

Nº 00049-OAJ/2020

A	:	DAVID VILLAVICENCIO FERNANDEZ GERENTE GENERAL (E)
CC	:	JESÚS EDUARDO GUILLÉN MARROQUÍN PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO (E)
ASUNTO	:	OPINIÓN SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 232 DEL CÓDIGO PENAL SOBRE EL DELITO DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
FECHA	:	7 de diciembre de 2020

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO ESPECIALISTA EN TEMAS DE INTERCONEXIÓN	STEFANI BLAS OCHOCHOQUE
	SUBDIRECTORA DE EVALUACIÓN Y POLÍTICAS DE COMPETENCIA	CLAUDIA BARRIGA CHOY
	COORDINADORA DE SECRETARÍA TÉCNICA	ADY GABRIELA LAU DEZA
REVISADO POR	DIRECTOR DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	LENNIN QUISO CORDOVA
	SECRETARIA TÉCNICA (e)	ZARET MATOS FERNÁNDEZ
APROBADO POR	JEFE DE OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA



I. OBJETO:

El presente informe tiene por objeto emitir opinión sobre el Proyecto de Ley que modifica el artículo 232 del Código Penal sobre el delito de Abuso de Posición de Dominio elaborado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ) (en adelante, "Proyecto de Ley sobre el delito de Abuso de Posición de Dominio").

II. ANTECEDENTES:


- 2.1 Con fecha 29 de agosto de 2020, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, Ley N° 31040 (en adelante, Ley N° 31040). Así, en el artículo 1 de la citada Ley se dispone lo siguiente:


"Artículo 1. Incorporación de los artículos 232 y 233 al Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635


Incorpóranse los artículos 232 y 233 al Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635, en los siguientes términos:


Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4".


- 
- 2.2 Con fecha 14 de octubre de 2020, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución N° 143-2020-CD/OSIPTEL mediante la cual el Consejo Directivo de OSIPTEL aprobó la "Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones" (en adelante, el Programa de Clemencia en Telecomunicaciones).

- 
- 2.3 Mediante Carta N° 1026-GG/2020, notificada el 21 de octubre de 2020¹, la Gerencia General del OSIPTEL comunicó a la Presidencia del Consejo de Ministros respecto a la distorsión que podría conllevar la aplicabilidad del artículo 1 de la Ley N° 31040 respecto a la efectividad del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones.

- 
- 2.4 Mediante Oficio N° D005713-2020-PCM-SC, recibido el 2 de noviembre de 2020, la Secretaria de Coordinación de la Presidencia de Consejo de Ministros trasladó el Informe N° D001371-2020-PCM-OGAJ elaborado por el Director de la Oficina General de Asesoría Jurídica.



Al respecto, en el referido Informe se indica, entre otros aspectos, que la formulación de la propuesta legislativa orientada a corregir la distorsión que podría producir la aplicabilidad del artículo 1 de la Ley N° 31040 en cuanto a la efectividad de los Programas de Clemencia, debe ser coordinado entre el OSIPTEL e INDECOPÍ.

- 
- 2.5 Con fecha 26 de noviembre de 2020, la Gerencia Legal del INDECOPÍ remitió² el "Proyecto de Ley sobre el delito de Abuso de Posición de Dominio" para comentarios del OSIPTEL.

¹ Vía correo electrónico.

² Vía correo electrónico.

III. ANÁLISIS:
3.1 Comentario preliminar: Sobre el rol del OSIPTEL en materia de libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones

En primer término, la Constitución Política del Perú recoge la responsabilidad del Estado en materia de políticas de competencia al señalar lo siguiente:

“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.”

En esa línea el artículo 6³ del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones) dispone que el Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones regulando el mercado de tal forma que se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas.

Al respecto, es relevante señalar que, conforme a los artículos 76 y 77 (numeral 1)⁴ del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) tiene un rol preponderante en velar por la libre y leal competencia que deben mantener las empresas operadoras que actúan en el segmento de mercado de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y garantizar la eficiencia de tales servicios para el bienestar de los usuarios.

