene a ser el orden económico en su conjunto, el mismo que resulta de suma importancia para que los individuos participantes del sistema económico se desarrollen adecuada y normalmente.

4.1.4.3. El orden económico como bien jurídico protegido

El desarrollo continuo de la sociedad ha permitido que los Estados busquen cada vez mejores formas para la correcta evolución de su población, en ese sentido uno de los principales pilares de desarrollo se da en el aspecto económico, parte de este aspecto es el funcionamiento del mercado, es así que el autor (Passanitti, S/F) refiere que; el mercado necesita de un ordenamiento extrínseco que emana de la autoridad, quien conjunta y armoniosamente con los entes colectivos y los sujetos individuales, conducirá el proceso económico al servicio de la persona humana y a su auténtico desarrollo

Bajo esta idea, y para los fines concernientes a esta investigación tomaremos el concepto esgrimido por (Bajo Fernández & Bacigalupo Saggese, 2001) respecto al orden económico, definiendo a este como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. En esta línea de ideas el profesor (Bramont Arias, 2010) refiere lo siguiente;

No concebimos el bien jurídico "*orden económico*" como toda lesión ocasionada a la economía en el proceso de producción, distribución, consumo de bienes y servicios y posterior inversión (proceso económico), por cuanto en éstos, la



lesión es ocasionada por el autor sin vislumbrar o tener en cuenta el orden económico (no existe una acción desvalorada contra el orden económico), sino tan sólo teniendo en cuenta el daño inmediato a causar a un bien jurídico de naturaleza macrosocial.

Por otro lado, el autor (Mejias Rodriguez, 2015) nos aproxima a una visión de carácter económico, citando de esta manera a diversos autores y refiriendo que;

Una perspectiva economicista de óptica restrictiva la otorgaba Werget, quien definió al delito económico como “la infracción que lesiona o pone en peligro la actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía”. Y en la misma orientación, pero un poco más extensa y neutral, fue la definición de Otto, para quien: “son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico

Este último párrafo nos permite entender que, al proteger la actividad del estado en la economía, no estamos hablando de otra cosa sino de la protección del orden económico como bien jurídico, resultando claro que lo que se busca es impedir que el orden económico estatal sea alterado.

Es preciso hacer mención que el orden económico estará contenido por una serie de elementos, así lo precisa el profesor (Bramont Arias, 2010) quien indica que los elementos o bienes jurídicos específicos subordinados al bien jurídico genérico “orden económico” son:

- La libre competencia
- La libre formación de precios
- El proceso de ingresos y egresos del Estado
- El control de cambios
- La defensa del crédito

De estos elementos y para efectos de la presente investigación tomaremos el primero “libre competencia” el mismo que desarrollaremos en el capítulo siguiente.



SUB CAPITULO SEGUNDO

DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y SU AFECTACIÓN

4.2. DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.2.1. Conceptos Preliminares

4.2.1.1. La Ius Puniendi del Estado

El término Ius Puniendi es una expresión de naturaleza latina que está referida a la facultad de castigar o sancionar, ostentada por el Estado, es decir, nos referimos al poder del Estado para utilizar el castigo como instrumento de prevención de determinadas conductas, pudiendo castigar tanto penal como administrativamente, en ese sentido, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017) precisa lo siguiente; “En la actualidad, la doctrina ha sostenido el dogma de «la unidad de la potestad sancionadora estatal» considerando que se constituye un poder único que se expresa a través del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador”.

A partir de ello es posible entender que el estado ejerce su potestad castigadora a través del derecho penal, mediante la imposición de penas que pueden ser de carácter privativo, restrictivo, limitativo o pecuniario conforme lo establece el (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1993) en el código penal, título tercero, artículo 28, así mismo en el derecho administrativo se impondrán sanciones de carácter netamente pecuniario.

4.2.1.2. Aplicación del derecho administrativo sancionador

Como se señaló líneas arriba el Estado goza de la facultad de sancionar, tanto de manera penal como administrativa, cuando hablamos de un derecho administrativo sancionador nos referimos a la potestad de sancionar por parte de las entidades administrativas del Estado, en ese entender, (Nettal Barrera & Rodriguez Lozano, 2018) precisan lo siguiente; se sabe que la potestad sancionadora de la Administración es una manifestación del ius puniendi estatal, significa la atribución de la Administración para imponer sanciones administrativas frente a actos ilícitos (...). Ello



nos permite entender que el derecho administrativo sancionador actuará al igual que el derecho penal cuando se haya cometido algún acto irregular o contrario a ley.

Otro concepto interesante a tomar en cuenta será el brindado por el (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017) quien refiere lo siguiente;

La potestad sancionadora constituye un poder natural o corolario de las competencias otorgadas a la Administración Pública en determinadas materias, principalmente en las referidas a la ordenación y regulación de las actividades en la sociedad. No obstante, en el contexto de un Estado de Derecho, dicha potestad no se ejerce de manera arbitraria, sino que se encuentra condicionada al respecto de las disposiciones previstas en la Constitución y los derechos fundamentales de los administrados.

Este párrafo nos permite entender que la potestad sancionadora del Estado no quedará a libre discrecionalidad de él sino que por el contrario se encontrara debidamente condicionada por la Constitución Políticas y los derechos fundamentales, ello nos permite inferir que se busca en todo momento proteger tales derechos, se entiende también que el Estado al gozar tanto de una potestad sancionadora penal y una administrativa, dejará la primera para ser aplicada en ultima ratio, o dicho en otras palabras, solo cuando se hayan vulnerado bienes jurídicos de suma importancia.

La posición que tiene el Estado frente al ser humano (servicialidad), el deber de promoción del bien común y de integración armónica de todos los sectores de la Nación que le impone la Carta fundamental (artículo 1º), exigen que este deba adoptar todas las medidas y ejercer las atribuciones que el ordenamiento jurídico le confiere destinadas a cumplir un rol de conformación social que responda a estos valores y bienes constitucionales (Cordero Quinzacana, 2012, pág. 148)

Como se indicó líneas arriba el Estado buscara garantizar la protección de los derechos a través de diferentes mecanismos, entre ellos, mecanismos de carácter administrativo y penal, siguiendo esta línea de ideas el autor antes citado refiere que:

Todo lo anterior ha demandado una intervención decidida del Estado mediante una acción oportuna y eficaz, la que muchas veces no se encuentra en la



naturaleza, dinámica y ritualidad propia de los procesos judiciales y que exige, por lo tanto, asumir tal función por medio de sus órganos administrativos, dejando para una segunda fase el control jurisdiccional. Esto coloca a la actividad judicial en una función subsidiaria, especialmente en lo que se refiere al Derecho penal, respondiendo a la idea de que la represión criminal tiene el carácter de *ultima ratio* frente a las otras medidas que puede adoptar el Estado para satisfacer y proteger determinados valores y bienes constitucionales”. (Cordero Quinzacana, 2012)

Ello nos permite inferir que el estado identificara que bienes jurídicos son pasibles de una protección y sanción administrativa o penal, sin embargo, existen bienes que son afectados y no basta únicamente con una sanción administrativa, para entender ello, el profesor (Silva Sánchez, 2011) nos precisa lo siguiente;

Una mayor sensibilidad y valoración de determinados bienes vitales que miran la sociedad en su globalidad, han hecho que conductas que provocan una amenaza cierta o posible atentado a las mismas, exijan no solo una represión por la vía administrativa, sino también por la vía penal. Es lo que se ha denominado como el Derecho penal en expansión, que tiende a abandonar los principios clásicos del Derecho penal y que asume la tipificación de nuevas conductas que puedan significar un atentado a bienes jurídicos que miran a la sociedad en su conjunto, como el medio ambiente, el urbanismo, la salubridad pública, el mercado, etc.

Bajo esta premisa, tenemos a la libre competencia, que si bien es cierto se protege a través del derecho administrativo sancionador, no es suficiente, pues se afecta un bien de carácter supraindividual o colectivo, por tanto, en algunas legislaciones éste bien jurídico es pasible también de la protección penal, (Cordero Quinzacana, 2012) respecto al tema hace referencia a lo siguiente;

Por lo tanto, frente al Derecho penal nuclear (*Kernstrafrecht*) nos encontramos con un Derecho penal colateral (*Nebestrafrecht*), también denominado Derecho penal de segunda velocidad, el cual se caracteriza porque en su mayoría castiga conductas que representan un mero peligro abstracto de bienes supraindividuales,



es decir, el tema de la lesividad cede su importancia frente a normas o reglas que establecen estándares de funcionamiento en los sistemas sociales que deben ser respetados. Además, lo determinante en estas conductas es la visión global, sistémica o estructural, es decir, interesan las grandes cifras o analizar los comportamientos desde una perspectiva macro (macrosocial, macroeconómica, etc.).

Finalmente nos es posible admitir la idea de una protección doble de un bien jurídico de suma importancia como es la libre competencia, pudiendo actuar tanto el derecho administrativo sancionador como el derecho penal en sí mismo.

4.2.1.3. El Derecho de la competencia

El derecho de la competencia es una rama de Derecho que se ocupa de las leyes y normas que buscan asegurar que los mercados tengan una competencia efectiva, en este sentido (Kresalja, 2015, pág. 225) precisa:

El Derecho de la Competencia es la rama encargada de regular la adecuación de la actividad comercial y la eficiente asignación de recursos, siendo necesario estar al tanto del tratamiento y efectividad de las normas que contiene referentes a estos aspectos.

4.2.2. Antecedentes

Alguno de los antecedentes de la Ley Antitrust los encontramos en el Derecho Romano y el Reino Unido, así, (Miranda Londoño & Gutierrez Rodriguez, 2007) citan a Edgar Coke y Jorge Witker, el primero afirma que:

(...), hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el Derecho Romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del Rey Eduardo III”, por su parte, Jorge Witker señala que: “Los abusos de la monopolización generada por las normas que imperaban en la edad media, generaron la expedición en el Reino Unido de la Ley de Monopolios, en inglés, Statute Of Monopolies, durante el gobierno de Jaime Primero en 1623”.



4.2.2.1. La Ley de Sherman o la Ley Antitrust

Vigente desde 1890, representa la primera ley norteamericana orientada a proteger el comercio e industria. “Es una ley para la protección del comercio contra las restricciones ilegales y monopolios” (Miranda & Gutiérrez, 2007, pág. 217).

Los autores en mención precisan que “A partir de ese momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho antitrust.”

Las prohibiciones de carácter general que regula la ley en mención son:

Sec. 1. Todo contrato o combinación, en la forma de trust o de otra forma, o conspiración que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras se declara ilegal por la presente Ley (...).

Sec. 2. Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o se combine o conspire con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras será considerado culpable de un delito menor. (Villejas, 2015, pág. 36)

Como se puede advertir, la Ley de Sherman, prohíbe toda clase de acuerdos, tales como los contratos, combinaciones o conspiraciones que tiendan a restringir la competencia en el ámbito comercial e industrial; del mismo modo, prohíbe la monopolización y el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional.

En 1911, en el caso de la empresa petrolera Standard Oil, el Juez White decidió que la Ley Sherman podía ser aplicada solamente cuando se tratasen de restricciones de comercio o industria que sean irrazonables; quedando establecido el principio de rule of reason o regla de razón “(...), que dejaba a criterio de los Tribunales la aplicación de la Ley Sherman a cada caso concreto” (Villejas, 2015, pág. 36)



4.2.2.2. Derecho a la Competencia en la Unión Europea

La Unión Europea, estaba orientada hacia la integración económica, según Eduardo Galán, citado por (Miranda & Gutiérrez, 2007, pág. 231) la integración se realizaría mediante:

(...) la creación de un mercado común requería la aplicación de unas políticas de competencia, especialmente porque la caída de las fronteras económicas podría facilitar y agudizar el abuso de la posición dominante y el fraccionamiento de los mercados por medio de acuerdos anticompetitivos.

Por tal motivo, se firmó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea el 25 de marzo de 1957, también denominado Tratado de Roma, que en sus artículos 81 y 82 reguló las prácticas comerciales restrictivas y el abuso de posición de dominio, respectivamente.

Artículo 81.- Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones y empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Artículo 82.- Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva por parte de una o ambas empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo (...).

La regulación en mención, ha requerido de un reglamento, el cual, ha sido otorgado por el Consejo de Seguridad de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2002, y ofrece herramientas para abordar los conflictos entre países miembros, señala las atribuciones de las autoridades nacionales y de la Comisión, lineamientos para la investigación y sanciones; entre los principios rectores se tiene:

1. Los acuerdo, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de



dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúna las condiciones del apartado 3 de dicho artículo ni están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

3. La explotación abusiva de una posición dominante contemplada en el artículo 82 del Tratado está prohibida, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto. (Consejo de la Unión Europea, Reglamento (CE) N° 1/2003, 2002)

4.2.2.3. Inserción en el Perú

El derecho competencial encuentra sustento normativo en la Ley de Libre Competencia, que mediante Decreto Legislativo N° 701 del 5 de noviembre de 1991, siendo de esta manera que se estableció un marco legal para una economía de mercado.

La Constitución Política de 1993 se realizaron algunas reformas introduciendo disposiciones sobre política en materia de competencia: “Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas” (Constitución Política, 1993).

El mismo año, Indecopi inicia sus actividades para conocer casos en materia competencial, esto es, en competencia desleal y protección al consumidor; adoptando una postura firme ante la presencia de determinados carteles “por ejemplo el famoso Caso de los Pollos” (Winslow, Derecho y Política de la Competencia en Perú, 2014, pág. 15)

Con posterioridad, el 05 de noviembre de 1991 entra en vigencia el Decreto Legislativo 701, mediante el cual, se reglamenta el artículo 61 de la Constitución Política y reglamenta la libre competencia en el Perú; teniendo por objeto:

Eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando



el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. (Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo 701 Artículo 1, 1991)

Es de esta manera que se ha insertado el Derecho de la Libre Competencia en el Perú y que actualmente regula las actividades comerciales e industriales en el mercado.

4.2.3. Conceptualización

El derecho a la libre competencia está referida a la competencia mercantil o económica dentro en una económica de mercado de libre competencia, la competencia es la concurrencia de demandantes de bienes o servicios, con el fin de obtener un producto o servicio en condiciones factibles tanto en el precio y utilidad, puesto que los competidores son rivales en el mercado. (Diaz, 2003)

En el mercado para que se dé el estado de libre competencia tiene que existir mayor cantidad de competidores, además que en el mercado no debe existir condiciones que favorezcan únicamente a algunos competidores. Asimismo, no es necesario que todos los competidores tengan el mismo poder económico, ya que esto haría que puedan variar sus precios o cantidades unilateralmente. En consecuencia, podemos advertir que la libre competencia es la actividad de varios agentes económicos dentro de un mercado particular. (Diaz, 2003)

4.2.4. Marco Normativo

4.2.4.1. Constitucional

El Derecho de la Libre Competencia, encuentra protección en el artículo 61 de la Constitución Política de 1993, siendo el Estado quien asume el deber de intervenir cuando se presentan prácticas que afectan a la libre competencia. “Artículo 61.- 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. (...)”

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que la libre competencia supone dos aspectos esenciales:

- a) La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos.



b) La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado.

Desde la primera perspectiva, queda claro que quien tiene la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones autodeterminativas, esto es, sin que nadie (ni el Estado ni el resto de agentes económicos) pueda impedir o restringir dicha participación.

Desde la segunda perspectiva, es evidente que tras haberse accedido al mercado se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda. (Tribunal Constitucional Exp. N° 3315-2004-AA/TC, 2005)

Como parte del Derecho de la Competencia, el artículo 60 del texto constitucional, se tiene un marco normativo orientado a garantizar el pluralismo económico, a que la economía se sustente en la coexistencia de diferentes formas de propiedad y empresa; encontrándonos en un sistema de Economía Social de Mercado donde el Estado debe satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos, se respeten las normas, garantizar la existencia del mercado

4.2.4.2. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

La ley en mención fue aprobada por el Decreto Legislativo N° 1034 en fecha 25 de junio del 2008, en circunstancias en que el Estado Peruano firmaba un acuerdo comercial con Estados Unidos (TLC) en el mismo año, siendo necesaria la reforma de la Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, vigente hasta ese año, en ese sentido, esta nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas tiene como finalidad lo prescrito en su artículo 1° que a la letra dice; “La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”. Así mismo está organizada en un total de siete títulos, siendo el Título III en el que se tratan las conductas anticompetitivas y el artículo 11° donde se desarrollan las Prácticas Colusorias Horizontales.



4.2.5. Formas de Afectación de la Libre Competencia

Cuando hacemos referencia a las formas de afectación de la libre competencia nos referimos a aquellas prácticas que resulten contrarias a la libre competencia, es decir, lo que se conoce como prácticas anticompetitivas, en ese entender, (Witker, 2003) refiere que, el concepto de prácticas anticompetitivas, se trata de conductas mercantiles ilícitas que atentan contra la determinación o formación de los precios. Estas acciones u omisiones son realizadas por empresas privadas o públicas con objeto de distorsionar los mercados. En la misma línea de ideas (Guillem, S/F)

Los actos constituyen una acción o una omisión unilateral. Un acto restrictivo puede significar influenciar, infringir o negarse a realizar algo; y en teoría no es necesario ostentar una posición de dominio en el mercado para ejecutarlos, pero la conducta debe ser significativa y por supuesto contraria a la libre competencia.

Así mismo estas son catalogadas en dos grupos, el abuso de posición de dominio y las practicas colusorias, pudiendo ser estas últimas de carácter vertical u horizontal.

4.2.5.1. Abuso de Posición de Dominio

Cuando hablamos de abuso claramente nos referimos a un actuar negativo en el cual algún individuo se aprovecha de una situación favorable, en ese sentido, cuando hablamos de abuso de posición en dominio entendemos que nos referimos al aprovechamiento de la situación favorable que en este caso sería la posición de dominio del cual goza una empresa o persona jurídica. En esta línea de ideas la doctrina peruana precisa lo siguiente.

A través de estos actos una empresa que cuenta con poder sustancial de mercado o posición de dominio, aprovecha indebidamente ese poder o posición en el mercado para sacar ventaja de ello e impedir la entrada de nuevos competidores u obstaculizar la permanencia de los que ya se encuentran operando en el mercado. Usualmente son actos ilícitos de una empresa; es decir, actos unilaterales para excluir ilegalmente del mercado a los competidores. La ley peruana los denomina “actos de abuso de posición de dominio”. (Quintana, 2013, pág. 18)



De acuerdo a lo citado, vemos que este tipo de actos constituyen un ilícito que impiden o frustran la competencia, provocando la obstaculización de la permanencia de otros agentes económicos competidores en el mercado. Por otro lado, cabe precisar que para que una empresa realice un práctica anticompetitiva consistente en el abuso de posición de dominio tendrá que gozar de cierta posición relevante en el mercado, en ese sentido, (Quintana, 2013) precisa que:

Para que una empresa pueda incurrir en actos de abuso de posición de dominio debe contar con esta posición en el mercado. Para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio es necesario definir si puede imponer las condiciones de compra o venta, con independencia de la reacción de sus clientes, proveedores o competidores. Una empresa podrá actuar de esta forma cuando los clientes y proveedores del mercado en cuestión no tienen alternativas reales, distintas a la empresa dominante, para comprar los bienes que requieren o vender los bienes que producen, respectivamente. Asimismo, la empresa dominante podrá comportarse de tal manera si no enfrenta competidores o si los que existen no tienen la fuerza suficiente para enfrentarla.

A partir de ello podemos inferir que una empresa deberá gozar de ciertos criterios para realizar estas prácticas anticompetitivas, estas son:

- Mercado relevante
- Posición de dominio
- Y por último tendrá que abusar de su posición de dominio

En ese entender (Dávila Broncano, 2018) nos precisa;

La misma norma se encarga de precisar que el solo hecho de tener una posición de dominio no implica un ilícito; ello sucede cuando se produce un exceso en el ejercicio del poder en el mercado. El abuso de dicha posición se encuentra cuando el operador realiza conductas que atentan contra el libre mercado y la libre competencia, perturbando el desarrollo de una “competencia perfecta”, porque tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta y la demanda en el mercado relevante. Con la intención, lógicamente, de incrementar sus ingresos o beneficios, lesiona a sus



competidores para disminuirlos o sacarlos de la competencia, y con ello hasta del mercado.

4.2.5.2. Prácticas colusorias

Las prácticas colusorias, como el mismo nombre indica, se refieren a actos en los cuales exista colusión, es decir, que exista un acuerdo de voluntades, para mejor entendimiento en la doctrina peruana se trata de la siguiente manera:

Las prácticas colusorias son comportamientos coordinados entre agentes competidores o agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo o de comercialización que, a través de la coordinación, dejan de actuar de modo independiente entre sí y se comportan coludidos según los términos pactados o convenidos, creando así una restricción indebida de la competencia. (Quintana, 2013, pág. 33)

De ello se puede desprender que, para la realización de este tipo de conductas, deben participar de dos a más agentes económicos. Las prácticas colusorias pueden ser clasificadas en prácticas colusorias verticales y prácticas colusorias Horizontales, las mismas que se desarrollaran a continuación, dándole mayor énfasis a las prácticas colusorias horizontales.

