

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LA APROBACIÓN DE LA GUÍA DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN TELECOMUNICACIONES

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.”

Este mandato constitucional se encuentra recogido actualmente en 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.

Esta misma norma atribuye al OSIPTEL la facultad de aplicar los alcances referidos a la represión de las conductas anticompetitivas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, en los siguientes términos¹:

“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.”

“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.”

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. En ese sentido, las modificaciones introducidas mediante el Decreto Legislativo N° 1205², que impulsan la implementación del programa de clemencia como herramienta para detectar y sancionar la existencia de prácticas anticompetitivas, resultan igualmente aplicables por el OSIPTEL en el mercado de telecomunicaciones.

¹ La atribución de esta competencia también se encuentra prevista en los artículos 69 y 78 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC y en el artículo 26 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

² Decreto legislativo que modificó el Decreto Legislativo N° 1034, que aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicada el 23 de setiembre de 2015.



En el marco de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1205, se reconoció la posibilidad de dictar lineamientos que establezcan plazos, reglas y condiciones o restricciones particulares para la mejor implementación del programa de clemencia³. Teniendo en cuenta lo expuesto, en el marco de sus competencias, el OSIPTEL cuenta con atribución legal para aprobar la Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones (en adelante, la Guía).

En ese sentido, la aprobación de una guía o lineamientos para la implementación del programa de clemencia en el mercado de telecomunicaciones se enmarca en los alcances del mandato constitucional de promoción y vigilancia de la libre competencia y guarda correspondencia con las demás disposiciones legales que regulan la actuación del OSIPTEL como agencia de competencia en el mercado de telecomunicaciones.

II. LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

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 contar con lineamientos o guías que detallen los plazos, las reglas a las que se someten los agentes al revelar información sobre la existencia de cárteles y las condiciones o restricciones para el otorgamiento de los beneficios que ofrece el programa de clemencia.

En atención al marco normativo vigente, mediante Resolución N° 059-2017/CLC-INDECOPI, el INDECOPI aprobó una Guía del Programa de Clemencia⁴. Sin embargo, los alcances de este documento no comprenden las prácticas colusorias que puedan producirse en el ámbito de actuación del OSIPTEL, lo que justifica la aprobación de la Guía, con los alcances que se explican más adelante.

Es importante considerar que la aprobación de una guía del programa de clemencia, aplicable para el mercado de telecomunicaciones, también se encuentra alineada a las recomendaciones específicas formuladas por organismos multilaterales. Así, puede destacarse que recientemente se ha publicado un documento de estudio de la política de competencia en el Perú, con la contribución de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en

³ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 26.- Exoneración de sanción.-

(...)

26.7. La Comisión podrá expedir Lineamientos estableciendo plazos, reglas y condiciones o restricciones particulares para la mejor aplicación del presente artículo.”

⁴ La Guía del Programa de Clemencia aprobada por el INDECOPI fue publicada en El Peruano el 31 de agosto de 2017.



el que se recomienda que el OSIPTEL apruebe un programa de clemencia para el mercado de telecomunicaciones⁵.

III. SUSTENTO DE LA APROBACIÓN DE LA GUÍA

3.1 El programa de clemencia en la legislación peruana

Originalmente, el Decreto Legislativo N° 701 no contenía disposiciones que faciliten la detección de prácticas anticompetitivas por medio de programas de clemencia. Posteriormente, mediante Decreto Legislativo 807⁶, se agregó un párrafo al artículo 20 del Decreto Legislativo N° 701, a fin de incorporar un esquema de compromiso de exoneración de responsabilidad.

La Ley de Libre Competencia pretendía otorgar incentivos suficientes a los integrantes de un cártel con la finalidad de que opten por confesar y revelar la existencia del acuerdo, antes de ser sancionados por su participación. Asimismo, se asumió que la existencia de un sistema eficaz de clemencia podría generar incluso desincentivos en la formación de cárteles.

Pese a los cambios introducidos al programa de clemencia contemplado en la Ley de Libre Competencia, se consideró que resultaba necesario fortalecer esta herramienta a través de una revisión integral de sus alcances. Por ello, en el año 2015 se aprobó el Decreto Legislativo N° 1205, que introdujo considerables mejoras en la regulación del programa de clemencia, incluyendo mayores precisiones sobre sus alcances, requisitos, beneficios, tratamiento, procedimiento e incluso plazos.