En ese sentido, el propio ordenamiento jurídico sectorial, específicamente, el artículo 69⁵ del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, en concordancia con el artículo 6⁶ del Texto Único


3 Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 6.- El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.


4 Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 76.- La Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones será sustituida por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), que se encargará de regular el comportamiento de las empresas operadoras así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencias del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas.



Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

1). Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores finales, de difusión y de valor añadido.


5 Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.


6 Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones
Artículo 6.- Régimen de libre competencia

Los servicios de telecomunicaciones se prestan en un régimen de libre competencia. A tal efecto están prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales, entre otros, los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Los titulares de concesiones y autorizaciones, en ningún caso podrán aplicar prácticas monopólicas restrictivas de la libre competencia, que impidan una competencia sobre bases equitativas con otros titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones.

Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, dispone que se encuentran prohibidas las prácticas empresariales que afectan la libre competencia; entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Siendo ello así, conforme al literal e) del artículo 3⁷ de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 27332, al literal a) del artículo 78⁸ del TUO de la Ley de Telecomunicaciones en concordancia con el artículo 248⁹ de su Reglamento y el artículo 53¹⁰ del Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, este Organismo Regulador es el encargado de resolver controversias que surjan entre empresas prestadoras respecto al incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.

En atención a lo expuesto, es necesario destacar que, el artículo 36¹¹ de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL, Ley N° 27336, en concordancia con el artículo

⁷ **Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos**

Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
(...)

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

⁸ **Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones**

Artículo 78.- Además de lo señalado en el artículo precedente el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en los siguientes casos:

a.- Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia que esta Ley señala.

⁹ **Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**

Artículo 248.- Régimen de libre competencia.

Los servicios de telecomunicaciones se prestan en un régimen de libre competencia.

Corresponde a Osiptel supervisar el mercado de los servicios de telecomunicaciones y adoptar las medidas correctivas, que serán de cumplimiento obligatorio.

¹⁰ **Reglamento General del OSIPTTEL**

Artículo 53.- Controversias entre Empresas

OSIPTTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. En estos casos, antes de resolver la controversia en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar al INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

b) Las relacionadas con la interconexión en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.

c) Las relacionadas con el derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.

d) Las relacionadas con tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente.

e) Las relacionadas con aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.

f) Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

¹¹ **Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL**

Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa

Son competentes para resolver controversias:

a) En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.

b) En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable.

Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.



51¹² del Reglamento General del OSIPTTEL, prevé que las instancias competentes para resolver controversias son el Cuerpo Colegiado y el Tribunal de Solución de Controversias en primera y segunda instancia respectivamente.

Cabe agregar que, de acuerdo al artículo 50¹³ de la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTTEL, aprobado mediante Resolución N° 0094-2020-PD-OSIPTTEL, la Secretaría Técnica de Solución de Controversias es responsable de brindar apoyo técnico y administrativo a los Cuerpos Colegiados y al Tribunal de Solución de Controversias; para lo cual, conforme al artículo 51¹⁴ del referido Reglamento, dicha unidad orgánica tiene, entre otras funciones: a) Iniciar e instruir los procedimientos administrativos sancionadores y tramitar los expedientes, a través de las secretarías técnicas adjuntas, que se sometan a conocimiento de los Cuerpos Colegiados y del Tribunal de Solución de Controversias; y, b) realizar investigaciones preliminares con el fin de detectar o identificar posibles prácticas anticompetitivas o desleales que pudieran determinar el inicio de un procedimiento de oficio.

Bajo tales disposiciones normativas, una de las funciones del OSIPTTEL es mantener y promover una competencia efectiva y justa entre prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, facultándolo a resolver controversias ante el incumplimiento de las obligaciones de competencia a través de los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias, en primera y segunda instancia administrativa, respectivamente; siendo que, tales órganos resolutivos cuentan con el apoyo técnico y administrativo de la Secretaría Técnica de Solución de Controversias, la misma que coadyuva en el ejercicio idóneo de las funciones de este Organismo Regulador.