4.2.5.2.1. Prácticas colusorias verticales

Al respecto (Dávila Broncano, 2018) refiere que:

Las prácticas colusorias verticales son los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos de conductas de efectos exclusorios y los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas llevadas a cabo por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, según corresponda. Para la configuración de una práctica colusoria vertical, se 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.

En la misma línea de ideas, (Quintana, 2013) refiere que:

Las restricciones verticales requieren necesariamente la participación de dos o más agentes independientes entre sí, y que al menos uno de ellos decida o acepte sujetar o restringir su libre voluntad empresarial en función del compromiso asumido con el o los otros agentes. Esta restricción coordinada de la libertad puede manifestarse en diversos aspectos de la relación comercial existente entre los agentes que participan en distinto nivel de la cadena de producción y comercialización, por ejemplo, los precios a cobrar, el área geográfica a atender, los productos que pueden venderse, el canal de comercialización a utilizar, entre otros.

Las prácticas colusorias verticales pueden manifestarse a través de las mismas modalidades que las prácticas colusorias horizontales; es decir, mediante acuerdos, prácticas concertadas, decisiones o recomendaciones. La principal diferencia radica en que en las prácticas verticales participan agentes de distintos niveles de la cadena productiva o de comercialización.

De los textos citados se desprende, que las prácticas colusorias verticales se producirán entre agentes económicos que se encuentren en distintos niveles de la cadena productiva, siendo los del nivel más alto quienes inciden en las decisiones de las empresas de menor nivel.

4.2.5.2.2. Prácticas colusorias horizontales

Las prácticas colusorias horizontales son definidas en nuestra doctrina como aquellas prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores, como el mismo nombre indica, se realiza de manera horizontal, es decir, entre empresas que se encuentren en el mismo nivel de la cadena productiva, así, la (Resolución N° 0738-2017/SDC-INDECOPI, 2017) precisa lo siguiente:

Cabe precisar que se considera como prácticas colusorias horizontales aquellas que se producen entre agentes económicos que se encuentran en el mismo nivel



de la cadena de producción, distribución o comercialización de productos o servicios y, por tanto, compiten entre sí en un mismo mercado. Estas pueden tener como objetivo concertar: la fijación de un precio de compra o venta; el reparto de clientes, proveedores o mercados; la limitación o control de la producción o ventas; un esquema de discriminación; ventas atadas; las ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de estas en las licitaciones o concursos públicos o privados; y en general, la implementación de prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Del mismo modo en la doctrina peruana algunos autores precisan lo siguiente:

Las prácticas colusorias horizontales son las que se producen entre agentes económicos competidores que realizan acuerdos, toman decisiones, hacen recomendaciones o concertan prácticas entre sí con la finalidad de restringir, impedir o falsear la libre competencia. (Dávila Broncano, 2018 , pág. 130)

Las prácticas colusorias horizontales se producen entre dos o más agentes que compiten entre sí, es decir, entre empresas que producen y/o venden bienes que son sustitutos (por ejemplo, bienes que cumplen la misma finalidad, pero son de distintas marcas). Por ello, se señala que estas prácticas involucran a empresas que se encuentran en el mismo nivel de la cadena productiva o de comercialización. (Quintana Sanchez, 2015, pág. 33)

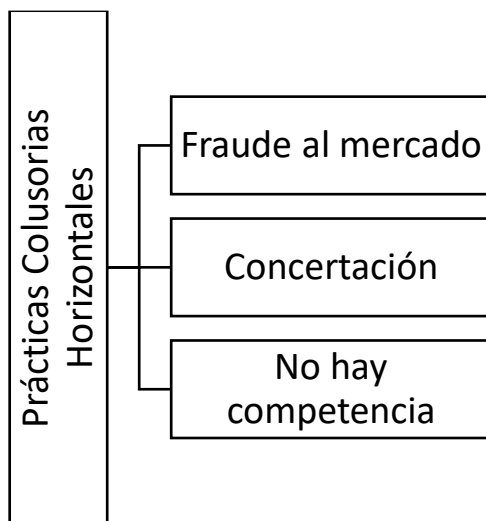
De los textos citados, se desprende que, este tipo de prácticas buscan o tienen como efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, ocasionando así un daño en la cadena productiva, entre sus similares, es decir, competidores, y a los consumidores directamente, pues impiden que estos últimos tengan la posibilidad de elegir los productos o servicios proporcionados.

Así mismo, es de verse que, las prácticas colusorias horizontales se realizaran mediante acuerdos y concertaciones, y en algunos cuerpos normativos también se sancionan las decisiones y las recomendaciones. En esta línea de ideas (Quintana, 2013) refiere que:



Las prácticas concertadas se configuran cuando los competidores actúan coordinadamente en el mercado de forma consciente, sin que tal forma de actuación pueda explicarse por las características y condiciones del mercado, sino únicamente considerando que ha existido una conexión o enlace entre los implicados. Lo relevante en este tipo de conductas es demostrar fehacientemente que el comportamiento de los competidores no responde a las condiciones naturales del mercado, sino que ha existido alguna forma de coordinación destinada a no competir. Por otro lado, Las decisiones son acuerdos adoptados al interior de asociaciones o gremios de empresas competidoras. Las decisiones tienen carácter vinculante para los miembros y su objetivo es restringir la competencia entre ellos.

En conclusión, las prácticas colusorias horizontales se pueden realizar de diversas formas y siempre entre agentes económicos que ostenten el mismo nivel jerárquico en la cadena de producción, afectando la libre competencia.



4.2.6. Protección de la Libre Competencia

La libre competencia encontrará protección, por parte del derecho, de distintas formas en cada parte del mundo, es decir, en el derecho comparado tendrá protección de naturaleza penal o naturaleza administrativa, siendo que en algunos casos también podrá encontrar una protección mixta, estos recibirán el nombre de sistemas, los mismos que se desarrollarán a continuación:



4.2.6.1. Protección jurídica por el Derecho Administrativo Sancionador

Para entender un poco a que nos referimos cuando hablamos de una protección administrativa de la libre competencia, citaremos al profesor (García Cavero, Derecho Penal Económico - Parte especial, 2015) quien precisa que: “una protección limitada al Derecho administrativo sancionador se presenta cuando las prácticas restrictivas de la libre competencia se castigan solo con sanciones administrativas”. Por lo tanto, nos es factible inferir que en este sistema todo tipo de vulneración a la libre competencia se castigará en el ámbito administrativo, lo que nos hace pensar en lo propuesto por (Abanto Vásquez, 2000) quien precisó;

Para que pueda mantenerse un sistema de protección limitado al Derecho administrativo sancionador resulta necesario un alto grado de eficiencia de la autoridad administrativa competente, de manera tal que se haga innecesaria la intervención penal o, cuando menos, su ausencia sea socialmente tolerable.

Siendo esto así, podemos llegar a la conclusión de que bajo este sistema de protección de la libre competencia la comunidad en su conjunto tendrá que confiar en que el derecho administrativo sancionador sea lo suficientemente eficaz, ello considerando en que el nivel de afectación ocasionada por la infracción a la libre competencia no sea grave, es decir, que no sea lo suficientemente grave como para que no intervenga el derecho penal, en esa línea de ideas se tiene que;

Si se comienza a destacar el efecto nocivo que estas prácticas producen en la libertad de los agentes económicos y finalmente en el bienestar de los consumidores, la persecución puramente administrativa, por más severa o eficaz que sea, no bastará para satisfacer las demandas sociales de castigo. Esta situación se presentó precisamente en Alemania y el Reino Unido, lo que llevó al abandono del sistema de represión limitado al Derecho administrativo sancionador. (García Cavero, pág. 43)

De esto último, nos es posible admitir la idea propuesta por el autor, ya que si bien es cierto el derecho administrativo sancionador puede funcionar, éste no resulta necesariamente eficaz cuando hablamos de daños graves ocasionados a los agentes



económicos o a los consumidores, siendo necesario en estos casos la intervención de un derecho sancionador más fuerte, como es el caso del derecho penal.

4.2.6.2. Protección por el Derecho Penal

La protección penal de la libre competencia, a diferencia del derecho administrativo sancionador se basa netamente en sanciones de carácter penal, situación que es fácilmente observable en legislaciones como la Argentina o la Chilena, (García Cavero) precisa que: “este recurso exclusivo a sanciones penales se entiende con facilidad en momentos históricos caracterizados por la ausencia de leyes especiales de defensa de la competencia, así como de una autoridad administrativa con suficientes facultades de persecución y sanción”.

Se puede entender entonces, que lo que buscan este tipo de legislaciones es una sanción más drástica y que por ende asegure que los individuos de una misma comunidad tengan la seguridad de que la libre competencia no será vulnerada.

4.2.6.3. Protección Mixta.

Cuando hablamos de una protección mixta, podemos entender que nos referimos a una protección tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito penal, así lo precisa (Abanto Vásquez) quien refiere que: “el rasgo común de los ordenamientos jurídicos modernos es la protección conjunta de la libre competencia, esto es, que las prácticas restrictivas de la libre competencia se sancionan tanto administrativa como penalmente”. La protección conjunta a la que hace referencia (García Cavero) abarca también ciertos problemas, en ese sentido, manifiesta que; el principal problema de este modelo de protección conjunta reside en las posibles superposiciones entre los ámbitos administrativo y penal, lo que podría producir finalmente una sobreacción del sistema jurídico o, lo que es peor, niveles de descoordinación con efectos de impunidad. De esta manera el autor refiere que para evitar este tipo de discrepancias se han propuesto una serie de criterios como son:

- Identidad de ilícitos
- Identidad parcial de los ilícitos



- Diferencia absoluta entre los ilícitos



SUB CAPITULO TERCERO

PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES Y LA AFECTACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA

4.3. PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES

4.3.1. Definición

El Decreto Legislativo N° 1034 prescribe en el artículo 11.1 que: “se entiende por prácticas colusorias horizontales 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” (...). Del mismo modo Quintana, refiere lo siguiente:

Las prácticas colusorias horizontales se producen entre dos o más agentes que compiten entre sí, es decir, entre empresas que producen y/o venden bienes que son sustitutos (por ejemplo, bienes que cumplen la misma finalidad, pero son de distintas marcas). Por ello, se señala que estas prácticas involucran a empresas que se encuentran en el mismo nivel de la cadena productiva o de comercialización. (Quintana, 2013)

En ese sentido se entiende por prácticas colusorias horizontales a todo tipo de actos como acuerdos o decisiones, realizados entre competidores del mismo nivel, actos que tendrán como finalidad vulnerar la libre competencia.

Así mismo, (Dávila Broncano, 2018) precisó que;

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas definió las prácticas concertadas como “una forma de coordinación entre agentes económicos en la cual, sin que un acuerdo formal haya sido necesariamente concluido entre ellos, existe un nivel de cooperación práctica entre ellos que sustituye conscientemente los riesgos inherentes al proceso competitivo”.

La autora antes citada indicó que:

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos establece: La voluntad común puede inferirse a partir de evidencia que tienda a excluir la posibilidad de



que las partes hayan actuado cada una de manera independiente. Esto es, debe existir prueba directa o indirecta que lleve razonablemente a probar que las partes estuvieron comprometidas de manera consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito. (Dávila Broncano, 2018 , pág. 132)

4.3.2. Tipos de Practicas Colusorias Horizontales

Las practicas colusorias horizontales en nuestro país se encuentran prescritas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1034, específicamente el artículo 11.1 prescribe lo siguiente: “Se entiende por prácticas colusorias horizontales 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, tales como:”

- a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;



- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Del mismo modo, el artículo 11.2 prescribe lo siguiente:

Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

Y, por último, el artículo 11.3. prescribe que; las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

De lo antes desarrollado podemos ver que en la norma se hacen referencia a las practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta y las de prohibición relativa, en ese sentido es preciso desarrollar a que nos referimos al hablar de estos dos grupos.

Con la finalidad de evitar un posible escenario de ambigüedad jurisprudencial respecto de la regla bajo la cual deberían analizarse las conductas



anticompetitivas, el legislador ha consagrado y definido de manera expresa en el DL 1034 a la regla per se bajo la denominación “prohibición absoluta”, de conformidad con su Artículo 8°, así como a la regla de la razón bajo la denominación “prohibición relativa”, de conformidad con su Artículo 9°. (Gagliuffi Piercechi, S/F, pág. 158)

4.3.2.1. De Prohibición relativa (Regla de la razón)

El artículo 9 del Decreto Legislativo 1034 prescribe lo siguiente;

Artículo 9°.- Prohibición relativa. -

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores

Del texto citado podemos entender que existe un grupo de prácticas que son de prohibición relativa, al tener esta característica, la autoridad de la competencia ha de probar dos cosas, la existencia de la conducta y los efectos negativos que ocasionen.

Para entender de mejor manera este párrafo citaremos a (Gagliuffi Piercechi, S/F) quien refiere que:

Bajo la regla de la razón no se considera que una determinada conducta (por ejemplo, la concertación de precios) sea inherentemente ilegal, sino que la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado.

En esta línea de ideas (Bullard Gonzales, S/F) refiere lo siguiente:

Las infracciones sujetas a la llamada “regla de la razón” son aquellas donde la práctica será ilegal si, realizada ésta, en las circunstancias en que se dio, se espera que pueda, bajo un análisis de razonabilidad afectar la competencia. En esos casos las circunstancias concretas en que ocurrió la práctica serán analizadas para determinar si era o no razonable la conducta específica desarrollada. Siguiendo



con los ejemplos de reglas de tránsito, se suele prohibir la realización de “maniobras temerarias”. Sin embargo, la calificación específica de qué es una maniobra temeraria en cada caso, depende de las circunstancias en que ocurrió la conducta, aspectos que serán evaluados por la autoridad, la que, de considerar que la conducta no fue razonable, la calificará como una infracción.

Debemos entender entonces que, una práctica de prohibición relativa es aquella que se analizará desde la regla de la razón, en ese sentido, tendrá que probarse el daño ocasionado y la razonabilidad de haber realizado esta práctica, por lo tanto, no todas las conductas colusorias serán por sí mismas una infracción a libre competencia.

4.3.2.2. De prohibición absoluta (Regla per se)

El artículo 8° del Decreto Legislativo 1034 prescribe lo siguiente:

Artículo 8°.- Prohibición absoluta. -

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.

Del párrafo citado nos es posible afirmar que en el caso de aquellas conductas que sean de prohibición absoluta, la autoridad de la competencia solo deberá probar que la conducta efectivamente existió.

Para entender esto de mejor manera citaremos a (Gagliuffi Piercechi, S/F) quien refiere que:

Según la regla per se algunos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por sí mismos, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables. En otras palabras, bajo la regla per se ciertos acuerdos anticompetitivos en la modalidad de, por ejemplo, concertación de precios, revisten un carácter ilegal inherente debido a que no puede esperarse del mismo efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia.”



Del mismo modo (Bullard Gonzales, S/F);

Las infracciones sujetas a la “regla per se”, determinan que una práctica es ilegal por la simple realización de su conducta, sin necesidad de evaluar para determinar su ilegalidad las posibilidades de que la regla pueda afectar realmente la competencia. Una regla como esta se asemeja a la regla que prohíbe pasarse una luz roja: si una persona se pasa la luz roja no puede usar como argumento de defensa que a la hora en que lo hizo (tres de la mañana) y en las circunstancias en que ocurrió (no venía ningún otro vehículo hacia la intersección) era razonable hacerlo. Las pocas o casi nulas posibilidades de que haya un accidente que cause daños es irrelevante para determinar la existencia de la infracción.

En conclusión, se puede decir que aquellas prácticas anticompetitivas de prohibición absoluta deben ser analizadas bajo la regla per se, ello quiere decir que, este tipo prácticas serán ilegales sin importar el daño que causaron en el mercado, importando solamente que la conducta se haya realizado.

4.3.3. Prácticas Colusorias Horizontales y su afectación a la libre competencia

Este apartado es de suma importancia pues nos dará luces acerca de cómo las prácticas colusorias horizontales afectan a la libre competencia, así mismo, nos permitirá establecer qué tipo de prácticas son las que resultan más lesivas y de qué manera lo hacen.

En esa línea de ideas, (Quintana, 2013) refiere que:

Cuando las prácticas colusorias tienen como finalidad única y directa afectar las condiciones de oferta en el mercado, por lo general producen efectos dañinos, entre los que se pueden señalar los siguientes:

- Afectan al comprador o consumidor al permitir que se le cobre precios mayores o que se le imponga condiciones menos beneficiosas que las que primarían en un mercado competitivo.
- Privan al comprador o consumidor de la posibilidad de elegir entre distintas opciones de precios, calidades u otras condiciones de venta.



- Limitan los incentivos a la eficiencia e innovación de las empresas que participan de la práctica pues, al desaparecer los riesgos de la competencia, también desaparece el impulso a ganarle a los rivales.”

Como se puede advertir del párrafo citado las prácticas colusorias afectan tanto a competidores, como a consumidores, con precios altos, restricción en la elección de precios, calidad, condiciones, etc y la limitación de servicios de calidad.

Del mismo modo (Bullard Gonzales, 2006) responde a la interrogante ¿por qué es malo concertar?, es decir, porque la concertación entre empresas resulta dañina para libre competencia, en ese sentido, manifiesta lo siguiente:

La respuesta a la pregunta, la encontramos en un derecho básico del consumidor: su derecho a elegir. En el libre mercado, los precios, las calidades y las condiciones de comercialización son consecuencia de la interacción de consumidores y proveedores. Ello implica que la libertad de fijación de precio encuentra como límite la disposición de pagar dicho precio por los consumidores, de la misma manera como la libertad del consumidor de pagar un precio bajo encuentra como límite la disposición del proveedor de vender a dicho precio.

Toda concertación para subir precios lleva implícito un acuerdo de restringir la producción, es decir, de generar escasez. Si se va a vender más caro, se está asumiendo que menos consumidores podrán pagar los nuevos precios resultantes, y es ahí donde se ve el verdadero daño de la concertación. El problema no está dado del lado del consumidor que tiene que pagar más, sino del que ya no puede comprar. Ello implica menos producción que la deseable, y con ello menos eficiencia en la economía. (...) Es por ello que las concertaciones vulneran los derechos de los consumidores. La preocupación no va por el lado de la acumulación del poder económico, sino por el mal uso de dicho poder en perjuicio de la competencia.

Siguiendo este orden de ideas, queda claro que las prácticas colusorias o concertaciones entre empresas limitan la libre competencia y la afectan en cuanto vulneran derechos de suma importancia, tal es así, que a la legislación internacional reconoce como



carteles de núcleo duro a aquellos acuerdos realizados entre competidores, que buscan restringir o eliminar la competencia, acuerdos tales como:

- Fijación de precios
- Reparto de mercado
- Colusión en licitaciones o concursos públicos
- Restricción en la oferta y demanda de bienes y servicios

Al respecto, por ejemplo, en el caso de reparto de mercados, el autor (Jimenez La Iglesia & Jimenez La Iglesia, 2009) refiere que;

“Los acuerdos de reparto de mercado pueden estar, por otro lado, insertos en estructuras complejas de acuerdos aparentemente legítimos entre las empresas. Las empresas sencillamente pueden repartirse el mercado en el contexto de una cooperación aparentemente legítima (incluso en el contexto de empresas conjuntas, o establecer una red de acuerdos de distribución, compra o suministro con el objeto de estabilizar su presencia en el mercado también mediante la compra-venta de activos o tomas de participación. Algunas estructuras pueden ser relativamente complejas.”

Del mismo modo (INDECOPI - Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2018) precisa que los acuerdos de precios o fijación de precios pueden ser de la siguiente manera:

Los acuerdos de precios son las prácticas restrictivas más usuales. En el caso de una licitación o concurso público, consisten en el pacto entre competidores para ofertar un mismo precio de venta de los bienes o servicios materia de contrato. También pueden adoptar modalidades más complejas como acuerdos de precios mínimos o fórmulas de cálculo del precio a ofertar.

En el marco de un procedimiento de selección, el acuerdo de precios podría tener por objetivo que los postores integrantes del pacto colusorio se aseguren que el precio de venta final por el cual serán adquiridos los bienes, servicios, obras o consultorías de obras objeto de un procedimiento, será el que ellos han acordado entre sí. De esta forma, los postores se aseguran un determinado nivel de precios



conveniente a sus intereses, en caso resulten ganadores del procedimiento de selección.

El autor antes mencionado precisa también respecto al reparto de mercado que:

Constituyen las modalidades de licitaciones colusorias más frecuentes. Se tratan de acuerdos entre postores o posibles postores que tienen por objeto evitar la competencia entre ellos y asignar un ganador. Debido a la ausencia de competencia, el ganador “elegido” podrá obtener condiciones más rentables en la provisión de bienes, servicios u obras a la entidad convocante.