Las disposiciones aprobadas mediante el Decreto Legislativo N° 1205 se encontraban dirigidas a garantizar la eficacia de la política de la competencia y a maximizar la detección y represión de los cárteles, que afectan con mayor gravedad el proceso competitivo y el bienestar los consumidores, en especial las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta. Claramente se puede notar diferencias con las disposiciones normativas anteriores, en tanto el Decreto Legislativo N° 1205 se focaliza directamente en la implementación efectiva del programa de clemencia como principal herramienta para combatir las prácticas colusorias.

La introducción de las modificaciones a la regulación del programa de clemencia tenían dos finalidades: (i) establecer reglas mucho más claras para el trámite de las solicitudes de exoneración o reducción de sanciones; y, (ii) maximizar los incentivos para que los agentes económicos que incurrir en prácticas anticompetitivas puedan acogerse al sistema de clemencia colaborando con las autoridades de competencia en la detección, investigación y sanción de este tipo de conductas.

3.2 Implementación de la Guía en el Perú

La aprobación de una guía del programa de clemencia para la industria de servicios públicos de telecomunicaciones busca asegurar una implementación exitosa de dicho programa, con el consiguiente impacto en la detección de cárteles y, en general, de cualquier otra práctica colusoria en los mercados que supervisa el OSIPTEL.

Si bien la aprobación de una guía de clemencia contribuye a su adecuada implementación en el mercado, en tanto aporta transparencia y predictibilidad en la

⁵ OCDE, *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú*, 2018.

⁶ Publicado el 18 de abril de 1996.



evaluación de las solicitudes de acogimiento que puedan presentar los agentes económicos, su desarrollo óptimo también requiere la definición de un sistema de multas que realmente sea disuasiva, junto con una efectiva labor de monitoreo y supervisión del mercado a fin de incrementar la percepción de detección de prácticas colusorias.

De este modo, la generación de la percepción de riesgo de detección de las prácticas colusorias puede encontrarse dentro de los alcances de las funciones atribuidas a la autoridad de competencia y su efectiva ejecución se encuentra relacionada con la asignación de recursos suficientes (económicos, tecnológicos y humanos) que permitan un eficaz y oportuno monitoreo del mercado desde el punto de vista del cumplimiento de las normas que garantizan la libre competencia en el mercado de telecomunicaciones.

3.3 Principales alcances de la Guía

3.3.1 Beneficios otorgados y asignación de marcadores

El sistema de clemencia previsto actualmente en la legislación peruana reconoce la posibilidad de obtener dos tipos de incentivos dirigidos a los agentes que desarrollan conductas anticompetitivas que se encuentren comprendidas dentro de sus alcances: la exoneración y la reducción de la sanción que les resultaría aplicable de no delatar su existencia.

La exoneración garantiza al beneficiario la inaplicabilidad de la sanción de multa impuesta. Es posible acceder a este beneficio si el solicitante es el primero en aportar la información que permita identificar la existencia de infracción a la legislación de libre competencia; sin embargo, es necesario considerar la oportunidad en la que el solicitante presenta la información, dado que no es lo mismo presentar la información revelando la existencia de una práctica anticompetitiva antes que la autoridad cuente con indicios sobre ella que hacerlo después. El beneficio en ambos casos no puede ser el mismo.

El incentivo de las empresas involucradas en un posible cártel para revelar su existencia puede resultar mayor cuando advierten que la autoridad viene investigando el mercado en el que operan y cuenta con indicios sobre la existencia de la práctica colusoria. En dicho escenario, ese incentivo debe ser inversamente proporcional al beneficio de exoneración que puede ofrecer el sistema de clemencia, dado que de lo contrario se permitiría otorgar el mismo beneficio (exoneración) al solicitante que aporta elementos cuando la autoridad no cuenta con elemento alguno sobre el cártel, que cuando cuenta con indicios de la práctica anticompetitiva.

Por ello, el beneficio de exoneración del 100% de la multa correspondiente a la sanción por infracción solo resulta aplicable si la autoridad no cuenta con información o indicios de la existencia del cártel. Si la autoridad cuenta con indicios, entonces podrá otorgarse el beneficio de exoneración entre el 50% y el 100% de la multa correspondiente a la sanción en función a la evaluación que corresponda realizar en cada caso. Este esquema se ajusta al contenido en la Guía del Programa de Clemencia del INDECOPI.