Inclusive, el rol que cumple el OSIPTTEL en materia de libre competencia no solamente se encuentra reconocido en disposiciones normativas de carácter sectorial dado que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM (en adelante, Ley de Libre Competencia) –que tiene el objeto de detectar y sancionar prácticas que sean contrarias a la libre competencia, a fin de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores– atribuye al OSIPTTEL la facultad de aplicar los alcances



¹² **Artículo 51.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función de Solución de Controversias.**

Los Cuerpos Colegiados resolverán en primera instancia las controversias que se encuentren bajo la competencia de OSIPTTEL. Las apelaciones serán resueltas por el TRIBUNAL, con lo que quedará agotada la vía administrativa.

¹³ **Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTTEL**

Artículo 50.- Secretaría Técnica de Solución de Controversias

La Secretaría Técnica de Solución de Controversias es responsable de brindar apoyo técnico y administrativo a los Cuerpos Colegiados, al Tribunal de Solución de Controversias y al Centro de Arbitraje.

¹⁴ **Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTTEL**

Artículo 51.- Funciones de la Secretaría Técnica de Solución de Controversias

Son funciones de la Secretaría Técnica de Solución de Controversias las siguientes:

- a) Brindar soporte técnico para el desarrollo de las actividades de los Cuerpos Colegiados, del Tribunal de Solución de Controversias y del Centro de Arbitraje.
- b) Gestionar los asuntos que se sometan a conocimiento de los Cuerpos Colegiados, del Tribunal de Solución de Controversias y del Centro de Arbitraje.
- c) Iniciar e instruir los procedimientos administrativos sancionadores y tramitar los expedientes, a través de las secretarías técnicas adjuntas, que se sometan a conocimiento de los Cuerpos Colegiados y del Tribunal de Solución de Controversias.
- d) Realizar investigaciones preliminares con el fin de detectar o identificar posibles prácticas anticompetitivas o desleales que pudieran determinar el inicio de un procedimiento de oficio.
- e) Recomendar la imposición de sanciones y/o medidas correctivas, según corresponda; o el archivo de los respectivos procedimientos iniciados, de ser el caso; en el marco de los procedimientos de solución de controversias o de incumplimiento de la normativa sobre libre y leal competencia.
- f) Recomendar a la Gerencia General, en base a los expedientes tramitados, medidas para promover la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y/o mejorar la regulación.
- g) Las demás funciones que le asigne su superior inmediato en el marco de sus competencias o aquellas que les corresponda por norma expresa.

referidos a la represión de las conductas anticompetitivas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, en los siguientes términos:

“Artículo 17.- Del OSIPTEL.-

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.”

[Subrayado agregado]

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.”

[Subrayado agregado]

Como puede advertirse, las disposiciones previstas en la Ley de Libre Competencia resultan aplicables por las instancias competentes del OSIPTEL encargadas de reprimir las conductas anticompetitivas en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) reconoce la importancia del rol del OSIPTEL en el sector de telecomunicaciones, bajo los siguientes términos:

“El Osiptel presenta una estructura similar a la del Indecopi, especialmente porque cuenta con órganos que gozan de competencia exclusiva en cuestiones de competencia y porque en su seno se da también una separación entre las facultades de investigación y de toma de decisiones”¹⁵.

[Subrayado agregado]

Atendiendo a lo expuesto, en aras de fortalecer la efectividad del “Proyecto de Ley sobre el delito de Abuso de Posición de Dominio” formulado por el INDECOPI, se considera necesario incluir en el referido Proyecto de Ley y en su Exposición de Motivos, la participación y las facultades a cargo del OSIPTEL como Agencia de Competencia y Organismo Público Especializado¹⁶ en el mercado de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Para tales efectos, nos remitimos a la fórmula legislativa propuesta contenida en el numeral 3.3 del presente Informe.

Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación se formulan comentarios específicos respecto al “Proyecto de Ley sobre el delito de Abuso de Posición de Dominio” formulado por el INDECOPI.

¹⁵ OCDE (2018) Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú. Pág.105. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>

¹⁶ Conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158 se dispone lo siguiente:

“Artículo 31.- Organismos Públicos Especializados

Los Organismos Públicos Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Reguladores.”



3.2 Comentarios específicos:

3.2.1 Sobre la tipificación del abuso de poder económico exclusivamente a los “cárteles”

Al respecto, este Organismo Regulador coincide con el INDECOPI en el sentido que la sanción penal únicamente aplique a conductas anticompetitivas de prohibición absoluta, es decir, a cárteles; en tanto dichas conductas son calificadas siempre como ilegales y no se encuentran sujetas a cuestionamientos referidos a análisis de eficiencias, como si sucede con el resto de prácticas colusorias horizontales y verticales que se encuentran sujetas a una prohibición relativa.

En efecto, las prácticas colusorias sujetas a prohibición relativa, tales como las colusiones verticales, no siempre constituyen prácticas anticompetitivas sancionables, toda vez que la agencia de competencia debe acreditar durante el procedimiento que dichas conductas generan efectos negativos sobre la competencia. Esto amerita que las autoridades de competencia deban realizar un análisis exhaustivo de eficiencias, pues prácticas de este tipo también son susceptibles de generar efectos positivos sobre el mercado, como consecuencia de un mejor aprovechamiento de sinergias propias de integraciones verticales, en cuyo caso no resultan sancionables.

Sin embargo, las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta, como los cárteles tienen carácter ilegal “*per se*” en tanto, para verificar la existencia de la infracción administrativa, basta con que se tenga las pruebas suficientes que demuestren la existencia de la conducta.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que las prácticas colusorias horizontales, específicamente los cárteles, son las más nocivas a la competencia, pues la anula por completo, y su afectación no sólo implica precios elevados, sino también calidad reducida, desincentivos a la inversión y a la innovación, generando mayores perjuicios para la sociedad que cualquier otra práctica colusoria.

3.2.2 La conducta de abuso de posición de dominio no es una práctica sancionada penalmente

Sobre el particular, considerando una investigación realizada por la OCDE en cincuenta y cinco (55) países se detectó lo siguiente: (i) diecinueve (19) de los países que cuentan con normas de competencia en su ordenamiento jurídico no se prevé sanción penal para conductas anticompetitivas; (ii) diez (10) de los países contemplaban la posibilidad de sancionar penalmente a los infractores solo en casos de licitaciones colusorias (en tanto perjudican al Estado); y, (iii) veintiséis (26) países sí contemplaban la facultad para sancionar a las empresas por cárteles, es decir cárteles por fijar precios, restringir la producción o repartirse clientes o mercados de manera coordinada y las licitaciones colusorias¹⁷.

Sin embargo, la sanción penal por una conducta de abuso de posición de dominio es inusual o prácticamente inexistente alrededor del mundo. De esta manera, es importante resaltar que más de cien (100) países en el mundo poseen políticas de competencia¹⁸;

¹⁷ OECD (2020), Competition Trends 2020, p. 18. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>.

¹⁸ Hylton, K. N., 2006. *Antitrust Around the World: An Empirical Analysis of the Competition Laws and Their Effects*. P 2. Disponible en: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/documents/hyltonk-dengf120806_001.pdf.



sin embargo, actualmente solo dos (2) países están facultados bajo su legislación para imponer sanciones penales por prácticas de abuso de posición de dominio: Japón y Taiwán.