El reparto de mercado puede darse en función a zonas geográficas (se dividen o asignan regiones o departamentos), tipo de clientes (el ganador es escogido en función a la entidad convocante), tipo de bienes o servicios (los postores coludidos se reparten las licitaciones en función al tipo de bien o servicio que es materia de convocatoria), montos involucrados (la repartición de las licitaciones se realiza en atención a los valores de los contratos a celebrarse), entre otros elementos.” (INDECOPI - Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2018, pág. 15)

Es posible entonces, admitir que entre las prácticas más frecuentes se encuentran la de fijación de precios y reparto de mercados, así mismo, en ambos casos es observable que dichas prácticas colusorias se pueden dar en el ámbito de contrataciones públicas, situación que definitivamente afecta gravemente la libre competencia.

4.3.3.1.1. Carteles

Sin duda alguna, cuando escuchamos el término cartel, la idea principal en la que pensamos es en algo malo, ya que lo asociamos a los carteles de drogas, en cierta forma la idea no resulta alejada de la realidad puesto que cuando hablamos de carteles de drogas nos referimos a un conjunto de personas que se juntan con la finalidad de realizar actividades ilícitas referidas al tráfico ilícito de drogas. En el ámbito económico, tenemos que:



El conocido cartel empresarial obedece a “aquél acuerdo formal entre empresas que participan en un mismo mercado cuyo objeto, con carácter general, es fijar políticas conjuntas para la maximización de beneficios mediante la reducción o eliminación de la competencia, a través de: la fijación de precios y/o establecimiento de cuotas de producción, poniendo barreras de entrada a nuevos competidores, etc. (Gama Rojas, (S/F))

Siguiendo a (Buleje Díaz, 2017) tenemos que;

Las prácticas colusorias horizontales, generalmente llamadas **cárteles**, son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización. Normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores.

Del mismo modo (Fortes Furtado Fonseca, 2015) precisa que:

Los cárteles económicos de núcleo duro son acuerdos entre empresas para no competir, en los que se adoptan una o más de las siguientes conductas: 5 a) la fijación de precios; b) el amaño de licitaciones; c) el establecimiento de restricciones o cuotas de producción; d) la división o reparto de mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio.

Queda claro entonces que cuando hablamos de cárteles económicos hacemos referencia a aquellas prácticas colusorias realizadas entre empresas que deberían competir entre sí, generando con estas conductas una serie de daños tanto a consumidores como a demás agentes económicos que interactúan en el mercado. Así por ejemplo la (Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2013) precisó lo siguiente:

Los cárteles están prohibidos en la mayoría de las leyes de defensa de la competencia. Tienen consecuencias negativas para todos los consumidores, pero los pobres sufren de manera desproporcionada los efectos de la colusión en el comercio y la contratación pública. Los altos precios, particularmente de los



bienes y servicios esenciales, obligan a los pobres a reducir el consumo de esos bienes, o a renunciar a ellos. Además, como pequeños empresarios, los pobres pueden verse denegado el acceso a los mercados o ser objeto de explotación por los cárteles.

Del texto citado se puede entender el gran daño que ocasionan estos carteles a los competidores y aún más a los consumidores, siendo que en ocasiones los que resultan más perjudicados son aquellos que no gozan de una capacidad económica intermedia o alta.

Del mismo modo, (Bolaños Rodríguez, 2015) precisa en su trabajo que, en el año 2005, la Working Group on Cartel, de la International Competition Network, emitió las principales características o elementos de los cárteles económicos, determinando que la definición de cártel consagra tres elementos:

- Acuerdo
- Entre los competidores
- Para restringir la competencia

En esta línea de ideas (Fonseca Fortes Furtado, 2015) precisa que, los acuerdos horizontales, es decir, entre empresas que compiten entre sí, para restringir o eliminar la competencia, suelen ser denominados carteles hard core o de núcleo duro. Así mismo, citando a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) refiere que esta organización enumera las siguientes conductas como caracterizadoras de los carteles hard core:

- La fijación de precios;
- El amaño de licitaciones
- El establecimiento de restricciones o cuotas de producción
- La división o reparto de mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio.

A partir de todo lo mencionado y desarrollado anteriormente nos es posible precisar que estas conductas son las mismas que se recogen en el decreto legislativo 1034 (Ley de represión de conductas anticompetitivas) bajo el nombre de prácticas colusorias horizontales de prohibición absoluta.



4.3.3.2. Tratamiento de las Prácticas Colusorias Horizontales en el Derecho Comparado (legislación y países)

Las actividades colusorias son un fenómeno de carácter internacional, y se concentran en el sector industrial, es por ello que en algunos países se ha optado por criminalizarlas.

Estados Unidos.

Code Commerce and Trade. Chapter. Title 15.1.- Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be punished by fine not exceeding \$ 100,000.000 if a corporation, or, if any other person, \$ 100,000.000 if a corporation, or, if any other person, \$ 1, 000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

La traducción de este artículo es la siguiente:

Artículo 15.1. Todo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otro tipo, o conspiración, para restringir el comercio o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras, se declara ilegal. Toda persona que celebre un contrato o participe en cualquier combinación o conspiración declarada ilegal por la presente será considerada culpable de un delito grave y, al ser declarada culpable, será castigada con una multa que no exceda los \$ 100,000.000 si es una corporación, o, si es cualquier otra persona \$ 1,000.000, o por pena privativa de libertad no mayor de 10 años, o por ambas penas, a criterio del tribunal. (Código United States, 2021)

El Derecho Penal antitrust norteamericano recoge conductas caracterizadas, ante todo, por un ámbito definido: la estructura empresarial. Las sanciones aplicadas en casos recientes tienen en cuenta esta doble realidad: las características criminológicas del sujeto al que se imponen (directivos de empresas transnacionales) y las peculiaridades de un comportamiento que no sería posible en otros ámbitos distintos de la empresa.



Una mínima racionalidad exige, en consecuencia, que la gravedad de las sanciones no sea de menor entidad que la de las previstas para delitos que agotan su lesividad en un concreto patrimonio individual.

Canadá.

En el año 2009, mediante la Ley de la Competencia y del Consumidor se introducen sanciones penales en Canadá:

(...). Price Maintenance. - The Price maintenance provisions are designed to provide resellers of products with the freedom to set their own Price and to provide suppliers with the ability to compete through low-pricing policies.

The former criminal provision has been repealed and replaced with a new non-criminal provision.

- Similar to the refusal to deal provision, it must be shown that there is an “adverse effect” on competition before the Tribunal can issue an order under the civil price maintenance provision (to prohibit conduct or accept a customer).
- There is a right of access for private litigants to bring cases for price maintenance to the Competition Tribunal.
- The decriminalization of the price maintenance provision promotes aggressive pricing with no threat of criminal sanctions.

Competitor collaboration

The amendments create a more affective criminal enforcement regime for the most egregious forms of cartel agreements, while allowing other forms of potentially anti-competitive competitor collaborations to be reviewed under a civil provision.

- True cartel-like behavior (price-fixing, market allocation, output restriction) is subject to criminal prosecution and is prohibited outright.
- The maximum fine for conviction is increased to \$ 25 million from \$ 10 million, and the maximum term of imprisonment to 14 years from 5 years.



- Other forms of potentially anti-competitive agreements between or among competitors are subject to civil review and assessed to determine if they result in a substantial lessening or prevention of competition.
- These provisions are not in force until March 2010. Until then parties may apply to the Commissioner for an opinion on the legality of existing or proposed agreements.
- The Bureau will issue draft Guidelines describing the Bureau's proposed approach to assessing agreements among competitors. Following consultation with interested parties, the Guidelines will be issued in final form to provide predictability. (A Guide to Amendments to the Competition Act, 2009)

(...). Mantenimiento de precios, Las disposiciones de mantenimiento de precios están diseñadas para proporcionar a los revendedores de productos la libertad de establecer su propio precio y proporcionar a los proveedores la capacidad de competir a través de políticas de precios bajos. La antigua disposición penal ha sido derogada y reemplazada por una nueva disposición no penal.

- De manera similar a la disposición sobre la negativa a negociar, debe demostrarse que existe un "efecto adverso" sobre la competencia antes de que el tribunal pueda emitir una orden en virtud de la disposición civil de mantenimiento de precios (para prohibir una conducta o aceptar un cliente)
- Existe un derecho de acceso para los litigantes privados para llevar casos de mantenimiento de precios promueve precios agresivos sin amenaza de sanciones penales.

Colaboración con la competencia

Las enmiendas crean un régimen de ejecución penal más afectivo para las formas más atroces de acuerdos de cárteles, al tiempo que permiten que otras formas de colaboraciones con competidores potencialmente anticompetitivos sean revisadas bajo una disposición civil.



- El verdadero comportamiento de cártel (fijación de precios, asignación de mercado, restricción de la producción) está sujeto a enjuiciamiento penal y está totalmente prohibido.
- Se aumenta la multa máxima por condena a \$ 25 millones de \$ 10 millones, y la pena máxima de prisión a 14 años a partir de 5 años.
- Otras formas de acuerdos potencialmente anticompetitivos entre competidores están sujetas a revisión civil y se evalúan para determinar si resultan en una disminución o prevención sustancial de la competencia.
- Estas disposiciones no entrarán en vigor hasta marzo de 2010. Hasta entonces, las partes podrán solicitar al Comisario una opinión sobre la legalidad de los acuerdos existentes o propuestos.
- La oficina emitirá un borrador de las Directrices que describen el enfoque propuesto por la Oficina para evaluar los acuerdos entre competidores. Tras consultar con las partes interesadas, las Directrices se publicarán en forma definitiva para proporcionar previsibilidad. (A Guide to Amendments to the Competition Act, 2009)

Canadá es un país que sanciona gravemente a los carteles, con multas que suman hasta 25 millones de dólares canadienses para empresas que tomen parte en carteles y la misma multa y/o pena de prisión de hasta 14 años para las personas. (Fonseca, 2015, pág. 121)

Brasil

En el caso de Brasil, al ser el pionero a nivel de Sudamérica en criminalizar los carteles, teniendo como primeras actividades las farmacias. En su Código Penal, se regulan: a) La formación de carteles; y b) Carteles en licitaciones. Entre la legislación brasileña se tiene:

- Ley 8137 de 1990. Artículo 4 incisos I y II
- Ley 8666 de 1993. Artículo 90
- Ley Antitrust 12529 de 2011



El artículo 4 de la Ley 8137 “Ley Federal de Delitos Económicos” prescribe: Son conductas delictivas:

1. Acuerdos entre competidores diseñados para fijar precios o cantidades, dividir mercados o controlar canales de oferta o distribución.
2. El abuso del poder económico, el dominio de mercados o la eliminación de la competencia por medio de convenios entre empresas (incluyendo las fusiones, adquisiciones, la suspensión de actividades económicas y la obstaculización de competidores)
3. La explotación del poder monopólico mediante el incremento de precios sin justificación alguna.
4. La realización de ventas a precios inferiores a su costo para obstaculizar la competencia
5. La discriminación de precios, mediante acuerdo o por otras vías, para perjudicar a un competidor o a un vendedor de un insumo, o para crear un monopolio o eliminar la competencia; y
6. La destrucción de equipo de fabricación, a fin de crear un monopolio o eliminar la competencia.

Fue modificada por Ley 12529, que prescribe:

Artículo 116.- O art. 4 da Lei N° 8137 del 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 4_

(...) II. Formar acordo, convenio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) a fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Traducción:



(...) II Formar un convenio, convenio, adecuación o alianza entre oferentes, con el objetivo de:

- a) La fijación artificial de precios o cantidades vendidas o producidas;
- b) Control regionalizado del mercado por empresa o grupo de empresas;
- c) Control, en detrimento de la competencia, de la red de distribución o proveedores.

Pena - Prisión, de 2 (dos) a 5 (cinco) años y multa.

Esta Ley sólo se aplica a personas y no a entidades corporativas o comerciales. Las violaciones de la misma se castigan mediante una multa y el encarcelamiento durante dos a cinco años. La pena puede endurecerse entre una tercera parte y la mitad si el delito causa daños serios a los consumidores, es cometido por un servidor público o se relaciona con un mercado esencial para la vida o la salud.

Argentina

El Código Penal de Argentina, regula en su artículo 300 las coaliciones entre tenedores:

Artículo 300. Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años:

- 1° El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercadería o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

Considerado como delito de agiotaje, “Apunta a la protección de la comercialización de los bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades básicas de la población, sancionando la manipulación de los precios a través de prácticas maliciosas o por medio de acuerdos entre los principales oferentes” 12 (Cruz & Et al, 2012)

México

Por su parte, el Código Penal Mexicano, nos brinda una regulación más integral, sin embargo, en la actualidad el artículo 253 del Código Penal.



Artículo 253: Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa, los siguientes:

1. Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consista en:

a) El acaparamiento, ocultamiento o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores.

b) Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.

c). La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio.

d) Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera, que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre si y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados

e) La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores.

f) La exportación, sin permiso de la autoridad competente cuando éste sea necesario de acuerdo con las disposiciones legales aplicables

g) La venta con inmoderado lucro, por los productores, distribuidores o comerciantes en general. En los casos de que el lucro indebido sea inferior al equivalente a sesenta días del salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito, se sancionará con prisión de dos a seis años y de sesenta a trescientos días multa.



h) Distraer, para usos distintos mercaderías que hayan sido surtidas para un fin determinado, por una entidad pública o por sus distribuidores, cuando el precio a que se hubiese entregado la mercancía sea inferior al que tenga si se destina a otros usos.

i) Impedir o tratar de impedir la generación, conducción, transformación, distribución o venta de energía eléctrica de servicios públicos.

j) Interrumpir o interferir intencionalmente la producción, o el servicio de almacenamiento o distribución de gas natural, artificial o licuado de petróleo

(...)

En la legislación mexicana, hay tipos de sanciones que pueden imponerse para suprimir una conducta, pudiendo ser multa de carácter administrativo en porcentajes de los ingresos, sanción penal de tres a diez años

4.3.3.3. Tratamiento de las Prácticas Colusorias Horizontales en el Perú

Las prácticas colusorias horizontales en el Perú encuentran tratamiento regulatorio en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034, es esta norma, la que fija que prácticas colusorias se consideran como peligrosas para la libre competencia y fija también lo respectivo al procedimiento administrativo sancionador para este tipo de prácticas.

Así lo precisa (Gagliuffi Piercechi, S/F):

En el caso del Perú, la libre competencia se encuentra regulada y protegida de manera específica en el Decreto Legislativo N° 1034, *Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*, el mismo que entró en vigencia con fecha 25 de julio de 2008, derogando expresamente al Decreto Legislativo N° 701, *Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia* (en adelante, el “DL 701”). Esta norma identifica principalmente dos (2) tipos de actos anticompetitivos en que pueden incurrir los agentes económicos: (i) el abuso de posición de dominio, y (ii) las prácticas colusorias, pudiendo ser éstas, a su vez, horizontales o verticales.



4.3.3.3.1. Procedimiento Administrativo Sancionador de Acuerdo al Decreto Legislativo 1034

El Título V de la norma en mención hace referencia al Procedimiento Administrativo Sancionador y en el capítulo I se hace referencia a la postulación, es así que en el artículo 18° se prescriben las formas de iniciación del procedimiento, siendo que en el inciso 18.1 la norma prescribe tres formas, estas son; a) de oficio; b) por denuncia de parte o; c) por iniciativa de la Secretaría técnica, conforme se puede observar del siguiente texto:

18.1. El procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte. (Poder Ejecutivo - Decreto Legislativo N°1034, 2008)

Por otra parte, el inciso 18.2 prescribe lo siguiente:

18.2. En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio.” (Poder Ejecutivo - Decreto Legislativo N°1034, 2008)

Del cual podemos entender que en el supuesto en el que la denuncia sea realizada de parte, el denunciante pasa a ser un colaborador en el procedimiento a seguir, y siendo en todo momento la Secretaría Técnica quien ostente la titularidad de la acción.

Así mismo, el inciso 18.3, nos hace referencia a que el procedimiento podrá iniciarse cuando la conducta se encuentre en ejecución, cuando haya la posibilidad de que la amenaza se produzca o cuando ya hubiese causado efectos, conforme se puede observar del siguiente párrafo:

18.3. El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando la conducta denunciada se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos. (Poder Ejecutivo - Decreto Legislativo N°1034, 2008)



Ahora bien, es preciso entender que, como todo procedimiento, la denuncia esta sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos, en la norma citada, el artículo 19 prescribe lo siguiente:

Artículo 19°- Requisitos de la denuncia de parte. -

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

(a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes

correspondientes, de ser el caso.

(b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

(c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.

(d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador.

Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Poder Ejecutivo - Decreto Legislativo N°1034, 2008)

Estos cuatro requisitos, son los que debe contener toda denuncia realizada de parte, para poder iniciar con el procedimiento administrativo sancionador.

Siguiendo este orden de ideas, es preciso hacer mención a los medios probatorios que podrán ser ofrecidos o actuados en el procedimiento antes mencionado, en ese sentido, en el Capítulo IV (de la instrucción), artículo 28° se prescribe lo siguiente:

Artículo 28°.- Medios de prueba. -

28.1. La Secretaría Técnica podrá actuar, o las partes ofrecer, los siguientes medios probatorios:

a) Documentos;

b) Declaración de parte;



- c) Testimonios;
- d) Inspecciones;
- e) Pericias; u,
- f) Otras pruebas si a criterio de la Secretaría Técnica son necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados o imputados. (Poder Ejecutivo - Decreto Legislativo N°1034, 2008)

Es bajo la evaluación de estos medios de prueba que posteriormente la Secretaría Técnica deberá emitir un informe técnico, así se encuentra establecido en el Capítulo VI (de la conclusión del procedimiento en Primera Instancia), específicamente en el artículo 33° que prescribe lo siguiente:

Artículo 33°.- El Informe Técnico.-

33.1. En un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles contados desde el vencimiento del período de prueba, la Secretaría Técnica emitirá un Informe Técnico dando cuenta de lo siguiente:

- (i) Hechos probados;
- (ii) Determinación de la infracción administrativa;
- (iii) Identificación de los responsables;
- (iv) Propuesta de graduación de la sanción; y,
- (v) Propuesta de medidas correctivas pertinentes. (Poder Ejecutivo - Decreto Legislativo N°1034, 2008)

Por último, es la Comisión quien tiene la obligación de emitir un pronunciamiento respecto al caso, así queda regulado en el artículo 36° de la norma antes citada, que prescribe lo siguiente:

Artículo 36°.- Resolución final. -

36.1. La Comisión tendrá un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo que tienen las partes para presentar alegatos finales, para emitir su pronunciamiento.



36.2. La resolución de la Comisión será motivada y decidirá todas las cuestiones que se deriven del expediente. En la resolución no se podrá atribuir responsabilidad a los involucrados por hechos que no hayan sido adecuadamente imputados en la instrucción del procedimiento.

36.3. La resolución se notificará a las partes comprendidas en el procedimiento en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde su expedición.

Como es de observarse, a la comisión se le otorga un plazo de 30 días hábiles, posteriores a al vencimiento del plazo para la presentación de sus alegatos finales correspondiente a las partes, así mismo, al igual que en otras instancias procesales esta resolución debe ser motivada y congruente con las cuestiones del expediente, por último, debe ser notificada a las partes en un plazo máximo de 10 días a partir de su expedición.

Es comprensible que posterior a la recepción de esta resolución, alguna de las partes no se encuentre conforme con su contenido, pudiendo en ese caso apelar dicha resolución, ciñéndose a lo establecido en el Capítulo VII (del Procedimiento en Segunda Instancia), artículo 37° que prescribe:

Artículo 37°.- Recurso de apelación. -

37.1. La resolución final de la Comisión es apelable por el imputado, por quien haya presentado la denuncia de parte y por los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento, ante el Tribunal, en el plazo de quince (15) días hábiles. La Secretaría Técnica podrá apelar la resolución que exculpa a los investigados, así como la multa impuesta.

37.2. Asimismo, son apelables ante el Tribunal, en el mismo plazo, los siguientes actos de la Secretaría Técnica o la Comisión, según corresponda:

- a) Los que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento; y,
- b) Los que puedan producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.



37.3. La apelación será concedida por el órgano que emitió el acto que se impugna y sin efecto suspensivo, salvo que dicho órgano disponga lo contrario.

37.4. Contra los actos y resoluciones de la Secretaría Técnica y la Comisión no cabe recurso de reconsideración.

37.5. El recurso de apelación se tramita en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días hábiles. La resolución del Tribunal se notificará a las partes del procedimiento y a los terceros que se hayan apersonado en un plazo máximo de diez (10) días hábiles desde su expedición.

En ese entender, la apelación se podrá presentar en un plazo de 15 días hábiles, por la parte denunciante o los terceros que se hayan apersonado debidamente al procedimiento, así mismo, esta se tramitará en un plazo no mayor a 120 días hábiles, posterior a este se emitirá la resolución del Tribunal que conforme al artículo 40° de la norma citada no podrá imponer sanciones más graves para el infractor sancionado, cuando este recurra o impugne la resolución de la Comisión.

Ahora bien, la resolución de la Comisión ha de fijar algún tipo de sanción para los infractores, en ese sentido se aplicará lo establecido en el Título VI (Sanción y eliminación de conductas anticompetitivas), Capítulo I (De las sanciones por la Infracción Administrativa), artículo 43° que prescribe:

Artículo 43°.- El monto de las multas. -

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a



todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

43.2. 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.