Si son varios los agentes que solicitan acogerse al sistema de clemencia, solo el primero puede obtener la exoneración de la sanción, mientras que los siguientes se someten a los beneficios de reducción establecidos en los siguientes rangos:



Orden de prelación	Beneficio (reducción)
Segundo solicitante	30% - 50%
Tercer solicitante	20% - 30%
Subsiguientes	Hasta 20%

3.3.2 Deber de colaboración o cooperación con la autoridad y compromiso de otorgamiento de beneficios

Un factor determinante en el éxito de un programa de clemencia es el compromiso de colaboración que debe asumir el solicitante. En general, los programas de clemencia implementados por las autoridades de competencia de diversos países recogen los alcances del deber de colaboración en términos similares con ciertas particularidades, pero concentrándose en el aporte de evidencia sobre la existencia de las conductas anticompetitivas no solo al momento de presentar la solicitud, sino incluso durante el desarrollo de la investigación y la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

En el Perú, la Ley de Libre Competencia señala que la autoridad de competencia establece los alcances del deber de colaboración y su cumplimiento resulta exigible desde la suscripción del compromiso de otorgamiento del beneficio de exoneración o reducción de sanción.

El compromiso de otorgamiento de beneficio es un acuerdo que suscribe la autoridad que conduce la investigación de posibles infracciones a las normas de libre competencia y el agente que pretende acceder al beneficio de exoneración o reducción que ofrece el sistema de clemencia. El contenido mínimo indispensable comprende el beneficio que podría otorgarse al solicitante a partir de la evaluación de la oportunidad e información aportada, el deber de colaboración a cargo del interesado y la responsabilidad de custodia y reserva a cargo de la autoridad de competencia.

3.3.3 Extensión del beneficio de exoneración y reducción

Los programas de clemencia consideran necesario comprender dentro de los alcances del beneficio otorgado al solicitante y también a sus funcionarios e incluso a los ex funcionarios. Este esquema no es nuevo ni exclusivo, sino también se aprecia en otros sistemas. Así, el beneficio que una empresa obtenga al acogerse al programa de clemencia de los Estados Unidos también puede comprender a los directores, ejecutivos y empleados en tanto reconozcan estar involucrados en la comisión de conductas anticompetitivas e incluso a los ex ejecutivos. Lo mismo ocurre en Brasil, donde se reconoce que si una empresa pretende acogerse al sistema de clemencia, el beneficio puede extenderse a los actuales o anteriores directores, administradores y empleados.

El beneficio que ofrece el programa de clemencia de Brasil también puede comprender a las compañías del mismo grupo económico y no limitarse exclusivamente al solicitante y sus funcionarios. Este esquema también ha sido acogido en la Guía del Programa de Clemencia del INDECOPI. La justificación de la inclusión de empresas de un grupo económico guarda relación con la orientación de las políticas comerciales que finalmente se ejecutan en conjunto.

3.3.4 Conductas anticompetitivas comprendidas en el programa de clemencia

Los programas de clemencia se encuentran orientados a incentivar la delación de prácticas colusorias horizontales de prohibición absoluta, a las que la literatura especializada suele denominar cárteles de núcleos duro (*hard core cartels*). En ese



sentido, la Guía en este caso también considera dentro de sus alcances a las mencionadas prácticas anticompetitivas de prohibición absoluta.

Este alcance es similar al contenido en la Guía del Programa de Clemencia del INDECOPI, por lo que, aplicando el mismo marco legal, se justifica mantener un criterio de predictibilidad frente a los administrados.

3.3.5 El ejercicio de coerción sobre los demás integrantes de la actividad ilícita

El agente que ha ejercido coerción para la ejecución de un cártel o de cualquier otra práctica colusoria no puede acceder al beneficio definitivo de exoneración de sanción. El propósito de esta restricción es evitar la conducta oportunista del agente infractor que pretenda beneficiarse con la exoneración de la sanción, luego de haber tenido un rol decisivo en la materialización de la conducta anticompetitiva.

3.3.6 Predictibilidad para el otorgamiento del beneficio definitivo

De acuerdo a la Guía, una vez presentada la solicitud de exoneración o reducción, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados se encontrará facultada a establecer las condiciones del acuerdo de colaboración o compromiso de exoneración o reducción de sanción con el solicitante. En este documento se deben incorporar las obligaciones que asume el solicitante del beneficio durante toda la etapa de investigación y tramitación del procedimiento administrativo sancionador, hasta la emisión de la resolución final que se pronuncie sobre la existencia de infracción.