En el caso de Japón, se requiere un informe previo de la Japan Fair Trade Commission (JFTC), el equivalente al INDECOPI o al OSIPTEL (en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones), para poder investigar esta práctica en el sistema judicial y, en la realidad, no ha perseguido una práctica de abuso de posición de dominio con posibles sanciones penales. De manera similar, en Taiwán solo es considerada la imposición de este tipo de sanciones en casos de reincidencia¹⁹. Por lo tanto, incluso en los países donde la sanción penal es posible por conductas de abuso de posición de dominio, la utilización de esta herramienta es en la práctica inexistente.

En este sentido, es claro que la sanción penal por estas conductas –esto es, abuso de posición de dominio– no es usual en el mundo y, si existe alguna sanción penal por infracción a la normativa de libre competencia, esta corresponde a infracciones por cárteles de precios, restricción de la producción, reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas y licitaciones colusorias, e incluso en un número importante de países solo se contempla la posibilidad de imponer una sanción penal en este último caso.

3.2.3 Sobre la experiencia del OSIPTEL en materia de libre competencia

La experiencia del OSIPTEL en análisis de competencia ex post, ha sido principalmente sobre conductas anticompetitivas de prohibición relativa, es decir, en conductas de abuso de posición de dominio. Ello, dado que el mercado de telecomunicaciones presenta una estructura que facilita este tipo de conductas, considerando que en dicho segmento existen pocas empresas y con gran poder de mercado; y, en consecuencia algunas pueden ostentar posición de dominio y verse incentivadas a abusar de él para afectar a sus competidores, entorpeciendo su desenvolvimiento en el mercado o evitando que ingresen a operar al mercado e, inclusive generando la salida de empresas competidoras.

Sin embargo, atendiendo a la naturaleza de la estructura del mercado de telecomunicaciones, es común que existan conductas que a primera impresión parezcan anticompetitivas, pero que luego de analizarlas, se descubre que no lo son, debido a que los efectos que genera son, en neto, positivos.

Al respecto, cabe mencionar conductas tales como: las ventas empaquetadas –práctica comercial habitual en el mercado de telecomunicaciones– podrían generar ventajas competitivas a empresas operadoras multiproducto que están en la capacidad de ofrecer este tipo de paquetes, y afectar a aquellos competidores que no están en dicha capacidad. No obstante, por otro lado, este tipo de práctica genera beneficios para los consumidores, toda vez que el precio del paquete suele ser menor a la suma de los precios individuales de los servicios que componen dicho paquete.

En ese sentido, este tipo de prácticas deben ser analizadas exhaustivamente para determinar si han sido llevadas a cabo por empresas con posición de dominio y si han generado efectos negativos sobre la competencia.

¹⁹ OECD (2006), Remedies and sanctions in abuse of dominance cases. p 128 y 189. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/38623413.pdf>.



Así, cabe señalar que en concordancia con la jurisprudencia del INDECOPI, en el OSIPTEL los casos de prohibición relativa (a diferencia de los casos analizados bajo la regla “per se”) han presentado diferencias de criterios entre el análisis a cargo de la primera y segunda instancia, esto es, el Cuerpo Colegiado y el Tribunal de Solución de Controversias, respectivamente. A modo de ejemplo, se presentan los siguientes casos:

✓ Caso 1: Abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes

Sobre el particular, el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra América Móvil S.A.C. (en adelante, América Móvil), por la presunta conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes en el mercado relevante definido como el de acceso a la red de América Móvil para el origen de llamadas de larga distancia internacional (LDI) a través del sistema de llamada por llamada (LLxLL) a nivel nacional.

La resolución final en primera instancia administrativa fue emitida en enero de 2015 y declaró fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra América Móvil, por abuso de posición de dominio.²⁰ Cabe señalar que la conducta de América Móvil era llevada a cabo a través de dos tarifas para llamadas LDI, la Promoción Prepago 1912 y la Tarifa Especial a Números frecuentes, que aplicaban a los principales destinos internacionales. Estas tarifas estaban presuntamente estrechando los márgenes de los competidores de América Móvil en el mercado de llamadas LDI desde teléfonos móviles a través del sistema de LLxLL, tales como los carriers Convergía y Americatel, por ejemplo, los mismos que debían acceder a la plataforma de pago de América Móvil.