43.3. Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (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.

Las sanciones se basarán en las UIT actualizadas y serán impuestas conforme a la gravedad de la conducta realizada, así mismo se tomarán algunas excepciones, pudiendo también sancionarse a los representantes legales u órganos administrativos de la empresa sancionada.

4.3.3.3.2. Órganos Competentes (Indecopi, Comisión Y Tribunal)

El Estado ha implementado, en ejercicio de su rol supervisor y regulador, políticas de defensa de la competencia constituidas por dos grandes pilares: (i) el control de estructuras; y, (ii) el control de conductas.

Según, (Deza Sandoval, s/f) refiere:

El control de estructuras se refiere a los procedimientos de evaluación previa de las operaciones de concentración empresarial (por ejemplo, fusiones, absorciones, contratos de gerencia, joint ventures, constitución de una empresa



en común, entre otras) con el propósito de evitar que se concreten actos que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia en los mercados. No obstante, la importancia de este tipo de control para la política de competencia, en el Perú éste solo es aplicable al mercado de las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica. El control de conductas, por otro lado, se refiere a la investigación, represión y sanción por parte de la agencia de competencia de los actos que constituyan supuestos de abuso de posición de dominio o prácticas colusorias restrictivas de la competencia.

Es INDECOPI, junto a la secretaria técnica, quienes realizan las investigaciones; estas abarcan distintos sectores, aunque hay una marcada tendencia por sancionar la colusión en mercados de bienes o servicios que tienen gran demanda de la población en general. Algunos casos que nos proporciona INDECOPI, así como, la mayor parte de acuerdos o concertaciones de precios sancionadas se ha dado en mercados de productos o servicios de consumo masivo (pollo, servicios de transporte terrestre urbano, SOAT) o de insumos para producir ese tipo de bienes (harina de trigo). Los casos de reparto de mercado no presentan esa tendencia, pues se han verificado tanto en mercados de bienes intermedios (cilindros de acero, silicato de sodio) como en mercados de bienes que pueden considerarse de consumo masivo (oxígeno medicinal). Estas investigaciones se han iniciado usualmente contra empresas privadas, pero también han incluido a los gremios o asociaciones a las que aquellas pertenecen. En algunos casos, también han involucrado a personas naturales como agentes infractores, lo que denota la rigurosidad con que el INDECOPI trata los carteles, persiguiéndolos hasta en cabeza de las personas naturales que los impulsan.

Ahora bien, dentro del INDECOPI y conforme se encuentra establecido en el Decreto Legislativo 1034, específicamente en el Título IV en el que se hace referencia a las autoridades de defensa de la libre competencia, el artículo 13° prescribe lo siguiente:

Artículo 13°.- Las autoridades de competencia. –

13.1. En primera instancia administrativa la autoridad de competencia es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI.



13.2. En segunda instancia administrativa la autoridad de competencia es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. (Poder Ejecutivo - Decreto Legislativo N°1034, 2008)

El presente artículo nos permite entender que existen dos instancias administrativas, siendo que en la primera de ellas la autoridad encargada de la defensa de la libre competencia es la Comisión, en tanto en segunda instancia esta potestad recae sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

En ese entender, los artículos 14°, 15° y 16° prescriben lo siguiente;

Artículo 14°.- La Comisión. -

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público (...)

Artículo 15°.- La Secretaría Técnica. -

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora (...)

Artículo 16°.- El Tribunal.-

16.1. El Tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica.

16.2. El Tribunal, a través de su Secretaría Técnica, está facultado para, de oficio, actuar medios probatorios que permitan esclarecer los hechos imputados a título de infracción.

Como se mencionó anteriormente y conforme precisa la norma citada, existen dos instancias administrativas y cada una tiene un ente encargado de velar por la protección



de la libre competencia, así mismo, se goza de una Secretaría Técnica cuya función es ser instructor del procedimiento de investigación y sanción.



SUB CAPITULO CUARTO

TIPIFICACIÓN DE LAS PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES COMO DELITO QUE AFECTA LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ

4.4. PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES COMO DELITO

Las prácticas colusorias horizontales, en algunas legislaciones del derecho comparado no son vistas como una mera infracción de carácter administrativo, sino que también son vistas como un delito, así por ejemplo (Patron Salinas, S/F) refiere:

En el derecho comparado, es difícil encontrar sistemas legales de “renombre” en los que las infracciones a las normas que rigen la libre competencia se encuentren totalmente despenalizadas, aunque por lo general la persecución criminal suele ser muy selectiva y encontrarse restringida a casos de prácticas restrictivas manifiestamente lesivas (e.g., concertaciones de precios horizontales, licitaciones colusorias, reparto de mercados).

Como podemos apreciar del texto citado los países con legislaciones penales referentes a la persecución de delitos que dañen la libre competencia, restringen en cierto modo dicha persecución a aquellas conductas que resulten gravemente lesivas, siendo que entre estas se encuentran la fijación de precios, reparto de mercados, colusión en licitaciones, lo que en su momento la OCDE calificó como prácticas realizadas por los hard core cartels y que resultan sumamente peligrosas para el correcto funcionamiento de la libre competencia.

En el caso del Perú, como veremos más adelante, este tipo de prácticas son sancionadas administrativamente por el Tribunal del Indecopi.

4.4.1. Sanciones a las Prácticas Colusorias Horizontales en el Perú (TRIBUNAL DEL INDECOPI – CITADO DE CASOS)

Las sanciones a este tipo de prácticas son impuestas por la Comisión de defensa de la libre competencia del INDECOPI y son confirmadas por el Tribunal del INDECOPI en tanto lleguen a una segunda instancia, después de haberse realizado el procedimiento administrativo sancionador respectivo, emitiéndose una resolución sancionatoria para los denunciados.



Entre los años 2008 al 2021 se han emitido diferentes resoluciones, de entre las cuales se han seleccionado ocho:

- **La resolución N° 508-2017/SDC-INDECOPI** recaída en el expediente N° 004-2011/CLC, la cual sancionó por prácticas colusorias consistentes en la fijación de precios, realizadas entre el **colegio de Ingenieros del Perú y la Asociación Peruana de Consultores**, con la finalidad de elevar las tarifas del personal y los gastos generales de valores referenciales de los concursos públicos convocados por el proyecto especial de infraestructura de transporte nacional – Provias, para la prestación de servicios de consultoría, imponiéndoles una multa ascendente a **1000 UIT** y medidas correctivas.
- La resolución N° **0888-2014/SDC-INDECOPI** recaída en el expediente N° 014-2009/CLC, mediante la cual se sancionó a **seis empresas de transporte terrestre** que cubrían la ruta puno – Juliaca y viceversa, las mismas que habrían acordado fijar precios respecto al incremento del precio del servicio de transporte público, siendo sancionadas por un total de **38 UIT** aproximadamente.
- La resolución N° **068-2018/SDC-INDECOPI** recaída en el expediente N° 008-2012/CLC, mediante la cual se sancionó a treinta y un centros de hemodiálisis, que durante los años 2010, 2011 y 2012 habrían concertado para fijar precios destinados a la incrementación del valor referencial en el concurso público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la adjudicación de menor cuantía derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su primera, segunda, tercera y cuarta convocatoria, para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, siendo sancionadas por un total de **1620 UIT** aproximadamente.
- La resolución N° **0738-2017/SDC-INDECOPI** recaída en el expediente N° 008-2010/CLC, mediante la cual se sancionó a **cinco farmacias peruanas**, que habrían realizado coordinaciones para la fijación de precios de venta al público en el mercado de productos farmacéuticos, teniendo como intermediario a su proveedor ALBIS S.A, siendo sancionadas por un total de **2274.46 UIT** aproximadamente.



- La resolución N° **157-2019/SDC-INDECOPI** recaída en el expediente N° 011-2015/CLC, mediante la cual se sancionó a tres empresas de gas, que durante el año 1008 habrían realizado acuerdos con el objetivo de fijar precios en la comercialización de gas envasado para la distribución mayorista, siendo sancionadas por un total de **11660.29 UIT** aproximadamente.
- La **resolución N° 138-2020/SDC-INDECOPI** recaída en el expediente N° 006-2016/CLC, mediante la cual se sancionó a veintiún personas jurídicas (grifos), que durante los años 2012 al 2014 habrían incurrido en realizar un acuerdo con la finalidad de fijar los precios de venta de combustibles como el diesel y gasohol de 84, 90 y 95 octanos, siendo sancionados por un total de **1881.70 UIT** aproximadamente.
- La **resolución N° 015-2021/CLC-INDECOPI** recaída en el expediente N° 002-2019/CLC, mediante la cual se sancionó a cuatro empresas dedicadas al rubro de impresiones (imprentas) que durante los años 2014-2015 habrían realizado acuerdos con la finalidad de establecer posturas o abstenciones en licitaciones para el reparto de ítems en licitaciones, concursos y otras formas de contratación o adquisición pública, en diversos concursos públicos, siendo sancionadas por un total de **10,460.41 UIT** aproximadamente.
- La **resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI** recaída en el expediente 003-2017/CLC, mediante la cual se sancionó a **tres empresas del rubro de transporte marítimo**, que durante los años 2001 – 2012 con efectos en el mercado marítimo peruano hasta el años 2015, habrían realizado concertaciones con la finalidad de **repartirse cuentas de manera coordinada en el servicio de transporte marítimo internacional de carga rodante (reparto de mercados)**, siendo sancionadas por un total de **5942.48 UIT** aproximadamente.

Teniendo en cuenta el tratamiento legislativo y jurisprudencial, es que, las practicas colusorias horizontales en nuestra país son sancionadas a nivel administrativo; sin embargo, se aprecia de diferente manera -penal- en el derecho comparado.



4.4.2. Tipificación de las practicas colusorias horizontales en el Derecho Comparado como modelo legislativo para el Perú.

Respecto a este tema la doctrina precisa lo siguiente:

Con relación a la criminalización de las conductas de carteles de núcleo duro los ordenamientos jurídico-penales se agrupan en modelos: a) modelo de la no-criminalización: ordenamientos jurídico-penales que no criminalizan ninguna de las conductas de carteles y renuncia totalmente a la sanción de prisión, incluso con relación a las conductas más graves contra la competencia; b) modelo de la criminalización parcial: ordenamientos jurídico-penales que criminalizan los carteles en licitaciones, pero dejan las demás conductas colusorias sin sanción penal; c) modelo de la criminalización amplia o total: ordenamientos jurídicos que criminalizan los acuerdos colusorios de fijación de precios o de cuotas de producción, reparto de mercado y los carteles en licitaciones. (Fonseca, 2015, pág. 139)

En ese sentido, los modelos comparados de tipificación de las practicas colusorias horizontales, los encontramos en la legislación Mexicana, Estadounidense y Argentina, de los cuales el código penal de E.E.U.U realiza la siguiente tipificación:

Code Commerce and Trade. Chapter. Title 15: 1- Monopolies and combinations in restraint of trade. 1- Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several State, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a corporation, or, if any other person, S. 1,000.000 or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Cuya traducción es la siguiente:

Artículo 15. Comercio y negocio. Capítulo 1- Monopolios y combinaciones en la restricción del comercio. 1- Todo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otro tipo, o conspiración, para restringir el comercio o el comercio entre los varios Estados, o con naciones extranjeras, se declara ilegal.



Toda persona que celebre cualquier contrato o participe en cualquier combinación o conspiración declarada ilegal por la presente será considerada culpable de una corporación, o, si cualquier otra persona, S. 1,000,000 o por pena de prisión no mayor de 10 años, o por ambas penas, a discreción del tribunal

En tanto el Código Penal brasilero tipifica algunas prácticas colusorias de la siguiente manera:

Brasil

- Ley 8137 de 1990. Artículo 4 incisos I y II
- Ley 8666 de 1993. Artículo 90
- Ley Antitrust 12529 de 2011, que modifica parte de la Ley 8137

El artículo 4 de la Ley 8137 “Ley Federal de Delitos Económicos” prescribía: Son conductas delictivas:

1. Acuerdos entre competidores diseñados para fijar precios o cantidades, dividir mercados o controlar canales de oferta o distribución.
 1. El abuso del poder económico, el dominio de mercados o la eliminación de la competencia por medio de convenios entre empresas (incluyendo las fusiones, adquisiciones, la suspensión de actividades económicas y la obstaculización de competidores)
 2. La explotación del poder monopólico mediante el incremento de precios sin justificación alguna.
 3. La realización de ventas a precios inferiores a su costo para obstaculizar la competencia
 4. La discriminación de precios, mediante acuerdo o por otras vías, para perjudicar a un competidor o a un vendedor de un insumo, o para crear un monopolio o eliminar la competencia; y
 5. La destrucción de equipo de fabricación, a fin de crear un monopolio o eliminar la competencia.



Fue modificada por Ley 12529, que prescribe:

Artículo 116.- O art. 4 da Lei N° 8137 del 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 4_

(...) II. Formar acordo, convenio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) a fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Traducción:

(...) II Formar un convenio, convenio, adecuación o alianza entre oferentes, con el objetivo de:

- a) La fijación artificial de precios o cantidades vendidas o producidas;
- b) Control regionalizado del mercado por empresa o grupo de empresas;
- c) Control, en detrimento de la competencia, de la red de distribución o proveedores.

Pena - Prisión, de 2 (dos) a 5 (cinco) años y multa.

México

Por último, México se suma a la lista de países que tipifican, en su legislación penal, a las prácticas colusorias, tipificándolas de la siguiente manera:

Artículo 253: Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa, los siguientes:

1. Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consista en:



- a) El acaparamiento, ocultamiento o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores.
- b) Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre competencia en la producción o en el comercio.
- c). La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio.
- d) Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera, que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre si y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados
- e) La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores.
- f) La exportación, sin permiso de la autoridad competente cuando éste sea necesario de acuerdo con las disposiciones legales aplicables
- g) La venta con inmoderado lucro, por los productores, distribuidores o comerciantes en general. En los casos de que el lucro indebido sea inferior al equivalente a sesenta días del salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito, se sancionará con prisión de dos a seis años y de sesenta a trescientos días multa.
- h) Distraer, para usos distintas mercaderías que hayan sido surtidas para un fin determinado, por una entidad pública o por sus distribuidores, cuando el precio a que se hubiese entregado la mercancía sea inferior al que tenga si de destina a otros usos.
- i) Impedir o tratar de impedir la generación, conducción, transformación, distribución o venta de energía eléctrica de servicios públicos.



j) Interrumpir o interferir intencionalmente la producción, o el servicio de almacenamiento o distribución de gas natural, artificial o licuado de petróleo

De los artículos citados, es factible admitir lo que (Fonseca Fortes Furtado, 2015) precisa, quien manifiesta que:

La mayoría de países persigue activamente a los carteles económicos duros y varios ordenamientos jurídico-penales optan por la creación de un sistema de riesgo/recompensa con la combinación de sanciones penales y programas de clemencia, como clave de una política-criminal más efectiva y eficaz en la prevención de las conductas colusorias.

De la cita realizada, se entiende que, varios países tienen entre su legislación normas de carácter penal que sancionan algunas conductas colusorias, ello se debe, a nuestro criterio, a que la legislación administrativa no resulta suficiente, es decir, que las sanciones administrativas no resultan lo suficientemente disuasivas para evitar la transgresión de la libre competencia por parte de las conductas anticompetitivas más graves, como es el caso de las prácticas colusorias horizontales de prohibición absoluta, o mejor conocidas como carteles de núcleo duro, en esta línea de ideas en la doctrina peruana se precisa lo siguiente:

Muy al margen de que se pueda dudar acerca de los efectos ‘preventivos-generales de la pena’ no puede decirse lo mismo de la persecución penal efectiva de estos delitos, cuando al final del Proceso penal, el juzgador impone como pena, la privación de libertad y fija, como reparación civil una suma cuantiosa de dinero. Dichas consecuencias, inciden en la persona del condenado y en la psique del resto de ciudadanos. Empero, si el delincuente económico sabe que su conducta infractora será sancionada con una multa pecuniaria de S/. 50,000 nuevos soles, y que su proceder ilícito le reporta S/. 150,000 nuevos soles, es lógico que no tendrá ningún reparo en reincidir en dicha actividad ilegal; desencadenando una sustancial disminución hacia la tutela del bien jurídico protegido, Esto es lo que se denomina como el cálculo del ‘coste-beneficio’ que se adscribe perfectamente en el ámbito de la Criminalidad Económica. (Peña Cabrera Freya, 2013, pág. 257)



Lo que Peña Cabrera nos quiere decir, es que, si bien es cierto que las multas pecuniarias tienen un grado de disuasión, esta no resulta suficiente, pues teniendo en cuenta que, si el acto que se comete tiene como resultado un lucro mayor al de la multa, pues el agente al realizar el análisis coste-beneficio, verá por conveniente realizar la conducta anticompetitiva, situación que no se da de igual forma en el derecho penal.

Por último, teniendo en cuenta el tratamiento legislativo y doctrinario desarrollado, es que, las prácticas colusorias horizontales deben ser tipificadas en el Perú, es decir, que se goce de una protección doble a la libre competencia y por ende al orden económico, respecto de aquellas prácticas que resultan más nocivas.

4.4.3. Bien Jurídico afectado por las Prácticas Colusorias Horizontales como delito

Conforme se ha podido desarrollar en capítulos anteriores, los bienes jurídicos sujetos de tutela penal, pueden ser determinados a partir de ciertos criterios, en ese entender el profesor Ferrajoli, se refiere a los principios de necesidad y de lesividad en el caso de los bienes jurídicos, para ello precisa seis puntos, entre los que se encuentran:

1. Economía del derecho penal y lesividad del resultado. Señala que:

El derecho penal como instrumento de tutela. Las ilustraciones más fecundas nos la suministran, en positivo, la filosofía utilitarista y, en negativo, la doctrina axiológica de la separación entre el derecho y la moral.” (Ferrajoli, 1995, pág. 464)

Precisando que el principio de utilidad penal, es idóneo para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales, en coherencia con la función preventiva de la pena como *precautio laesionum*. La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales.

Agrega que:

Hay una doble limitación a la potestad prohibitiva del Estado. El primer límite viene dictado por el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, expresado en el axioma *nulla lex poenalis sine necessitate*, del que deriva, por exigirle la legalidad de penas y delitos, no solo el principio de la pena mínima necesaria *nulla poena sine necessitate*, sino también por la máxima



económica en la configuración de los delitos *nullum crimen sine necessitate*.
(Ferrajoli, 1995, pág. 465)

2. La parábola involutiva de la doctrina del bien jurídico: de la tutela de derechos subjetivos a la tutela del estado.

Explica que:

Los esfuerzos de la ciencia penal moderna se orientan, aunque sin grandes resultados, a la definición de estos intereses con la vana pretensión de encontrarles un fundamento objetivo u ontológico. Los conceptos en los que, desde hace dos siglos, se han subsumido tales intereses y se ha identificado en distintas normas la cuestión de lesividad son, los de daño criminal, objeto del delito y bien jurídico, que designan respectivamente, la lesión de intereses, el interés lesionado y el interés protegido. (Ferrajoli, 1995, pág. 468)

3. Para un análisis meta-teórico del problema del bien jurídico. En este punto, (Ferrajoli, 1995, pág. 470) refiere que:

El concepto de bien jurídico, ha restaurado su referencia semántica a situaciones objetivas y a intereses de hechos independientes de las normas jurídicas, le ha devuelto la relevancia crítica y la función axiológica, como límite interno referido a valores o bienes constitucionales.

4. El problema político o externo del bien jurídico. Ferrajoli, nos precisa 4 criterios para “una política penal orientada a la tutela máxima de bienes jurídicos con un mínimo necesario de prohibiciones y castigos.” (Ferrajoli, 1995, pág. 472). Estos son de trascendental importancia para referirnos más adelante al bien jurídico afectado por las practicas colusorias horizontales (como delito).

Estos criterios son:

- El primero es el de justificar las prohibiciones solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso externo al derecho mismo.



- Entre los bienes externos al derecho penal cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no es suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están, por razones obvias, todos los derechos fundamentales, es decir no solo los derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales.
- En cualquier caso, debe tratarse de un daño o de un peligro verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido.
- Ningún bien justifica una protección penal -en lugar de una civil o administrativa- si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena, y esa comparación es sólo a través de juicios de valor, eso no impide que pueda actuar frente a crisis inflacionaria que hoy aflige la justicia penal. (Ferrajoli, 1995, pág. 472)

Esto quiere decir que, la relación que se busca entre lesividad del delito y aflictividad de la pena, que la esfera de los intereses tutelables es tanto más amplia cuando menor es el coste de la pena.

De manera que, el derecho penal económico al seleccionar los bienes jurídicos debe partir de estos cuatro criterios político-criminales de que hablara Ferrajoli, los cuales se hacen necesarios para maximizar la protección de bienes con un mínimo de prohibiciones y castigos.

En el punto 5, Ferrajoli se refiere al bien jurídico entre normatividad constitucional, normatividad legal y efectividad del derecho penal. Referido a la lesividad de un bien jurídico y que ésta venga constitucionalizada en el ordenamiento jurídico. Finalmente, en el punto 6 Ferrajoli se refiere a los bienes jurídicos fundamentales y las prohibiciones mínimas necesarias, afirmando:

Podemos comprender la inevitable divergencia entre el principio político de lesividad, incorporando a los ordenamientos avanzados como garantía, incluso constitucional, que exige el derecho penal la tutela de los bienes fundamentales, y la naturaleza de la protección normativa, o, más aún, efectiva dispensada por la ley penal y por su aplicación. (Ferrajoli, 1995, pág. 476)



En el ámbito Nacional el profesor (García Cavero, 2015) precisa que:

El Derecho penal, por el contrario, se centra en la concreta afectación que produce la conducta anticompetitiva en la identidad normativa esencial de la sociedad. Por consiguiente, el bien jurídico penalmente protegido por los delitos contra la libre competencia no puede ser definido desde la perspectiva global de la regulación administrativa, sino desde lo que lesiona concretamente el hecho delictivo (...)

En ese sentido, resulta importante entender que es lo que se lesiona realmente al realizar actos contrarios a la competencia. El autor antes mencionado refiere que:

Lo penalmente relevante es la concreta expectativa normativa de conducta que resulta afectada por la conducta anticompetitiva del autor. El que esta expectativa normativa provenga del ejercicio de ciertos derechos individuales o de una estructura social de participación, no le da al bien jurídico penalmente protegido una naturaleza distinta. En este orden de ideas, puede decirse que los delitos contra la libre competencia protegen la expectativa normativa de los agentes económicos de poder participar en el mercado sin restricciones artificiales creadas por otros participantes. Su defraudación requiere cierto nivel de afectación al esquema de orientación de los intervinientes en el mercado por parte de quienes cuentan con el poder de imponer sus propios intereses. En este sentido, la lesión al bien jurídico se presentará en la medida que se produzca una limitación del ámbito de libre actuación o de las posibilidades de elección de otros sujetos económicos. (García Cavero, Derecho Penal Económico - Parte especial, 2015, pág. 51)

Ello nos permite identificar una característica acerca de lo que se lesiona por las prácticas colusorias horizontales, siendo que la lesión se producirá cuando se limiten las posibilidades que tengas tanto consumidores como competidores para poder elegir libremente.

En ideas similares a las ya mencionadas con anterioridad (Mejías Rodríguez, 2015) nos precisa que; existe plena coincidencia en que una de las características centrales del bien jurídico en los delitos económicos reviste el carácter de un bien supraindividual y



resultan, frecuentemente, pluriofensivos, o al menos con capacidad para realizar una afectación patrimonial de aquellas características.

Finalmente podemos advertir que conforme se ha desarrollado, a lo largo del desarrollo de este tema, autores como Ferrajoli nos precisan criterios para determinar cuándo nos encontramos frente a un bien jurídico sujeto de tutela penal. En el caso de la libre competencia al ser un bien jurídico de carácter supraindividual, que cumple con los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, ultima ratio e idoneidad de los que habla Ferrajoli, es sujeto de protección penal toda vez que se ocasiona una lesión al orden económico como bien jurídico que abarca también a la libre competencia.

En esta línea de ideas es pertinente decir que las practicas colusorias horizontales son delito porque afecta el bien jurídico orden económico como se ha podido observar en la doctrina y en las legislaciones de México, EE. UU y Brasil, donde son consideradas como delito.



CAPÍTULO V: RESULTADO Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS

5.1. Resultados del Estudio

5.1.1. Análisis Cualitativo

Para la recolección de información cualitativa, se ha elegido ocho resoluciones emitidas por la Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI sobre prácticas colusorias horizontales, las mismas que fluctúan entre los años 2008 a 2021.

El instrumento utilizado, que ha permitido la recolección de información ha sido la ficha de análisis de casos, utilizada con el objeto de obtener información cualitativa declarada por los Vocales del Tribunal antes mencionado.

Se analizaron 08 resoluciones, de acuerdo al listado que presentamos a continuación:

Expediente	Practica sancionada	Lugar
004-2011/CLC	Fijación concertada de precios	Lima
011-2015/CLC	Fijación concertada de precios	Lima
008-201/CLC	Fijación concertada de precios	Lima
008-2012/CLC	Fijación concertada de precios y establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones o concursos públicos.	Lima
014-2009/CLC	Fijación concertada de precios	Puno
006-2016/CLC	Fijación concertada de precios	Chimbote
002-2019/CLC	Establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones o concursos públicos.	Lima
003-2017/CLC	Reparto de mercados	Lima
012-2018/CLC	Reparto concertado de clientes	Lima



5.1.1.1. Expediente 004-2011 CLC

- Práctica colusoria: Fijación concertada de precios.
- Denunciante: Comisión de Defensa de L.C.
- Denunciado: Colegio de Ingenieros del Perú y Asociación Peruana de Consultoría.

Hechos:

Se tiene que, en el año 2010, el Colegio de Ingenieros del Perú y la Asociación Peruana de Consultoría habrían realizado de forma coordinada prácticas colusorias horizontales en la modalidad de decisiones, a efectos de elevar las tarifas del personal y gastos generales de valores referenciales de los concursos convocados por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias para la prestación de los servicios de consultoría.

Sanción:

Mediante resolución N° 508 de 2017, se sancionó al Colegio de Ingenieros del Perú con 1000 UIT y a la Asociación Peruana de Consultoría con 1000 UIT.

Principales fundamentos:

De los fundamentos esgrimidos por los vocales del Tribunal, en la presente resolución (Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Expediente 004-2011, 2017), se han tomado en cuenta aquellos que hacen referencia a las prácticas colusorias horizontales de manera específica, siendo estos los siguientes:

1. 85. En la mayoría de mercados en los que existen condiciones de competencia, los precios, la cantidad y calidad de productos y/o servicios ofrecidos se determinan por la libre interacción de la oferta y la demanda. La competencia incentiva a los agentes económicos a ofrecer la mejor calidad posible al menor precio posible – es decir, a desarrollar una mayor eficiencia



económica- para obtener la preferencia de los consumidores. Ello a su vez, incrementa el bienestar de los consumidores y de la sociedad en su conjunto. (pág. 41)

2. 93. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, estas prácticas colusorias se pueden materializar no solo a través de acuerdos directos entre los competidores, sino también mediante otros mecanismos como recomendaciones, decisiones o incluso prácticas concertadas. (pág. 44)
3. 96. En consecuencia, tanto las decisiones como las recomendaciones anticompetitivas realizadas por las asociaciones profesionales o empresariales son pasibles de ser sancionadas, debido a la injerencia que tienen las entidades gremiales y sus representantes en el comportamiento competitivo de los agentes económicos que las conforman y sobre los participantes del mercado en general. (pág. 45)
4. 101. (...) aquellas decisiones o recomendaciones adoptadas por asociaciones o gremios, que tengan por objeto o efecto coordinar la conducta o actividades de sus miembros, podrán ser consideradas anticompetitivas y, por tanto, son pasibles de sanción bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (pág. 47)
5. 105. (...) se aplica la prohibición absoluta a aquellas prácticas colusorias horizontales, inter marca, que no son complementarias o accesorias a otros acuerdos ilícitos (es decir, los denominados acuerdos desnudos) y que tienen por objeto: a) fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) la limitación de la producción o de las ventas; c) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) licitaciones colusorias o bid rigging, según lo establecido taxativamente en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (pág. 48)



6. 114. (...) cabe señalar que toda práctica colusoria horizontal presenta un elemento esencial: la conducta coordinada entre agentes económicos con el objeto o efecto de restringir, impedir, o falsear la libre competencia. Esta conducta coordinada, como se ha visto, se puede materializar a través de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas, los cuales tienen efectos nocivos sobre la eficiencia económica de los mercados y afectan el bienestar de los consumidores, pues tienen por finalidad o efecto potencial la elevación de los precios y/o la disminución de la calidad e innovación y/o la limitación de la producción o la ventas y/o el condicionamiento de las formas de contratación o adquisición pública para desviar recursos de los compradores y los contribuyentes. Es por ello que este tipo de conductas son reconocidas como inherentemente anticompetitivas y, por ende, son tratadas bajo la prohibición absoluta. (pág. 51)

7. 119. De lo hasta aquí expuesto se desprende que, cuando tuvieron lugar los hechos imputados, toda práctica colusoria horizontal (lo que incluye a las decisiones y recomendaciones) que tuviese por objeto la fijación de precios y/o producción, el reparto del mercado, así como la presentación de posturas o abstenciones coordinadas en licitaciones públicas, se encontraba sujeta a la prohibición absoluta. (pág. 52)

8. 215. En este contexto, la fijación concertada de las Tarifas de Personal y los Gastos Generales estuvo destinada a elevar los valores referenciales y eventualmente los precios finales pagados por Provias Nacional a los ingenieros o empresas consultoras que se adjudicaran la buena pro del concurso público. Ello, pues la decisión estuvo dirigida a todos los ingenieros, entre los cuales se encuentran los ingenieros que participan en la determinación de los valores referenciales de los concursos públicos convocados por Provias Nacional, así como todos los ingenieros y empresas consultoras participantes de dichos concursos públicos, quienes a través de las etapas de consultas y observaciones realizadas podían impulsar que la



autoridad adoptara tales Tarifas de Personal y Gastos Generales, con el fin de alcanzar precios más elevados a los vigentes. (pág. 88)

5.1.1.2. Expediente 008-2012 CLC

- Práctica colusoria: Fijación concertada de precios y establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
- Denunciante: Comisión de Defensa de L.C.
- Denunciado: 31 centros de hemodiálisis.

Hechos:

Se tiene que, durante los años 2010, 2011 y 2012 alrededor de 31 centros de hemodiálisis habrían concertado para fijar precios con la finalidad de incrementar el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su primera, segunda, tercera y cuarta convocatoria, para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao.

Sanción:

Mediante resolución N° 068 de 2018, se sancionó a 31 centros de hemodiálisis por un total de 1620.02 UIT.

Principales fundamentos:

De los fundamentos esgrimidos por los vocales del Tribunal, en la presente resolución (Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Expediente 008-2012, 2018), se han tomado en cuenta aquellos que hacen referencia a las prácticas colusorias horizontales de manera específica, siendo estos los siguientes:

1. 48. Los agentes económicos no pueden limitar la competencia mediante concertaciones, ni abusar de su posición en el mercado. (pág. 33)



2. 51. Con relación a las concertaciones entre oferentes en licitaciones públicas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) ha señalado que ello puede significar una importante afectación a la competencia y a los contribuyentes:

“El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad, así como innovación solo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones (...) desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo (...)”(pág. 33)

3. 53. Conforme lo señalado, aquellos acuerdos o practicas concertadas que tengan por objeto o efecto coordinar la conducta o actividades de los participantes en el mercado, podrán ser considerados anticompetitivos y, por tanto, pasibles de sanción bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Lo anterior, en la medida en que dichas prácticas reducen los niveles de competencia y, de esta manera, tienen un impacto directo en el funcionamiento eficiente de mercados que, en casos como el que es objeto de evaluación en el presente procedimiento, pueden estar vinculados a la protección de la vida y la salud de las personas. (pág. 35)
4. 71. (...) La fijación indirecta de precios puede comprender una diversidad de supuestos prohibidos, cuyo objeto o efecto sea incidir de manera mediata en el precio de un bien o servicio determinado (...) (pág. 41)
5. 75. Por consiguiente, en atención al tipo infractor descrito por el artículo 11.1, inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Sala tiene el deber de reprimir toda forma de concertación de precios; lo cual involucra tanto la determinación coordinada de un precio, como todas aquellas otras conductas colusorias que influyen o puedan influir sobre la determinación del precio de los bienes o servicios en el mercado. (pág. 42)
6. 80. En atención a lo expuesto, los acuerdos entre competidores que tengan por objeto fijar – de manera directa o indirecta – el precio correspondiente a un determinado bien o servicio, se encuentran comprendidos dentro del tipo



infractor previsto en el artículo 11.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y son sancionables al margen de que se llegue a materializar o no dicho efecto anticompetitivo. (pág. 44)

7. 88. (...) Se concluye que, cuando tuvieron lugar los hechos materia de análisis en el presente procedimiento, el valor referencial representaba el precio máximo que el Estado estaba dispuesto a pagar por los bienes o servicios a ser adquiridos bajo los procedimientos regulados por la entonces vigente LCE. Por consiguiente, a fin de que dichos bienes y/o servicio sean adquiridos bajo las mejores condiciones de precio disponibles, su valor referencial debía ser determinado a través de un estudio de mercado que tome en cuenta los presupuestos y cotizaciones actualizados de personas naturales o jurídicas que los produjeran o comercializaran. (pág. 46)
8. 91. De acuerdo con lo alegado por el órgano instructor de la primera instancia, existían indicios razonables de que los centros de hemodiálisis y los señores Cesti y De la Mata habrían adoptado un acuerdo para buscar un incremento en el valor referencial de los procesos de selección de gran envergadura convocados por EsSalud, a través de la presentación a dicha entidad de cotizaciones con valores concertados y la realización de medidas complementarias. (pág. 47)

5.1.1.3. Expediente 014-2009/CLC

- Práctica colusoria: Fijación concertada de precios
- Denunciante: Comisión de Defensa de L.C.
- Denunciado: 06 empresas de transporte terrestre.

Hechos:

Se tiene que, en el año 2007 las empresas de transporte denunciadas cubrían la ruta Puno – Juliaca y viceversa, en ese contexto habrían realizado un acuerdo para fijar precios respecto al incremento del costo de servicio de transporte – público, toda vez



que los incrementos en el pasaje fueron difundidos en anuncios bajo las recomendaciones brindadas por la Asociación Unificada de Transportistas Interprovincial en Camionetas Rurales – AUTICAR y la Asociación Regional de Transportistas Interprovinciales en Camionetas Rurales – ARETICAR.

Sanción:

Mediante resolución N° 0888 de 2014, se sancionó a 06 Empresas de Transporte Interprovincial de pasajeros, por un total de 38 UIT.

Principales fundamentos:

De los fundamentos esgrimidos por los vocales del Tribunal, en la presente resolución (Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Expediente 014-2009, 2014), se han tomado en cuenta aquellos que hacen referencia a las prácticas colusorias horizontales de manera específica, siendo estos los siguientes:

1. 85. Tal como señala Motta, el pertenecer a asociaciones es uno de los factores que facilita los acuerdos entre competidores. En este caso, a pesar del alto número de empresas en este mercado y de las diferencias entre las unidades de transporte, los costos de transacción de implementar una práctica colusoria se reducen debido a la existencia de asociaciones. (pág. 26)
2. 86. Asimismo, las asociaciones o gremios, por su propia naturaleza, exponen a sus asociados a los riesgos de cometer prácticas restrictivas de la competencia. La participación en las actividades de una asociación o gremios ofrece una amplia gama de oportunidades para que las empresas que están en la misma línea de negocio se reúnan periódicamente y discutan sobre asuntos comerciales de interés común. Las conversaciones casuales sobre precios, cantidades y futuras estrategias de negocio puedan llevar a acuerdos o entendimientos informales que podrían transgredir las disposiciones de la libre competencia. (pág. 26)
3. 88. (...) Aun cuando la existencia de un gran número de competidores puede reducir la posibilidad de que se cometa una práctica colusoria por los alto



costos de coordinación y supervisión que supone, tales costos se reducen cuando existen gremios o asociaciones que reúnen las empresas. (pág. 27)

4. 99. Se entiende por prácticas restrictivas a los acuerdos, decisiones, recomendaciones, adecuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Una de las modalidades más usuales de prácticas restrictivas de la libre competencia es la fijación concertada de precios. (pág. 29)
5. 101. (...) En las mencionadas encuestas los conductores de minibuses indicaron que el precio del pasaje ascendió a S/. 1,50 hasta el 15 de diciembre de 2006 y que este se incrementó a S/. 2,00 a partir del 1 de enero de 2007. Asimismo, los conductores de camioneta rural afirmaron que el precio del pasaje fue de S/. 2,00 hasta el 15 de diciembre de 2006 y se incrementó a S/. 2,50 a partir del 1 de enero de 2007. (pág. 30)
6. 102. Ante la pregunta acerca de las razones por las que tuvo lugar dicho incremento, los conductores señalaron que se había realizado una reunión en la que participaron ARETICAR, AUTICAR y diversas empresas de transporte. Asimismo, indicaron que en dicha reunión se acordó incrementar el precio del servicio investigado (...). (pág. 30)
7. 104. Respecto a la fijación concertada de precios, la Comisión determinó que las denunciadas concertaron el incremento del precio del servicio investigado a partir del 1 de enero de 2007 en S/. 0,50, en el Terminal Zonal y en el Terminal La Torre. Esto fue fundamentado a partir de las encuestas mencionadas anteriormente en las que los conductores de dichas empresas aseguraron que el precio aumentó de S/. 1,50 a S/. 2,00 en el caso de minibuses y de S/. 2,00 a S/. 2,50 para las camionetas rurales. (pág. 34)
8. 108. En resumen, se puede evidenciar que el incremento de los pasajes tuvo lugar en la misma fecha y que la magnitud del aumento fue la misma en el caso de todas las empresas. (pág. 36)



9. 118. (...) En el presente caso la participación de las denunciadas en una asociación facilitaba la efectividad del acuerdo, pues como se mencionó previamente ello reduce los costos de transacción. (pág. 40)
10. 119. En efecto, la Comisión determinó que varias empresas investigadas participaron activamente en las asociaciones ARETICAR y AUTICAR. Por lo tanto, la primera instancia determinó que estas últimas tuvieron una participación importante en la decisión de incrementar el precio del servicio investigado. (pág. 40)

5.1.1.4. Expediente 008-2010/CLC

- Práctica colusoria: Fijación concertada de precios.
- Denunciante: Comisión de Defensa de L.C.
- Denunciado: 05 empresas farmacéuticas.

Hechos:

Se tiene que, en el año 2008 cinco empresas del rubro farmacéutico habrían realizado prácticas colusorias horizontales consistentes la fijación de precios mediante la coordinación de precios de venta al público, a nivel nacional, de diversos productos farmacéuticos, así como el monitoreo de su implementación en el mercado, teniendo como intermediario a su proveedor ALBIS S.A.

Sanción:

Mediante resolución N° 0738 de 2017, se sancionó a las siguientes empresas farmacéuticas:

- Arcángel ----- 866.99 UIT.
- Eckerd -----931.21 UIT.
- Fasa ----- 349.18 UIT.
- Mifarma ----- 32.65 UIT



- Northfarma ----- 94.43 UIT.

Principales fundamentos:

De los fundamentos esgrimidos por los vocales del Tribunal, en la presente resolución (Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Expediente 008-2010, 2017), se han tomado en cuenta aquellos que hacen referencia a las prácticas colusorias horizontales de manera específica, siendo estos los siguientes:

1. 22. Cabe precisar que se considera como prácticas colusorias horizontales aquellas que se producen entre agentes económicos que se encuentran en el mismo nivel de la cadena de producción, distribución o comercialización de productos o servicios y, por tanto, compiten entre sí en un mismo mercado. Estas pueden tener como objetivo concertar la fijación de un precio de compra o venta; el reparto de clientes, proveedores o mercados; la limitación o control de la producción o ventas; un esquema de discriminación; ventas atadas; las ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de estas en las licitaciones o concursos públicos o privados; y en general, la implementación de prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. (pág. 16)
2. 23. Una de las principales características de una práctica colusoria es que, debido al carácter coordinado de la conducta, como, por ejemplo, en el caso de la fijación de precios, se logra elevar artificialmente los precios de los productos y servicios, reduciendo con ello el bienestar de la sociedad. Desde el punto de vista económico, los precios de las empresas resultan mayores a los que se presentarían en un entorno competitivo, o, dicho de otra manera, se permite una situación donde las empresas fijan precios lo suficientemente cercanos a los de un monopolio como consecuencia de la acción concertada y no como resultado de mayor eficiencia económica. (pág. 16)
3. 38. (...) Una de las modalidades de intercambio de información indirecta entre competidores es mediante el mecanismo *hub and spoke*, el cual permite



describir una situación en la que distintos agentes económicos competidores entre sí, comparten información comercial sensible a través de un agente económico que opera en un nivel inferior o superior de la cadena de comercialización de un producto o servicio determinado. En estos casos, existen al menos tres agentes económicos involucrados: un distribuidor “A” un proveedor “B” y un distribuidor “C”. De esta manera, se ha considerado que cuando existe un traslado de información comercial sensible (por ejemplo, relativa a precios) entre los agentes que operan en el mismo nivel de la cadena productiva (es decir, “A” y “C”), por medio del socio común que opera en un nivel distinto de dicha cadena (“B”), es posible inferir la existencia de un acuerdo horizontal entre “A” y “C”. (pág. 20)

4. 46. Esta Sala considera que de la parte considerativa y de la parte resolutive se desprende expresamente que la imputación consistió en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios, conducta que efectivamente se encuentra contenida en el artículo 11 antes mencionado. (pág. 23)
5. 47. De esta manera, de la revisión de la Resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI, se advierte que la Secretaría Técnica de la Comisión cumplió con subsumir de manera adecuada los hechos materia de investigación en el tipo infractor, de acuerdo con lo exigido en los literales a) y b) del artículo 21 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (pág. 23)
6. 48. Ahora bien, según se ha señalado previamente, los artículos 11.2 y 11.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establecen qué conductas se encuentran sujetas a una prohibición absoluta y cuáles a una prohibición relativa. En particular, el literal a) del artículo 11.2 de la norma bajo comentario dispone que la concertación de precios entre agentes que mantienen entre si una dinámica de competencia inter marca constituye una práctica colusoria horizontal sometida a una prohibición absoluta. Es decir, bastará constatar la existencia del acuerdo de precios para que se configure la infracción. (pág. 23)



7. 51. En efecto, de la lectura de la Resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI se advierte que en la descripción de los hechos se menciona que las cadenas de farmacias se habrían coludido respecto de distintos productos de diferentes proveedores (laboratorios), así como que aquellas buscaban la recordación de su marca como cadena para aumentar sus ventas, lo cual describe un tipo de competencia inter marca. (pág. 24)
8. 53. Cabe señalar que en distintas secciones de la imputación de cargos se menciona como las cadenas de boticas y farmacias habrían realizado el acuerdo a través del apoyo e intermediación de sus distintos proveedores. Por tanto, aunque el Informe Técnico refiera al mecanismo *hub and spoke* como la modalidad de intercambio de información entre las investigadas, ello no constituye una modificación de la imputación, pues únicamente describe la dinámica de los hechos investigados por la Secretaría Técnica de la Comisión. (pág. 24)

5.1.1.5. Expediente 011-2015/CLC

- Práctica colusoria: Fijación concertada de precios
- Denunciante: Comisión de Defensa de L.C.
- Denunciados: SOLGAS S.A; LIMA GAS S.A; ZETA GAS ANDINO S.A

Hechos:

Se tiene que, en el año 2008 tres empresas de gas habrían realizado acuerdos con el objetivo de fijar precios en la comercialización de gas licuado de petróleo envasado para distribuidores mayoristas, en presentaciones de 10kg y 45 kg

Sanción:

Mediante resolución N° 068 de 2018, se sancionó a 31 centros de hemodiálisis por un total de 1620.02 UIT.