Sin embargo, América Móvil interpuso un recurso de apelación contra la mencionada resolución, la misma que fue resuelta en segunda instancia administrativa, y declarada fundada, revocando la resolución de primera instancia administrativa. En dicha resolución se determinó que el análisis realizado por el Cuerpo Colegiado no fue suficiente para determinar la existencia de la conducta de estrechamiento de márgenes a través de sus tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números frecuentes, toda vez que para ello hubiera sido preciso ponderar los márgenes de ganancia calculados por destino, análisis que no se realizó pues se requería información del tráfico LDI por destino, la cual no obraba en el expediente.²¹

✓ Caso 2: Abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada

De otro lado, en el año 2011, el Cuerpo Colegiado inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador en contra de Telefónica del Perú por la presunta conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, debido a que esta empresa no permitía la contratación del servicio de internet ADSL solo, sino que supeditaba la compra del mismo a la contratación del servicio de telefonía

²⁰ Resolución del Cuerpo Colegiado N° 023-2015-CCO/OSIPTEL, aprobada el 23 de enero de 2015. Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/exp010-2013-cc/Res023-2015-CCO-Exp003-2013.pdf>

²¹ Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 006-2017-TSC/OSIPTEL, aprobado el 31 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/exp010-2013-cco-st-ic/Resol006-2017-TSC-OSIPTEL.pdf>



fija. Así, mediante Resolución 017-2012-CCO/OSIPTEL²², el Cuerpo Colegiado decidió sancionar a Telefónica con una multa de 492.21 UIT y dictó una medida correctiva que consistía en ofrecer el servicio de “Internet ADSL solo” en un plazo de 3 meses. Sin embargo, el Tribunal de Solución de Controversias revocó en parte dicha decisión, mediante la Resolución 004-2013-TSC/OSIPTEL²³, toda vez que redujo el mercado relevante únicamente a la tecnología ADSL, separó el mercado geográfico a Lima y el resto del país, redujo la multa a 407 UIT, y amplió el plazo para cumplir con la medida correctiva de 3 a 7 meses.

En ese sentido, se advierte que, al igual que en los casos invocados por el INDECOPI, las instancias administrativas del OSIPTEL no siempre tienen criterios similares para analizar las conductas de abuso de posición de dominio, siendo que el Tribunal de Solución de Controversias, en su calidad de segunda instancia, puede determinar que una conducta que calificada por el Cuerpo Colegiado como abuso de posición de dominio no ostente dicha condición y, en consecuencia, revoque la sanción impuesta.

Por lo tanto, atendiendo al artículo 232²⁴ del Código Penal vigente, se colige que iniciar un proceso penal respecto a una práctica de abuso de posición de dominio, la cual puede ser revertida en segunda instancia de la Autoridad de Competencia; e, inclusive sin contar con el pronunciamiento previo y firme de dicha Autoridad, resulta claramente peligroso en los intereses y derechos de los administrados.

3.2.4 Sobre la importancia de mantener la efectividad de los Programas de Clemencia

Los programas de clemencia son instrumentos empleados por diversas agencias de competencia en el mundo, con la finalidad de incentivar a empresas a revelar información sobre la existencia de prácticas anticompetitivas desarrolladas por agentes económicos, que de otro modo se mantendrían en secreto, generando los efectos dañinos que este tipo de conductas ocasionan en los mercados. A cambio del aporte de información relevante para la detección y acreditación de la existencia de estas prácticas anticompetitivas, los agentes pueden acceder a beneficios de exoneración o reducción de las multas que les resultarían aplicables en otro contexto.