Principales fundamentos:



De los fundamentos esgrimidos por los vocales del Tribunal, en la presente resolución (Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Expediente 011-2015/CLC, 2016), se han tomado en cuenta aquellos que hacen referencia a las prácticas colusorias horizontales de manera específica, siendo estos los siguientes:

1. 289. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que las prácticas colusorias horizontales tienen como manifestaciones los acuerdos, las decisiones, las recomendaciones y las practicas concertadas. Aunque se presenten bajo distintas denominaciones, cabe precisas que aquellas solo representan diversas manifestaciones en las que se pueden adoptar las conductas colusorias. (pág. 93)
2. 291. Por otro lado, las prácticas concertadas se han definido como una forma de cooperación entre las empresas que, sin haber celebrado un acuerdo formal, sustituye en los hechos a la competencia. Aquellas consisten en la puesta en ejecución de un plan que se sustenta en la adaptación simultanea de comportamientos, lo que normalmente presupone un intercambio de información precia. (pág. 93)
3. 298. Un supuesto de fijación directa se producirá cuando el acuerdo, recomendación, decisión o práctica materia de evaluación tiene como consecuencia inmediata el establecimiento de un precio concertado (determinado o determinable) entre los agentes económicos involucrados. Un ejemplo de esta clase de conductas es el caso del cartel detectado en el mercado de transporte urbano al interior de la ciudad de Huaraz, donde los transportistas decidieron elevar el precio de los pasajes en dicha ciudad, estableciendo expresamente un incremento específico en el precio final del servicio. (pág. 95)
4. 305. (...) En atención al tipo infractor descrito por el artículo 11.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la autoridad de competencia tiene el deber de reprimir toda forma de concertación de precios; lo cual involucra tanto la determinación coordinada de un precio, como todas aquellas otras conductas colusorias que influyen o puedan influir



sobre la determinación del precio de los bienes o servicios en el mercado.
(pág. 97)

5. 306. De esta manera, la configuración de la conducta implicará determinar si existió o no independencia en la actuación de los agentes económicos involucrados en la formación del precio en cuestión y si la coordinación entre ellos habría influido en los precios resultantes. (pág. 97)
6. 853. (...) La sala ha corroborado la responsabilidad de las empresas investigadas en los episodios sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo, los cuales conforman una infracción continuada, así como la duración de cada uno de ellos, conforme se detalla a continuación. (pág. 248)
7. 854. En el caso del episodio sexto, la sala concluye que los elementos de prueba analizados acreditan que Solgas, Lima Gas y Zeta Gas incurrieron en un acuerdo consistente en fijar el precio para distribuidores del GLP envasado en la presentación de 10kg a nivel nacional, desde el 26 de febrero de 2009 hasta el 16 de abril de 2009. (pág. 248)
8. 855. La Sala también verificó que Solgas y Zeta Gas incurrieron en un acuerdo para la fijación de precios en la comercialización de GLP envasado para distribuidores en la presentación de 45kg a nivel nacional, desde el 26 de febrero de 2009 hasta el 16 de abril de 1009 (...). (pág. 248)

5.1.1.6. Expediente 006-2016/CLC

- Práctica colusoria: Fijación concertada de precios.
- Denunciante: Comisión de Defensa de L.C.
- Denunciado: 21 empresas (Grifos)

Hechos:

Se tiene que, en la ciudad de Chimbote, durante los años 2012 al 2014, veintiun personas jurídicas (grifos) habrían incurrido en realizar acuerdos anticompetitivos con



la finalidad de fijar el precio de venta de combustibles como diesel y gasoholes de 84, 90 y 95 octanos.

Sanción:

Mediante resolución N° 038 de 2020, se sancionó a 21 personas jurídicas por un total de 1881.70 UIT y a 04 personas naturales por un total de 45.4 UIT.

Principales fundamentos:

De los fundamentos esgrimidos por los vocales del Tribunal, en la presente resolución (Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Expediente 006-2016, 2020), se han tomado en cuenta aquellos que hacen referencia a las prácticas colusorias horizontales de manera específica, siendo estos los siguientes:

1. 302. En la mayoría de los mercados en los que existen condiciones de competencia, los precios, la cantidad y calidad de productos y/o servicios ofrecidos se determinan por la libre interacción de la oferta y la demanda. La competencia incentiva a los agentes económicos a ofrecer la mejor calidad posible al menor precio posible – es decir, a desarrollar una mayor eficiencia económica – para obtener la preferencia de los consumidores. (pág. 133)
2. 308. (...) Aquellos acuerdos o prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto coordinar la conducta o actividades de los participantes en el mercado, podrán ser consideradas anticompetitivas y, por ende, pasibles de sanción bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Ello, en tanto dichas prácticas reducen los niveles de competencia y, de esta manera, tienen un impacto directo en el funcionamiento eficiente de los mercados. (pág. 134)
3. 313. (...) Las prácticas concertadas se han definido como una forma de cooperación entre las empresas que, sin haber celebrado un acuerdo formal, sustituye en los hechos a la competencia. Aquellas consisten en la puesta en ejecución de un plan que se sustenta en la adaptación simultánea de comportamientos, lo que normalmente presupone un intercambio de



información precisa (por ejemplo, el anuncio de un incremento o de una base de precios, la adopción de un estándar determinado, etc.) (pág. 135)

4. 318. El artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contempla un listado de corte enunciativo, en el cual se alude a determinadas conductas que, por su naturaleza o efectos en el mercado, pueden configurar una práctica colusoria horizontal. Así, el artículo 11.1 inciso a) de dicha norma incluye dentro de tales prácticas a “la fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”. (pág. 136)
5. 320. Un supuesto de fijación directa se producirá cuando el acuerdo, recomendación, decisión o práctica materia de evaluación tiene como consecuencia inmediata el establecimiento de un precio concertado (determinado o determinable) entre los agentes económicos involucrados. Un ejemplo de esta clase de conductas es el caso del cartel detectado en el mercado de transporte urbano al interior de la ciudad de Huaraz, donde los transportistas decidieron elevar el precio de los pasajes en dicha ciudad, estableciendo expresamente un incremento específico en el precio final del servicio. (pág. 137)
6. 321. De otro lado, la fijación indirecta de precios puede comprender una diversidad de supuestos prohibidos, cuyo objetivo o efecto sea incidir de manera mediata en el precio de un bien o servicio determinado. Por ejemplo, si diversas empresas competidoras acuerdan establecer un mismo margen de beneficios por la venta de un determinado producto. En estos casos, si bien los agentes involucrados no acuerdan directamente el precio que finalmente cobrarán en el mercado, resulta evidente que, mediante tales actos, se encuentran coordinando parámetros comunes en la formación de precios y, por tanto, dichas conductas califican dentro del tipo infractor bajo comentario. (pág. 137)
7. 326. Por consiguiente, en atención al tipo infractor descrito por el artículo 11.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la



autoridad de competencia tiene el deber de reprimir toda forma de concertación de precios; lo cual involucra tanto la determinación coordinada de un precio, como todas aquellas otras conductas colusorias que influyen o pueden influir sobre determinación del precio de los bienes o servicios en el mercado. (pág. 139)

8. 331. En atención a lo expuesto, las prácticas colusorias entre competidores que tengan por objeto fijar – de manera directa o indirecta – el precio correspondiente a un determinado bien o servicio, se encuentran comprendidas dentro del tipo infractor previsto en el artículo 1.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y son sancionables al margen de que se llegue a materializar o no sus efectos anticompetitivos. (pág. 140)

5.1.1.7. Expediente 003-2017/CLC

- Práctica colusoria: Reparto de mercados.
- Denunciante: Comisión de Defensa de L.C.
- Denunciado: Compañía Marítima Chilena S.A; Eukor Car Carrier Inc.; Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.

Hechos:

Se tiene que, entre los años 2001 y 2012 (con efectos hasta el año 2015), tres empresas del rubro de transporte marítimo habrían incurrido en realizar prácticas colusorias horizontales con el objeto de repartirse cuentas de manera coordinada en el servicio de transporte marítimo internacional de carga rodante.

Sanción:

Mediante resolución N° 068 de 2018, se sancionó a las empresas de la siguiente manera:

- Compañía Maritima Chilena S.A ----- 17.87 UIT.



- Eukor Car Carrier INC. ----- 3,870.60 UIT.
- Kawasaki Kisen Kaisha LTD. ----- 2,054.01 UIT.

Principales fundamentos:

De los fundamentos esgrimidos por los vocales del Tribunal, en la presente resolución (Comisión de Defensa de la Libre de Competencia del Indecopi, Expediente 003-2017, 2020), se han tomado en cuenta aquellos que hacen referencia a las prácticas colusorias horizontales de manera específica, siendo estos los siguientes:

1. 149. La doctrina en materia de libre competencia también sostiene que la identidad subjetiva y temporal ha de aplicarse de forma suficientemente flexible, en tanto no se llegue a su desnaturalización, teniendo en cuenta que las infracciones continuadas constituyen ilícitos compuestos por pluralidad de acciones que no siempre son uniformes y que pueden ser desarrolladas por diversos sujetos a lo largo del tiempo. (pág. 66)
2. 150. En ese sentido, con relación a la identidad subjetiva se ha sostenido que no resultaría lógico exigir que una infracción de cartel, la cual necesariamente implica una pluralidad de sujetos infractores que en ocasiones pueden ser cambiantes, únicamente pueda considerarse una sola infracción continuada cuando exista plena identidad de partes durante toda su vigencia. (pág. 66)
3. 153. (...) Se han considerado como requisitos objetivos de la infracción continuada aquellos reseñados en los literales (i), (ii), (iii) (...), mientras que se ha indicado que la “identidad de resolución criminal” constituye el requisito subjetivo para la configuración de esta clase de infracciones. (pág. 67)
4. 154. Con relación a este último requisito, la Sala ha indicado que la identidad de resolución criminal consiste en que la actuación de los sujetos infractores responda a un mismo plan preconcebido o al aprovechamiento de una idéntica oportunidad, más no que deba verificarse una plena identidad de sujetos activos durante el periodo de ejecución del cartel. (pág. 67)



5. 165. (...) La Sala concuerda con la Comisión en que también se verifica el cumplimiento del requisito de pluralidad de violaciones de la misma ley, dado que cada una de las actuaciones que conforman las supuestas coordinaciones realizadas en el marco del referido sistema de reparto de cuentas calificaría como una conducta típica (acuerdo para el reparto de cuentas – clientes -) que contravendría los artículos 1 y 11.2 literal c) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (pág. 72)
6. 189. (...) Según se ha indicado, la primera instancia concluyó que la práctica sancionada habría consistido en un sistema o entendimiento común entre diversas líneas navieras dedicada al servicio de transporte marítimo Internacional de carga rodante, que tuvo por objeto el respeto coordinado de la titularidad de las cuentas o clientes que mantenían diversas rutas a nivel global. A criterio de la Comisión, se habrían acreditado una serie de coordinaciones realizadas en el marco de dicho sistema de respeto de cuentas y en las cuales habrían estado involucradas las empresas navieras sancionadas. (pág. 78)
7. 190. De esta forma, bajo la hipótesis de la Comisión, dichas supuestas coordinaciones no habrían constituido conductas independientes y aisladas entre sí, sino más bien presentarían elementos comunes en su planificación, coordinación y materialización, que revelarían una voluntad colectiva por parte de las empresas sancionadas para mantener vigente el sistema global de respeto de cuentas en cuestión. Esto último al haber facilitado la sustitución de la presentación de posturas competitivas por la presentación de cotizaciones coordinadas – o por su abstención de participar – en las licitaciones correspondientes a cuentas ajenas. (pág. 78)
8. 481. El artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contempla un listado de corte enunciativo, en el cual se alude a determinadas conductas que, por su naturaleza o efectos en el mercado, pueden configurar una práctica colusoria horizontal. Así, el artículo 11.1 inciso c) de dicha



norma incluye dentro de tales prácticas al reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas. (pág. 156)

9. 482. Como bien ha referido la primera instancia, mediante este tipo de concertaciones los agentes participantes dividen entre si el mercado en el que compiten o podrían competir, asignando cuotas o segmentos, por ejemplo, en función al ámbito geográfico, en cuyo caso cada uno se comprometerá a no competir dentro del territorio asignado a otro agente. También puede ocurrir que se repartan los clientes o proveedores en función de relaciones comerciales preexistentes. (pág. 156)
10. 484. La literatura económica establece que el reparto de mercado constituye una infracción a las normas sobre libre competencia, pues permite a sus integrantes obtener un mayor poder de mercado, o incluso monopolios, respecto de las zonas o clientes que tienen asignados, lo cual a su vez les permite mantener o incrementar sus precios, sin enfrentar competencia del resto de agentes coludidos. (pág. 157)
11. 486. Es importante considerar que existen algunos hechos que podrían indicar la existencia de un reparto de mercado anticompetitivo: (i) los competidores repentinamente dejan de vender en un territorio; (ii) las empresas refieren a los clientes hacia otros competidores; (iii) los competidores repentinamente dejan de vender a un cliente; (iv) el vendedor o el posible postor afirma que un cliente o contrato particular “pertenece” a un determinado competidor. (pág. 158)

5.1.1.8. Expediente 002-2019/CLC

- Práctica colusoria: Establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública.
- Denunciante: Comisión de Defensa de L.C.



- Denunciado: Empresa editora El Comercio S.A; Amauta impresiones comerciales S.A.C; Metrocolor S.A; Corporación Gráfica Navarrete S.A; Quad Graphics Perú S.A.

Hechos:

Se tiene que, entre los años 2009 y 2016, las empresas denunciadas habrían realizados diversas prácticas colusorias consistentes en el establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública en el mercado de servicios de impresiones gráficas de material educativo a nivel nacional.

Sanción:

Mediante resolución N° 015 de 2021, se sancionó a:

- Amauta – El Comercio: 4,543.3 UIT
- Cimagraf: 774.8 UIT
- Metrocolor: 5,320.90 UIT
- Navarrete: 5,760 (UIT)
- Quad Graphics: 6,020.30
- Personas naturales por un total de 208.1 UIT

Principales fundamentos:

De los fundamentos esgrimidos por los vocales del Tribunal, en la presente resolución (Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Expediente 002-2019, 2021), se han tomado en cuenta aquellos que hacen referencia a las prácticas colusorias horizontales de manera específica, siendo estos los siguientes:

1. 30. Se entiende por acuerdo todo concierto de voluntades mediante el cual dos o más agentes económicos competidores se adhieren a un esquema común que tiene por objeto o efecto restringir la competencia entre sí. (pág. 10)
2. 33. (...) Tanto a nivel de la teoría económica como en la extensa experiencia jurisprudencial, nacional y extranjera, se ha permitido identificar determinadas conductas anticompetitivas que, en sí mismas, son restrictivas de la competencia y no



generan mayor eficiencia en el mercado, lo que ha motivado que sean sometidas a una prohibición absoluta. A estas conductas sujetas a una prohibición absoluta se les denomina comúnmente hard core cartels, o, simplemente, carteles. (pág. 10)

3. 35. Entre los carteles más nocivos, se encuentran aquellos que tienen por objeto restringir la competencia en los procedimientos de contratación con el Estado (a lo que se conoce también como licitaciones colusorias o bid rigging). Esta forma de colusión se encuentra tipificada en el artículo 11.1 inciso j) y está sujeta a una prohibición absoluta según lo dispuesto por el inciso d) del artículo 11.2 del TUO de la LRCA (...). (pág. 11)
4. 36. Una licitación colusoria supone que dos o más agentes económicos que deberían competir por adjudicarse la buena pro en un procedimiento de selección público, deja de hacerlo con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. (pág. 11)
5. 41. Por la naturaleza inherentemente anticompetitiva de estas conductas y considerando su grave impacto en las convocatorias para adquisiciones de bienes y servicios, así como para la ejecución de obras que el Estado realiza en beneficio de la sociedad, las licitaciones colusorias se encuentran sujetas a una prohibición absoluta, conforme a lo expresamente dispuesto por el artículo 11.2 (...). (pág. 13)
6. 87. El servicio de impresiones gráficas en el Perú atiende las distintas demandas de empresas e instituciones para el suministro de información a su público objetivo, a través de diversos tipos de publicaciones como catálogos, revistas, folletos, trípticos, dípticos, volantes publicitarios, etc. En ese sentido, pueden considerarse tres grandes tipos de clientes: (i) clientes comerciales (por ejemplo, tiendas retail como Saga Falabella o Ripley, cadenas de supermercados Tottus o Plaza vea, entre otros), (ii) clientes estatales (por ejemplo: municipalidades, ministerios, etc.) y (iii) editoriales. (pág. 31)
7. 88. En el caso de los clientes estatales, el principal cliente es el Ministerio de Educación, cuyas impresiones corresponden a cuadernos de trabajo, cuadernillo, así como libros para ser utilizados por los docentes y escolares en los diferentes niveles



de la educación básica. La provisión de este servicio se lleva a cabo principalmente a través de concursos y licitaciones públicas. (pág. 32)

8. 89. En el Perú, las principales empresas que ofrecen el servicio de impresiones comerciales son: Amauta – El Comercio, Cinemagraf, Metrocolor, Navarrete y Quad Graphics. (pág. 32)
9. 97. De la información brindada por las empresas investigadas como parte de los requerimientos de información efectuados por la Secretaría Técnica, se ha determinado que, dependiendo de la empresa, las impresiones al sector público representaron entre el 14% y 43% de sus ingresos totales por el servicio de impresión entre el 2009 y 2016. En ese mismo periodo, el Minedu y/o sus unidades ejecutoras licitaron más de S/850,000,000.00 en servicio de impresión de material educativo. (pág. 33)
10. 98. Mediante la Resolución de Inicio, la Secretaría Técnica imputó a Amauta – El Comercio, Cinemagraf, Metrocolor, Navarrete y Quad Graphics, así como a varios de sus funcionarios y ex funcionarios, la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública en el mercado de servicios de impresiones gráficas de material educativo a nivel nacional, en diversos periodos de tiempo entre enero de 2009 y julio de 2016. (pág. 33)
11. 105. (...) Esta Comisión considera que el análisis conjunto de los medios probatorios que han sido materia de análisis en el presente procedimiento efectivamente acreditarían la existencia de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones, concursos y otras formas de contratación o adquisición pública, en el mercado de servicios de impresiones gráficas de material educativo a nivel nacional, entre octubre de 2009 y julio de 2016. (pág. 38)

5.1.1.9. Expediente 012-2018/CLC

- Práctica colusoria: Reparto Concertado de Clientes



- Denunciante: Comisión de Defensa de L.C.
- Denunciado: Empresa editora El Comercio S.A; Amauta impresiones comerciales S.A.C; Pedro Isasi Rivero; Mirko Radovic Barreto

Hechos:

Se tiene que, entre los años 2011 y 2016, las empresas El Comercio S.A y Amauta Impresiones comerciales S.A.C habrían realizado una conducta anticompetitiva consistente en el reparto concertado de clientes en el mercado de impresiones comerciales a nivel nacional.