Bajo esas condiciones, si con un programa de clemencia se pretende incentivar a empresas a revelar información sobre la existencia de cárteles, resulta necesario garantizar transparencia y predictibilidad en el tratamiento de las solicitudes de exoneración o reducción de sanción que presenten los agentes involucrados, dado que de lo contrario podría no lograrse el efecto deseado.

Ello amerita que en el sistema penal existan reglas que no limiten o que generen vacíos legales respecto a la aplicabilidad de los Programas de Clemencia, sino que promuevan el uso de dicho instrumento armonizándolo con las disposiciones contempladas en el sistema administrativo para una eficaz persecución de los cárteles.

²² Disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info_empresas/Solucion_controversias/Res017-2012-CCO.pdf

²³ Disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info_empresas/Solucion_controversias/Res004-2013-TSC.pdf

²⁴ **Código Penal**
Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4”.



Por ello, concordamos con la propuesta de Indecopi respecto a que los beneficios otorgados dentro de un sistema de clemencia en sede administrativa a cargo de las Autoridades de Competencia -esto es, en el OSIPTEL o INDECOPI- debe ser considerados en sede penal; lo cual es consistente con lo propuesto en otros países, como Reino Unido, Chile, Brasil y México.

En dicho sentido, Wils refiere en su artículo "Is Criminalization of EU Competition Law The Answer?"²⁵ que la introducción de la imposición de sanciones penales debe ser congruente con la Política de Clemencia de prácticas anticompetitivas, pues de lo contrario se eliminaría el éxito de esta última.

No obstante, si bien OSIPTEL ha aprobado recientemente su Programa de Clemencia en Telecomunicaciones, esta institución considera que, si no se prevé inmunidad en sede penal para cárteles, la efectividad de dicho Programa podría ser completamente nulo, toda vez que aunque el solicitante pueda obtener reducción o exoneración de la sanción en sede administrativa, su delación lo afectaría gravemente, pues recibiría una sanción penal.

En ese sentido, el OSIPTEL concuerda con el INDECOPI, en relación a que se prevea inmunidad en sede penal para cárteles, a fin de no afectar la efectividad del Programa de Clemencia. Así, es preciso que la norma reconozca expresamente beneficios en sede penal a los colaboradores que se hayan acogido al Programa de Clemencia y hayan cumplido con los requisitos necesarios para hacerse acreedores de una eventual exoneración o reducción de sanción administrativa.

Finalmente, el OSIPTEL coincide con INDECOPI en el sentido de mantener la coordinación constante entre el Ministerio Público y la Agencia de Competencia (esto es, INDECOPI u OSIPTEL) en aras de garantizar la aplicabilidad del Programa de Clemencia, la misma que constituye la herramienta más exitosa para detectar cárteles alrededor del mundo.

3.3 Fórmula legislativa propuesta:

Considerando los comentarios expuestos en el presente informe y el rol del OSIPTEL en su calidad de Agencia de Competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, se propone el siguiente texto:

"Artículo 232.- Abuso de poder económico

1.- *El que, infringiendo la ley de la materia, incurre en acuerdos anticompetitivos o prácticas concertadas sujetas a una prohibición absoluta con el objeto o efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.*

2.- *Para que el Ministerio Público inicie la investigación preparatoria, la existencia de la práctica colusoria debe haber sido establecida por resolución administrativa firme del órgano competente del INDECOPI u **OSIPTEL**.*

25

Wouter P.J. Wils, 2006. "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?," Chapters, in: Katalin J. Cseres & Maarten Pieter Schinkel & Floris O.W. Vogelaar (ed.), Criminalization of Competition Law Enforcement, chapter 4, Edward Elgar Publishing.



3.- El Ministerio Público, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria previo informe favorable y debidamente motivado de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI o la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL.

4.- Los beneficios de exoneración y reducción de sanción establecidos por el Decreto Legislativo N° 1034 o la norma que lo sustituya, se harán también efectivos sobre las penas privativas de libertad previstas en el presente artículo, debiendo los beneficiarios mantener su colaboración con la investigación del Ministerio Público.

5.- La información obtenida en base a la colaboración con la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Competencia o la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados mantendrá su carácter reservado en sede penal, de ser el caso.

6.- Cuando lo consideren necesario, el Juez o el Fiscal podrán solicitar la asistencia técnica de la secretaria Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia o la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados en lo concerniente al procedimiento tramitado ante el INDECOPI u OSIPTEL.”

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA.- Asistencia técnica entre el INDECOPI, OSIPTEL y el Ministerio Público
El INDECOPI, el OSIPTEL y el Ministerio Público se brindarán asistencia técnica mutua para la mejor aplicación del artículo 232 del Código Penal, pudiendo desarrollar acciones de capacitación vinculadas con los temas de sus respectivas competencias, así como suscribir memorandos de entendimiento, entre otros.

[El texto subrayado y con énfasis constituyen los cambios propuestos por el OSIPTEL]

IV. CONCLUSIONES

4.1 Conforme a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL y el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el OSIPTEL –en su calidad de Agencia de Competencia y Organismo Público Especializado– tiene como función mantener y promover una competencia efectiva y justa entre prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, facultándolo a resolver controversias ante el incumplimiento de las obligaciones de competencia.

En ese sentido, en aras de fortalecer la efectividad del “Proyecto de Ley sobre el delito de Abuso de Posición de Dominio” formulado por el INDECOPI, se considera necesario incluir en el referido Proyecto de Ley y en su Exposición de Motivos, la participación del OSIPTEL a través de los órganos resolutivos competentes y la unidad orgánica respectiva, esto es, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados.

4.2 Este Organismo Regulador coincide con el INDECOPI en el sentido que la sanción penal únicamente aplique a conductas anticompetitivas de prohibición absoluta, es decir, a cárteles; en tanto dichas conductas son calificadas siempre como ilegales y no se encuentran sujetas a cuestionamientos referidos a análisis de eficiencias, como si sucede con el resto de prácticas colusorias horizontales y verticales que se encuentran sujetas a una prohibición relativa.



- 4.3 En concordancia con la jurisprudencia del INDECOPI, las conductas anticompetitivas sujetas a prohibición relativa han presentado diferencias de criterios entre el análisis a cargo de la primera y segunda instancia del OSIPTEL, esto es, el Cuerpo Colegiado y el Tribunal de Solución de Controversias.
- 4.4 Atendiendo al artículo 232 del Código Penal vigente, se colige que iniciar un proceso penal respecto a una práctica de abuso de posición de dominio, la cual puede ser revertida en segunda instancia de la Autoridad de Competencia; e, inclusive sin contar con el pronunciamiento previo y firme de dicha Autoridad, resulta claramente peligroso en los intereses y derechos de los administrados.
- 4.5 Este Organismo Regulador concuerda con el INDECOPI, en relación a que se prevea inmunidad en sede penal para cárteles, a fin de no afectar la efectividad del Programa de Clemencia. Así, es preciso que la norma reconozca expresamente beneficios en sede penal a los colaboradores que se hayan acogido al Programa de Clemencia y hayan cumplido con los requisitos necesarios para hacerse acreedores de una eventual exoneración o reducción de sanción administrativa.
- 4.6 Este Organismo Regulador comparte la posición del INDECOPI en el sentido de mantener la coordinación constante con el Ministerio Público; ello, en aras de garantizar la aplicabilidad del Programa de Clemencia, la misma que constituye la herramienta más exitosa para detectar cárteles alrededor del mundo.

V. RECOMENDACIÓN

Conforme a lo expuesto, se recomienda remitir el presente informe a la Gerencia Legal del INDECOPI a efectos que se incorpore nuestros comentarios en la propuesta legislativa que modifica el artículo 1 de la Ley N° 31040; y, en consecuencia, se cumpla con lo señalado por la Presidencia del Consejo de Ministros.

Atentamente,