Sanción:

Mediante resolución N° 0037 de 2021, se sancionó a:

- Empresa editora El Comercio S.A y Amauta Impresiones Comerciales S.A por 14,404.06 UIT.
- Pedro Isasi Rivero: 62.17 UIT.
- Mirko Radovic Barreto: 6.07 UIT.

Principales fundamentos:

De los fundamentos esgrimidos por los vocales del Tribunal, en la presente resolución (Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Expediente 012-2018, 2021), se han tomado en cuenta aquellos que hacen referencia a las prácticas colusorias horizontales de manera específica, siendo estos los siguientes:

1. 81. De acuerdo al análisis de la Comisión, desde el año 2011 las empresas previamente mencionadas establecieron un reparto de clientes en el mercado de impresiones comerciales a nivel nacional. (pág. 34)
2. 82. Por consiguiente, en el periodo comprendido entre los años 2011 y 2016 se observa que los agentes económicos imputados coordinaron los precios a enviar a los distintos clientes que les solicitaban cotizaciones, de modo tal que la empresa que tenía asignado un determinado cliente aseguraba la respectiva contratación mediante el ofrecimiento de una propuesta económica menor a su contraparte. (pág. 34)



3. 96. En el presente caso, existen cuatro indicios de la conducta del señor Isasi con relación a la práctica colusoria investigada en este procedimiento: (i) la existencia – previamente indicada – comunicaciones electrónicas relativas a la conducta colusoria, en las cuales figura como remitente, destinatario o tercero; (ii) la naturaleza del cargo que ostentaba en Quad Graphics durante el periodo infractor, (iii) la evidencia económica respecto del comportamiento de la empresa; y, (iv) el mecanismo de la práctica colusoria analizada. (pág. 38)
4. 107. De acuerdo con los antes referido, se tienen los siguientes elementos indiciarios:
 - (i) Para la ejecución y realización del cartel detectado (reparto de clientes) se requería la participación de los funcionarios de las empresas investigadas, a través del intercambio de información de precios y cotizaciones. Estas coordinaciones tenían por objeto lograr que una empresa no ofrezca un precio más atractivo que el agente económico quien tenía dicho cliente “asignado”.
 - (ii) El señor Isasi, en su calidad de Gerente General de Quad Graphics, participaba activamente en las comunicaciones para mantener el reparto de determinados clientes. Además, conocía de las coordinaciones efectuadas por otros funcionarios de Quad Graphics.
 - (iii) La evidencia económica muestra que durante el periodo en el cual el señor Isasi estuvo vinculado a Quad Graphics como Gerente General (entre enero de 2011 y mayo de 2016), los clientes respecto a los cuales coordinó activamente e incluso aquellos por los cuales coordinaron otros funcionarios de dicha empresa (bajo su conocimiento y supervisión), se mantuvieron repartidos. (pág. 40)

5.2. Análisis de los Hallazgos

Contrastación de casos con Legislación Comparada.

Exp. N°	Practica sancionada	Sanción en Legislación Comparada
---------	---------------------	----------------------------------



004-2011/CLC	Fijación concertada de precios	Brasil Pena - Prisión, de 2 (dos) a 5 (cinco) años y multa.	Canadá pena de prisión de hasta 14 años	EEUU Será castigada con una multa que no exceda los \$ 100,000.000 si es una corporación, o, si es cualquier otra persona \$ 1,000.000, o por pena privativa de libertad no mayor de 10 años, o por ambas penas, a criterio del tribunal	México Artículo 23. d) Código Penal con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa
011-2015/CLC	Fijación concertada de precios				
008-201/CLC	Fijación concertada de precios				
008-2012/CLC	Fijación concertada de precios y establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones o concursos públicos.				
014-2009/CLC	Fijación concertada de precios				
006-2016/CLC	Fijación concertada de precios				
002-2019/CLC	Establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones o concursos públicos.				
003-2017/CLC	Reparto de mercados	Art. 16. b) de Ley 12529.	El verdadero comportamiento de cártel (fijación de precios, asignación de mercado, restricción de la producción) está sujeto a enjuiciamiento penal y está totalmente prohibido.	Será castigada con una multa que no exceda los \$ 100,000.000 si es una corporación, o, si es cualquier otra persona \$ 1,000.000, o por pena	Artículo 23. d) Código Penal con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa.
012-2018/CLC	Reparto de clientes	b) Control regionalizado del mercado por empresa o grupo de empresas. Pena - Prisión, de 2 (dos) a 5 (cinco) años y multa			



			- Se aumenta la multa máxima por condena a \$ 25 millones de \$ 10 millones, y la pena máxima de prisión a 14 años a partir de 5 años.	privativa de libertad no mayor de 10 años, o por ambas penas, a criterio del tribunal	
--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------	--

5.3. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos

En la presente investigación, para la discusión y contrastación de los hallazgos, corresponde remitirnos a los problemas propuestos y objetivos formulados, siendo estos:

Problema General

¿Por qué se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú?

Problema Específico

- ¿De qué manera las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia en el Perú?
- ¿Cuáles son las principales practicas colusorias horizontales sancionadas por el tribunal de Indecopi en el Perú?
- ¿Cómo se regula las practicas colusorias horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado?
- ¿Por qué es importante proteger el orden económico como bien jurídico?

Objetivo General

Establecer los fundamentos jurídicos por los que se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú.

Objetivos Específicos

- Describir la manera en que las practicas colusorios horizontales afectan la libre competencia en el Perú



- Identificar las principales practicas colusorios horizontales sancionadas por el Tribunal de INDECOPI en el Perú.
- Describir la regulación de las practicas colusorios horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado
- Explicar la importancia de proteger el orden económico como bien jurídico.

Teniendo presente los problemas y objetivos, corresponde analizar previamente estos, para luego articularlos con el problema y objetivo general.

5.3.1. Las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia en el Perú

El primer problema específico planteado es ¿De qué manera las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia en el Perú? y tiene como objetivo, Describir la manera en que las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia en el Perú.

La manera en que las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia, ha sido descrita en los ítems 4.2.5.2, 4.3.3, de la siguiente manera:

En un mercado de libre competencia, deben existir conjuntamente una gran cantidad de competidores y de consumidores, del mismo modo, se deben dar las situaciones propicias para que este mercado funcione adecuadamente, no siendo necesario que todos los competidores tengan el mismo poder económico, por lo tanto, la libre competencia se dará en una situación en la que exista confluencia de competidores y consumidores

En ese sentido, las prácticas colusorias horizontales afectan a la libre competencia de gran manera, ello en razón a que, como se ha podido ver, tienen como finalidad o efecto el restringir, falsear o impedir la libre competencia, todos estos verbos claramente nocivos, tanto para competidores como para consumidores.

Las empresas, al concertar buscan en todo momento un mayor beneficio económico, pudiendo fijar los precios de determinado producto, limitar la producción de los mismo, repartirse mercados o clientes específico y abstenerse o fija posturas en determinadas licitaciones públicas, ocasionando que la libre competencia puede desarrollarse de



manera correcta, negándoles a los consumidores que estos puedan elegir entre los productos o servicios ofrecidos.

Los consumidores quedan expuestos a que se les pueda cobrar precios mayores o que la situación de calidad de los productos resulte la menos beneficiosa, así mismo, en caso de competidores se les limita la oportunidad de poder crecer y por ende de innovar y mejorar en el mercado en el que compiten. Cabe precisar que en esa situación de desventaja quien resulta más afectado es el que menos poder económico tiene, es decir, aquellas personas que entran en la denominación de “pobres” pues al no poder pagar los precios exigidos optan por dispensar de ciertos productos o servicios, no pudiendo satisfacer así sus necesidades más básicas.

5.3.2. Principales practicas colusorias horizontales sancionadas por el tribunal de INDECOPI en el Perú

El segundo problema específico planteado es, ¿Cuáles son las principales practicas colusorias horizontales sancionadas por el Tribunal de INDECOPI en el Perú? y tiene como objetivo, Identificar las principales practicas colusorias horizontales sancionadas por el Tribunal de INDECOPI en el Perú.

Las principales practicas colusorias horizontales sancionadas por el Tribunal del INDECOPI en el Perú, han sido identificados en el ítem, 4.4.1:

Entre las que se encuentran la **fijación de precios**, luego, el establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública, y en tercer lugar se encuentra el reparto de mercados.

Fijación de precios en los casos: Colegio de Ingenieros del Perú, 5 Empresas de gas, 5 Boticas, 6 Empresas de Transportes, 21 Grifos de Chimbote; establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública: 31 Centros de Hemodiálisis y 4 Imprentas de Lima; y reparto de mercados, 3 Empresas Marítimas de Lima.

La fijación de precios, se encontraba regulada en el Decreto Legislativo 701, que en su artículo 6 prevé que las prácticas restrictivas de la libre competencia pueden expresarse a través de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas. **A su vez,**



estas conductas pueden tener por objeto la fijación de precios; el reparto de mercados, cuotas de producción o fuente de aprovisionamiento; la discriminación injustificada de clientes; la negativa injustificada de contratar, la aplicación de ventas atadas entre otras.

De manera específica, la fijación de precios, es un supuesto tipificado en el literal a) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

5.3.3. Regulación de las prácticas colusorias horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado

El tercer problema específico planteado es, ¿Cómo se regula las practicas colusorias horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado? y tiene como objetivo, describir la regulación de las practicas colusorias horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado

La regulación de las prácticas colusorias horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado, ha sido descrita en los ítems 4.3.3.2, 4.3.3.3, 4.3.3.3.1 y 4.3.3.3.2, de la siguiente manera:

Las practicas colusorias horizontales en el Perú, son reguladas como infracción y se sancionan a nivel administrativo de manera pecuniaria; encuentran tratamiento normativo en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1024 y publicada el 25 de junio de 2008.

En esta legislación, se identifican dos tipos de actos anticompetitivos en que podrían incurrir los agentes económicos, estos son: i) Abuso de posición de dominio, y ii) Prácticas colusorias (Horizontales y Verticales).

Se entiende como practicas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o practicas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de



la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones; (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas; (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor; (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios; (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación; (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva; (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u, (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Para la sanción de las practicas colusorias horizontales, el Decreto Legislativo 1034 ha previsto un procedimiento administrativo sancionador contenido en el título V, así, el artículo 18.1 prescribe: “El procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte.”

En caso de la denuncia de parte, el artículo 19 establece los requisitos para estas denuncias; por su parte, el artículo 28 regula los medios probatorios a ser actuados en el procedimiento administrativo sancionador; el artículo 33 se refiere al informe técnico emitido por la Secretaría Técnica; en el artículo 36 se regula la emisión de la resolución final por parte de ña Comisión de Defensa de la Libre Competencia del



Indecopi, la cual, deberá ser emitida en los 30 días hábiles posteriores a la presentación de los alegatos finales de las partes; en el artículo 37 se prevén los supuestos en los que la resolución final podía ser apelada; y finalmente, en el artículo 43 se regulan las sanciones pecuniarias teniendo como base la Unidad Impositiva Tributaria.

En el **Derecho Comparado**, las practicas colusorias horizontales, son reguladas como infracción y como delito, es decir con sanción administrativa y penal. Entre la legislación que regula las practicas colusorias horizontales como delito se tiene la legislación norteamericana, que sanciona estas prácticas con prisión no mayor de 10 años o \$ 10,000.00; en Canadá, la Ley de Competencia de 2009 sanciona los carteles con multas que suman hasta 25 millones de dólares canadienses para empresas que tomen parte en carteles y la misma multa y/o pena de prisión de hasta 14 años para las personas físicas; en México, el artículo 253 del Código Penal sanciona estas prácticas con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa; en Argentina, el artículo 300 del Código Penal reprime estas prácticas con prisión de seis meses a dos años; y en Brasil, la Ley 8137 castiga estas prácticas con una multa y el encarcelamiento durante dos a cinco años.

5.3.4. Importancia de proteger el orden económico como bien jurídico

El cuarto problema específico planteado es, ¿Por qué es importante proteger el orden económico como bien jurídico? y tiene como objetivo, explicar la importancia de proteger el orden económico como bien jurídico.

La importancia de proteger el orden económico como bien jurídico, ha sido explicado en los ítems 4.1.4, 4.1.4.1, 4.1.4.2, 4.1.4.3 y 4.4.3., de la siguiente manera:

Es importante proteger el orden económico como bien jurídico, por 3 razones, la primera, por ser un interés valorado por la sociedad y de carácter macrosocial; la segunda, porque garantiza el normal desarrollo de los agentes económicos, y la tercera razón, es porque la criminalidad ha hecho que aparezcan figuras delictivas que atentan el orden económico, y requiere de un Derecho Penal Económico para su tratamiento.

La economía es uno de los principales pilares de un Estado, y no cabe duda que encuentra un escenario de desarrollo en el “mercado”, el cual, se encuentra regulado a



nivel constitucional, dotándolo de cierto orden -orden económico- que comprende a la Libre Competencia.

Este orden económico, al ser susceptible de tutela o protección legal, responde al nivel de valoración de los intereses y estructura de cada sociedad, y busca otorgarle seguridad a fin de lograr una mejor convivencia social, porque se presenta como un interés de naturaleza macrosocial y al servicio de toda la colectividad (todos intervienen en la relación que determina el propio orden económico).

Teniendo en consideración que la producción, la distribución y el consumo, son unidades integradoras del mercado, y que garantizan el normal desarrollo personal de los agentes económicos (productores, mercado y consumidores), resulta importante proteger el orden económico como bien jurídico.

El orden económico, y la criminalidad que se presenta en contra de éste, es estudiado a partir de un contexto social, donde delito y crimen económico son productos de una estructura social determinada; es decir que el orden económico será tutelado de acuerdo a una propia realidad. Es por eso que, la protección a bienes jurídicos de los intervinientes del sistema económico -individual- debe tener también en cuenta los llamados bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o difusos.

Este bien jurídico, es positivizado por parte del Estado mediante un juicio de valor, el cual responde a la importancia que tiene para el Derecho Penal -Económico- que toma en consideración: i) Que la lesión que se causa resulte proporcional a la lesión o puesta en peligro; ii) Que se incluyan todas las conductas que resulta necesario sancionar en sede penal, y iii) Que la reacción de castigar por parte del Estado, debe ser la última alternativa, estos es cuando los demás mecanismos de protección han fracasado.

Finalmente, es importante proteger el orden económico como bien jurídico, porque estamos frente a un bien jurídico no individual, es decir, que es de carácter supraindividual; a los que Muñoz Conde les denomina bienes jurídicos colectivos de carácter económico, propio de las concentraciones económicas, sistema tributario o de crédito y cambiario; y que Caro Coria y Reyna Alfaro, al ubicarse en el Derecho Penal Económico, sostienen que el bien jurídico tutelado es el “orden socio - económico”, el



cual, guarda relación con lo expresado por Abanto Vásquez, para quien el bien jurídico encuentra un nivel de abstracción inevitable, que responde a cada figura delictiva.

5.3.5. tipificación de las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú

El problema general planteado es ¿Por qué se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú? y tiene como objetivo general, establecer los fundamentos jurídicos por los que se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú

Los fundamentos jurídicos por los que se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú se desprenden del contenido de la presente investigación, que resultan responder las preguntas específicas.

En ese entender, cabe precisar que las prácticas colusorias horizontales son susceptibles de una prohibición relativa y un absoluta, éstas últimas también denominadas como *hard core cartels* o simplemente carteles. Habiendo precisado ello, es importante entender que, conforme se ha desarrollado a lo largo de la presente investigación, las prácticas colusorias horizontales de prohibición absoluta afectan de gran manera a la libre competencia, entendiéndose esta como el escenario en el que interactúan competidores y consumidores bajo situaciones completamente habituales, situación que, al realizarse las prácticas antes mencionadas, se ve afectada.

Del mismo modo, se ha podido observar que la libre competencia es protegida de manera mixta (derecho administrativo sancionado y derecho penal) en legislaciones de mayor presencia, como son; Estados Unidos, Canadá, México, Argentina y Brasil, legislaciones que buscan proteger a toda costa un bien jurídico de suma importancia, como es la libre competencia la misma que se encuentra comprendida en el orden económico, que se entiende como aquel bien jurídico de carácter supraindividual, es decir, un bien jurídico que le corresponde a un gran número de individuos, resultando de allí la importancia de su protección por el Derecho penal.



Resulta importante comprender que, este tipo de conductas son realizadas por sujetos que ocupan cierto grado de privilegio social, el mismo que les permite tener pleno razonamiento respecto de su actuar, no importándoles otra cosa más que el beneficio propio, sin pensar en el daño que se les ocasiona directamente a los consumidores. Se advierte también que en nuestro país los carteles realizan con mayor frecuencia prácticas como la fijación de precios, el reparto de mercados o clientes y el establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones públicas, todas éstas como se indicó líneas arriba, en detrimento de la libre competencia.

D. CONCLUSIONES

PRIMERA

Teniendo en consideración que existen practicas colusorias horizontales de prohibición relativa y absoluta, se debe tipificar la practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta, también conocidas como cárteles empresariales, por los siguientes fundamentos jurídicos:

Estas afectan a la libre competencia, creando situaciones de desventaja entre competidores y en perjuicio de los consumidores, que desde la perspectiva del Derecho Penal Comparado son tipificadas y reciben sanción de a nivel administrativo y/o penal, como es el caso de EEUU, Canadá, México, Argentina y Brasil; sumado a ello que el bien jurídico que se afecta con las practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta es el orden económico, el cual es de trascendental importancia en nuestro modelo y estructura económica; advirtiéndose que las conductas realizadas con mayor frecuencia consisten en la fijación de precios, el reparto de mercados o clientes y el



establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones públicas; las mismas que ocasionan un grave perjuicio en el correcto funcionamiento de la libre competencia.

SEGUNDA

Las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia, ocasionado situaciones de desventajas entre competidores en perjuicio de los consumidores, que se materializan restringiendo, impidiendo y falseamiento de la actividad comercial en el mercado.

TERCERA

Entre las que se encuentran la **fijación de precios**, luego, el establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública, y en tercer lugar se encuentra el reparto de mercados.

Entendiendo a la fijación de precios, como la concertación por parte de carteles para incrementar o disminuir el precio de determinados productos y/o servicios, realizado por agentes económicos competidores entre sí o por competir.

CUARTA

Las practicas colusorias horizontales en el Perú, son reguladas como infracción y se sancionan a nivel administrativo de manera pecuniaria; encuentran tratamiento normativo en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En el **Derecho Comparado**, las practicas colusorias horizontales, son reguladas como infracción y como delito, es decir con sanción administrativa y penal. Entre la legislación que regula las practicas colusorias horizontales como delito se tiene la legislación norteamericana, canadiense mediante la Ley de Competencia, en México, el artículo 253 del Código Penal; en Argentina, el artículo 300 del Código Penal, y en Brasil mediante la Ley 8137.

QUINTA

Es importante proteger el orden económico como bien jurídico, por 3 razones, la primera, por ser un interés valorado por la sociedad y de carácter macrosocial; la segunda, porque garantiza el normal desarrollo de los agentes económicos, y la tercera



razón, es porque la criminalidad ha hecho que aparezcan figuras delictivas que atentan el orden económico, y requiere de un Derecho Penal Económico para su tratamiento.

E. RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS

Lege feranda, se recomienda al Congreso de la República del Perú, incorporar el artículo 238 en el Código Penal a fin de regular las practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta:

INICIATIVA LEGISLATIVA

1. JUSTIFICACIÓN

1.1. Exposiciones de Motivos

- Análisis de la constitucionalidad y legalidad de la propuesto

La propuesta de tipificar las practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta, encuentra sustento constitucional en el artículo 61 de la Constitución “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda practica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)”. Protección de la libre competencia, a la que se orienta ésta propuesta,



teniendo como referente legislado el Derecho Comparado, caso de México, Brasil y Argentina, orientada a la protección de la libre competencia y el orden económico.

- Descripción del Problema

En nuestro país, las prácticas colusorias horizontales se encuentran reguladas únicamente a nivel administrativo, mediante el decreto legislativo N°1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, de cuyo contenido se advierte que, estas prácticas son, de prohibición absoluta y relativa; siendo las de prohibición absoluta:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates. (DECRETO LEGISLATIVO 1034, 2008)

Las mismas que, actualmente son investigadas y sancionadas por la Comisión de defensa de la libre competencia, la Secretaría Técnica y el Tribunal del INDECOPI respectivamente:

Al respecto existe doctrina que cuestiona que las practicas colusorias se sometan únicamente un procedimiento administrativo del cual puede derivar una sanción de carácter pecuniario. En este sentido se pronuncia (Garcia Cavero, Latin America Top Lawyer, 2017) quien refiere:

En los Estados Unidos las conductas antimonopólicas, es una ley de carácter penal, es decir, que mientras en los Estados Unidos las conductas anticompetitivas son delitos graves, en nuestro país esas conductas son solo una infracción administrativa. Qué buen escenario para los estadounidenses: Pena para los peruanos por lo que hagan en Estados Unidos y sanción administrativa para los estadounidenses que practiquen en el Perú conductas anticompetitivas.



Por otro lado, el profesor (Garcia Cavero, Latin America Top Lawyer, 2017) afirma:

En efecto, las conductas anticompetitivas tienen normalmente un efecto exclusorio, es decir, de sacar del mercado a otros competidores o en el caso de la competencia desleal el perjudicado es siempre otro competidor, o el acaparamiento puede ser realizado por un productor y perjudicar a los comerciantes. Los delitos económicos generan un efecto lesivo sobre todos los agentes económicos del mercado y, lo que es peor, en la confianza en todo el sistema económico, por lo que utilizar un mecanismo de reacción puramente administrativo augura un absoluto fracaso de la lucha contra este tipo de criminalidad.

Como se puede advertir, las prácticas colusorias horizontales son conductas anticompetitivas realizadas entre agentes con la misma posición en la cadena de producción, y provocan una falsa sensación de libre competencia en el consumidor. Este tipo de prácticas afecta el sistema económico -peruano- generando perjuicio, tanto para las empresas y para consumidores, sobre todo si tenemos en consideración “la economía social del mercado” que es el régimen económico reconocido por nuestra Constitución.

Algunos casos de prácticas colusorias horizontales han sido resueltos por el Tribunal del Indecopi, entre ellos se puede destacar el caso tramitado en el Expediente 008-2012/CLC, en el cual se detalla:

Se halló responsables a 31 centros de hemodiálisis por la fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en los concursos públicos convocados por Essalud, para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, Durante los años 2010, 2011, 2012. Y se les multó con la suma de S/. 29,225,731.62”. existe entonces una sanción pecuniaria a nivel administrativo sin que se haya evaluado la afectación a un bien jurídico como es el orden económico en nuestro Estado.



De mantenerse la regulación actual –Decreto Legislativo 1034- implementada como consecuencia de la celebración del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos; cabe la posibilidad de que este tipo de prácticas anticompetitivas se presenten de forma reiterativa, encontrando únicamente sanción administrativa y quedando impune la afectación al bien jurídico Orden Económico, que afecta no solo a la economía del Estado, sino también a la ciudadanía en su calidad de consumidores.

De acuerdo a lo descrito, la intención principal de la presente investigación es que las prácticas colusorias horizontales puedan ser tipificadas en el Código Penal, para ello propondremos un proyecto de ley, de manera que las practicas colusorias horizontales constituirán un delito contra el orden económico; de este modo dar respuesta a una problemática vigente de carácter económico y jurídico

- **Exposición de la propuesta**

La propuesta es tipificar las practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta, con la intensión de proteger la libre competencia, frente a la práctica desarrollada por los cárteles empresariales, que dañan el adecuado funcionamiento del mercado, perjudicando a otros competidores y a los consumidores.

- **Mencionar fuentes consultadas**

- A Guide to Amendments to the Competition Act. (2009). Obtenido de [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-e.pdf/\\$file/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-e.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-e.pdf/$file/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-e.pdf)
- Abanto Vásquez, M. (2000). *Derecho Penal Económico - Parte Especial*. Lima: Idemsa.
- Bramont Arias, L. F. (2010). Delitos económicos y bien jurídico. *Ius Et Veritas*, 86-95.
- Bullard Gonzales, A. (2006). *Derecho y Economía - El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Bullard Gonzales, A. (S/F). La mujer del Cesar... ¿Son los acuerdos de compras conjuntas ilegales según las normas de la libre competencia? *Ideas*, 1-27.
- Caro Coria, D. C., & Reyna Alfaro, L. M. (2016). *Derecho Penal Económico*. Lima: Jurista Editores.
- Códice United States. (2021). *uscode.house.gov*. Obtenido de <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title15/chapter1&edition=prelim>
- Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2013). Efectos de los carteles en los pobres. (pág. 20). Ginebra: S/E.
- Constitución Política. (1993). Lima, Perú.
- Cruz, C., & Et al. (2012). *Delitos contra el Orden Económico*.



- DECRETO LEGISLATIVO 1034. (24 de Junio de 2008). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas. Lima, Perú.
- Dino, C. C., & Reyna, L. M. (2016). *Cuestiones basicas del derecho penal economico y de la empresa*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Fortes Furtado Fonseca, R. H. (2015). *Análisis coste-beneficio de los cárteles económicos de núcleo duro*. Madrid: S/E.
- Gagliuffi Piercechi, I. (S/F). La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón. *Revista de la competencia y propiedad intelectual*, 139-162.
- García Cavero, P. (2014). *Deerecho Penal Económico - Parte General*. Lima: Jurista editores.
- García Cavero, P. (2015). *Derecho Penal Económico - Parte especial*. Lima: Instituto Pacifico .
- García Cavero, P. (06 de Julio de 2017). *Latin America Top Lawyer*. Obtenido de <https://latinamericantoplawyer.com/2017/07/06/tlc-sin-derecho-penal/>
- INDECOPI - Comisión de Defensa de la Libre Competencia. (2018). *Guía para combatir la concertación en las contrataciones públicas*. Lima: S/E.
- INDECOPI. (13 de Junio de 2020). *indecopi.gob.pe*. Obtenido de https://www.indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/inicio?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Fweb%2Fatencion-al-ciudadano%2Flibre-compet
- Mejías Rodríguez, C. A. (2015). El ambito de protección en el derecho penal económico. *IUS*, 58-75.
- Passanitti, D. (S/F). Estado y orden económico. *Enfoques*, 12-25.
- Peña Cabrera Freya, A. R. (2013). *Derecho Penal Parte Especial - 2° edición*. Lima: Idemsa.
- Quintana, E. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus organos resolutivos*. Lima: Q & P.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: B de F.
- Tiedemann, K. (1993). *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Barcelona: PPU.
- Ugaz Sanchez Moreno, J., & Ugaz Heudebert, F. (2017). *Delitos económicos, contra la administración pública y la criminalidad organizada*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- Villejas, J. (2015). *Las leyes antitrust de los Estados Unidos de América contra los monopolios y las prácticas restrictivas de la competencia (Tesis de Posgrado presentada en la Universidad Complutense de Madrid)*. Madrid. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54581/1/5329913994.pdf>

1.2. Análisis Costo Beneficio

La aplicación del artículo 238 de la propuesta normativa no genera gastos adicionales en el presupuesto del Sector Público, toda vez que las modificaciones presupuestarias, en el nivel funcional programático y en el nivel institucional, se realizará con cargo al presupuesto del Ministerio de Justicia.



2. TÍTULO

Anteproyecto de Ley sobre sobre tipificación de las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú.

3. FORMULA NORMATIVA

Anteproyecto de Ley

Artículo 1. La presente Ley establece las practicas colusorias horizontales de prohibición absoluta.

Artículo 2. Incorporar el artículo 238 al Código Penal

Debe decir:

Artículo 238: Serán sancionadas las personas naturales o jurídicas que conformasen un cartel con la finalidad de:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

Con pena privativa de libertad de 2 a 5 años y días multa a criterio del Juez, a las personas naturales que hayan participado en la realización de estas prácticas.

Con inhabilitación de 2 a 5 años en el ejercicio de actividades económicas y días multa a criterio del Juez, en el caso de personas jurídicas.



F. BIBLIOGRAFIA

A Guide to Amendments to the Competition Act. (2009). Obtenido de [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-e.pdf/\\$file/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-e.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-e.pdf/$file/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-e.pdf)

Abanto Vásquez, M. (2000). *Derecho Penal Económico - Parte Especial*. Lima: Idemsa.

Arroyo Morales, A. (1996). *Metodología de Investigación Científica*. Lima: ALPHA.

Bajo Fernández, M., & Bacigalupo Saggese, S. (2001). *Derecho Penal Económico*. Madrid : EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S. A.

BAJO FERNANDEZ, M., & BACIGALUPO, S. (2001). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Bolaños Rodríguez, A. Y. (2015). *Carteles Económicos y Lenyency Program: Actualizaciones jurisdiccionales México-Nicaragua (Tesis de posgrado de la Universidad Iberoamericana de México)*. México D.F: S/E.

Bramont Arias, L. F. (2010). Delitos económicos y bien jurídico. *Ius Et Veritas*, 86-95.

Buleje Díaz, C. (2017). Análisis de la figura del facilitador en el Derecho de la libre competencia. *Derecho & Sociedad*, 221-238.



- Bullard Gonzales, A. (2006). *Derecho y Economía - El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Bullard Gonzales, A. (S/F). La mujer del Cesar... ¿Son los acuerdos de compras conjuntas ilegales según las normas de la libre competencia? *Ideas*, 1-27.
- Caro Coria, D. C., & Reyna Alfaro, L. M. (2016). *Derecho Penal Económico*. Lima: Jurista Editores.
- Cervini, R. (2008). Derecho penal económico.perspectiva integrada. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Obtenido de file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-DerechoPenalEconomicoPerspectivaIntegrada-6119889.pdf
- Códe United States. (2021). *uscode.house.gov*. Obtenido de <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title15/chapter1&edition=prelim>
- Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2013). Efectos de los carteles en los pobres. (pág. 20). Ginebra: S/E.
- Consejo de la Unión Europea, Reglamento (CE) N° 1/2003. (16 de Diciembre de 2002). Obtenido de <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>
- Constitución Política. (1993). Lima, Perú.
- Cordero Quinzacana, E. (2012). El derecho administrativo sancionador y su relacion con el derecho penal. *Revista de derecho (Valdivia)*, 131-157.
- Cruz, C., & Et al. (2012). *Delitos contra el Orden Económico*.
- Dávila Broncano, R. (2018). Mercado y conductas anticompetitivas. *Ius Et Praxis*, 117-137.
- DECRETO LEGISLATIVO 1034. (24 de Junio de 2008). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas. Lima, Perú.
- Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas. (2007). Lima.
- Deza Sandoval, T. (s/f). Análisis de las practicas colusorias horizontales contenidas en la Ley de represión de conductas anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 31-62.
- Diaz, O. (2003). *El Derecho de la Competencia Economica* . Mexico.
- Dino, C. C., & Reyna, L. M. (2016). *Cuestiones basicas del derecho penal economico y de la empresa*. lima: Jurista Editores E.I.R.L.



- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Fonseca Fortes Furtado, R. H. (2015). *Carteles económicos y Derecho penal (Tesis de posgrado de la Universidad Pompeu Fabra)*. Barcelona: S/E.
- Fonseca, R. H. (2015). *Carteles Económicos y Derecho Penal (Tesis Doctoral en la Universitat Pompeu Fabra)*.
- Fortes Furtado Fonseca, R. H. (2015). *Análisis coste-beneficio de los cárteles económicos de núcleo duro*. Madrid: S/E.
- Fragoso, E. (2004). Un poc de historia de a Internet y. *Revista CONAMED*, 30-35.
- Gagliuffi Piercechi, I. (S/F). La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón. *Revista de la competencia y propiedad intelectual*, 139-162.
- Gama Rojas, D. C. ((S/F)). *La cartelización empresarial y el rol estatal en la protección de la competencia: una perspectiva desde el derecho público (Tesis de Posgrado en la Universidad Santo Tomás de Bogotá)*. Bogotá: (S/E).
- García Cavero, P. (2014). *Deerecho Penal Económico - Parte General*. Lima: Jurista editores.
- García Cavero, P. (2014). *DERECHO PENAL ECONÓMICO*. Lima: JURISTA EDITORES E.I.R.L.
- García Cavero, P. (2015). *Derecho Penal Económico - Parte especial*. Lima: Instituto Pacifico .
- García Cavero, P. (06 de Julio de 2017). *Latin America Top Lawyer*. Obtenido de <https://latinamericantopladyer.com/2017/07/06/tlc-sin-derecho-penal/>
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ideas.
- Guía Jurídica PUCP. (s/f). *Prácticas Colusorias*.
- Guillem, M. V. (S/F). El derecho de la competencia. *S/N*, 167-206.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: MgGRAYW HILL / INTERAMERICANA EDITORES S.A.
- INDECOPI - Comisión de Defensa de la Libre Competencia. (2018). *Guía para combatir la concertación en las contrataciones públicas*. Lima: S/E.



- INDECOPI. (13 de Junio de 2020). *indecopi.gob.pe*. Obtenido de Indecopi.gob.pe: https://www.indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/inicio?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Fweb%2Fatencion-al-ciudadano%2Flibre-compet
- Jimenez La Iglesia, J., & Jimenez La Iglesia, J. M. (2009). Tipología de Restricciones Horizontales: Limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria. *S/N*, 164-190.
- Kresalja, B. (Abril de 2015). Deecho de la Competencia, Mercado y Globalización. (J. R. Terrazos, & J. Agreda, Entrevistadores)
- Mejias Rodriguez, C. A. (2015). El ambito de protección en el derecho penal económico. *IUS*, 58-75.
- Mier Hernández, J. A. (2013). *El control de las prácticas restrictivas de la competencia en el comercio internacional - una perspectiva latinoamericana (Tesis de Posgrado de la Universidad Complutense de Madrid)*. Madrid.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (1993). *Decreto Legislativo N°635 - Código Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía Práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*. Lima: Produgrafica E.I.R.L.
- Miranda Londoño, A., & Gutierrez Rodriguez, J. D. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. *Revista Boliviana de Derecho*, 215-267.
- Miranda, A., & Gutiérrez, J. D. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. *Revista Boliviana de Derecho*, 215-267.
- Nel Quesada, L. (2010). *Metodología de la Investigación*. Lima: Macro.
- Nettal Barrera, A. d., & Rodriguez Lozano, L. G. (2018). El derecho administrativo sancionador en el ambito disciplinario de la función pública. *Misión Jurídica*, 111-124.
- Nicole Roldán, P. (5 de Junio de 2020). *economipedia.com*. Obtenido de economipedia.com: <https://economipedia.com/definiciones/libre-competencia.html>
- Orantes, K. (05 de octubre de 2019). *estrategiaynegocios.net*. Recuperado el 14 de Marzo de 2020, de [estrategiaynegocios.net](https://www.estrategiaynegocios.net/): <https://www.estrategiaynegocios.net/centroamericaymundo/1324152-330/kevin-mitnick-de-hacker-a-mr-seguridad>



- Passanitti, D. (S/F). Estado y orden económico. *Enfoques*, 12-25.
- Patron Salinas, C. A. (S/F). Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de represión de conductas anticompetitivas. *Ius Et Veritas*, 122-144.
- Peña Cabrera Freya, A. R. (2013). *Derecho Penal Parte Especial - 2º edición*. Lima: Idemsa.
- Poder Ejecutivo - Decreto Legislativo N°1034. (24 de Junio de 2008). *Decreto Legislativo que aprueba la Ley de represión de conductas anticompetitivas*. Lima.
- Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo 701 Artículo 1. (05 de Noviembre de 1991). Obtenido de <http://www.sice.oas.org/compol/natleg/Peru/701.asp>
- Quintana Sanchez, E. (2015). Peligros en la Tipificación de recomendaciones como práctica anticompetitiva. *Ius Et Veritas*, 46-63.
- Quintana, E. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus organos resolutivos*. Lima: Q & P.
- Ramos Nuñez, C. (2007). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA. (30 de Noviembre de 2018). *rae.es*. Obtenido de [rae.es](https://dle.rae.es/?id=NpxaH7S): <https://dle.rae.es/?id=NpxaH7S>
- Resolución N° 0738-2017/SDC-INDECOPI, Expediente N°008-2010/CLC (Indecopi 27 de Diciembre de 2017).
- Rivas Tovar, L. A. (2017). *Elaboración de Tesis*. México: TRILLAS.
- Rodriguez Garcia, M. (02 de Enero de 2019). *AmbitoJurídico*. Obtenido de [AmbitoJurídico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8101): http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8101
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: B de F.
- Temperini, M. G. (2013). *conaiisi.unsl.edu.ar*. Recuperado el 14 de marzo de 2020, de [conaiisi.unsl.edu.ar](http://conaiisi.unsl.edu.ar/ingles/2013/82-553-1-DR.pdf): <http://conaiisi.unsl.edu.ar/ingles/2013/82-553-1-DR.pdf>
- Tiedemann, K. (1993). *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Barcelona: PPU.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 3315-2004-AA/TC (Constitucional 17 de Enero de 2005). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.pdf>



- Ugaz Sanchez Moreno, J., & Ugaz Heudebert, F. (2017). *Delitos económicos, contra la administración pública y la criminalidad organizada*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- Velasquez Elizarrarás, J. C. (2007). *El estudio de caso en las relaciones jurídicas internacionales – Modalidad de aplicación en el derecho internacional*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. A. (2017). *Derecho Penal Básico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Villejas, J. (2015). *Las leyes antitrust de los Estados Unidos de América contra los monopolios y las prácticas restrictivas de la competencia (Tesis de Posgrado presentada en la Universidad Complutense de Madrid)*. Madrid. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54581/1/5329913994.pdf>
- Winslow, T. (2004). *Derecho y Política de la Competencia en Perú*. Francia: OCDE .
- Winslow, T. (2014). *Derecho y Política de la Competencia en Perú*. Lima.
- Witker, J. (2003). *Derecho de la competencia económica en México*. Ciudad de México: Fondo editorial de la UNAM.
- Zarich, F. (2005). Propiedad Intelectual del Software. En F. ZARICH, *Derecho Informático* (págs. 23-35). Rosario - Argentina: Juris.



ANEXOS





ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TIPIFICACIÓN DE LAS PRACTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES COMO DELITO QUE AFECTA LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ						
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS DE TRABAJO	CATEGORIAS DE ESTUDIO	METODOLOGIA	TECNICA	UNIDAD DE ANALISIS Y MUESTRA
<p><u>General.</u> ¿Por qué se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú?</p> <p><u>Específicos.</u> - ¿De qué manera las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia en el Perú? - ¿Cuáles son las principales practicas colusorios horizontales sancionadas por el tribunal de Indecopi en el Perú? - ¿Cómo se regula las practicas colusorios horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado? - ¿Por qué es importante proteger el orden económico como bien jurídico?</p>	<p><u>General.</u> Explicar los fundamentos jurídico por los que se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú.</p> <p><u>Específicos.</u> - Describir la manera en que las practicas colusorias horizontales afectan la libre competencia en el Perú - Identificar las principales practicas colusorias horizontales sancionadas por el Tribunal de Indecopi en el Perú. - Describir la regulación de las practicas colusorias horizontales en el Perú y en el Derecho Penal Comparado - Explicar la importancia de proteger el orden económico como bien jurídico</p>	<p><u>General</u> Se debe tipificar las practicas colusorias horizontales como delito que afectan la libre competencia en el Perú, porque la afectación derivada de estas prácticas recae en un bien jurídico de trascendental importancia como es el Orden Económico; toda vez que, en nuestra legislación éste tipo de prácticas son sancionadas únicamente a nivel administrativo, sanción que, en algunas ocasiones, permite la reincidencia de este tipo de prácticas, perjudicando así la eficiencia de los mercados, la libertad económica y los derechos de los consumidores.</p>	<p><u>Categoría 1.</u> Practicas Colusorias Horizontales - Conceptos Preliminares - Tipos de Practicas Colusorias - Entidades Competentes - Autoridades competentes para conocer los casos de prácticas colusorias horizontales - Procedimiento sancionador - Regulación en el Derecho Comparado</p> <p><u>Categoría 2.</u> Libre competencia - Antecedentes - Contenido de la Libre Competencia - Régimen Económico - Orden Económico - Economía de Mercado - Derecho a la Libre Competencia - Antitrust - Carteles Empresariales</p>	<p><u>Enfoque de investigación:</u> Cualitativo: Puesto que el estudio se basa fundamentalmente en la descripción y la argumentación antes que en mediciones datos estadísticos. <u>Tipo de investigación:</u> (Según Clasificación del (Aranzamendi, 2015): Jurídica. Porque aborda un problema desde la perspectiva legal comparativa: Porque con este tipo de investigación se realizará un análisis de legislación comparada, orientada a la sancionar las practicas colusorias horizontales como delitos Propositiva Porque la investigación se orienta a elaborar una propuesta normativa.</p>	<p><u>Técnicas</u> - Análisis documental - Análisis normativo o legislativo - Análisis de casos <u>Instrumentos</u> a. Ficha de análisis documental - Ficha bibliográfica - Ficha hemerográfica - Ficha de información electrónica (internet). b. Ficha de análisis interpretativo normativo. c. Ficha de análisis de casos.</p>	<p><u>Unidad de Análisis Temático</u> La presente investigación enfoca su análisis en las dos categorías: Las Prácticas Colusorias Horizontales, y la Libre Competencia. Muestra no probabilística. Para la muestro no probabilística se ha considerado importante analizar la legislación comparada de 03 países, así como analizar 09 casos conocidos por el Tribunal de INDECOPI.</p>



ANEXO 02:

FICHA DE ANÁLISIS DE RESOLUCIONES

UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

PREGRADO EN DERECHO

**FICHA DE ANÁLISIS DE RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA COMISION Y EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA EN EL PERÚ**

N° de Expediente :
Practica Colusoria :
Denunciante :
Denunciado :

N° de Resolución	Fecha de emisión	ORDENA: sanción
Resumen de los hechos:		Principales fundamentos de la resolución