El mismo documento debe recoger los alcances del beneficio que se ofrece otorgar al solicitante (exoneración o reducción) a cambio de la información que proporcione para detectar y acreditar la existencia de una infracción a las normas de libre competencia. Los alcances del compromiso de otorgamiento del beneficio (exoneración o reducción), requieren ser ratificados por el Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL (CCP), previa opinión de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO).

A fin de dotar de seguridad a los agentes que solicitan acogerse al programa de clemencia, la Guía precisa que solo en dos supuestos se puede denegar el otorgamiento del beneficio definitivo a favor del solicitante: (i) cuando se advierte que ejerció coerción para el desarrollo de la práctica colusoria; y, (ii) si se verifica que no cumplió con el deber de colaboración durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

3.3.7 Régimen de confidencialidad

En línea con la amplia experiencia internacional, se considera necesario garantizar el tratamiento confidencial de la identidad del colaborador y de la información que proporcione a la autoridad de competencia. La finalidad de este régimen es proteger al colaborador de posibles represalias por su colaboración en la investigación y detección de la práctica anticompetitiva, así como evitar que la información aportada pueda exponerlo a un escenario en el que no colaborar hubiera resultado más atractivo.

3.4 Tratamiento procedimental contenido en la Guía

Con relación a la parte procedimental de la guía, se ha considerado conveniente estructurar el programa de clemencia en cuatro (4) fases a fin de permitir una revisión ágil, simplificada y accesible, que facilite su revisión a los interesados en aportar información a la autoridad de competencia:



- (i) Fase I: Presentación de la solicitud de beneficio.
- (ii) Fase II: Presentación de la evidencia del cártel.
- (iii) Fase III: Suscripción de compromiso de otorgamiento de beneficio.
- (iv) Fase IV: Otorgamiento de beneficio definitivo.

IV. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO DE LA GUÍA

Es importante precisar que esta evaluación se concentra únicamente en determinar la pertinencia de aprobar una guía que permita implementar el programa de clemencia en el mercado de telecomunicaciones. Es decir, no es objeto de evaluación la necesidad de aprobar el régimen de exoneración o reducción de sanciones por infracción a las normas de libre competencia, dado que esa discusión se encuentra resuelta a nivel legislativo, en tanto la vigente Ley de Libre Competencia reconoce el uso de esta herramienta de política de competencia.

La implementación de los programas de clemencia revela su importancia como herramienta para detener y prevenir conductas lesivas para los consumidores y la eficiencia económica en general. En ese sentido, los beneficios que pueden ofrecer este tipo de programas son considerablemente altos frente a los costos que representa su implementación.

La aprobación de la Guía no establece nuevas obligaciones sobre las empresas, sino delimita los alcances del ámbito de la aplicación de un procedimiento, que actualmente se encuentra establecido en la Ley de Libre Competencia, a fin de hacer efectiva una herramienta que puede contrarrestar la comisión de prácticas anticompetitivas. Desde este punto de vista, podrá advertirse que mediante la Guía no se busca intervenir en la actuación de los agentes del mercado, generando costos que podrían reflejarse frente a propuestas de otra naturaleza, como el dictado de disposiciones regulatorias o mediante la fijación de tarifas o cargos de interconexión, sino viabilizar el uso de una herramienta eficaz para contrarrestar la existencia de cárteles.

La aprobación de la Guía eventualmente podría generar costos de carácter administrativo al propio OSIPTEL, considerando un posible incremento de la casuística a partir de la aplicación del programa de clemencia en el mercado de telecomunicaciones, aunque se estima que la atención podría ser cubierta por el personal y la infraestructura con la que actualmente cuenta el OSIPTEL. No obstante ello, en caso sea necesario ampliar la capacidad de la STCCO para la atención de estas funciones, podría proponerse la asignación de mayores recursos humanos.

Por el lado de las ventajas que ofrece la implementación de la Guía, se debe rescatar que la misma disponibilidad de una herramienta de este tipo permite combatir los cárteles y garantizar condiciones de competencia en diferentes mercados, incluyendo el sector telecomunicaciones, que cuenta con características que podrían facilitar este tipo de conductas.

V. IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El programa de clemencia se encuentra previsto en la Ley de Competencia, sin embargo, el OSIPTEL no cuenta con una guía ni lineamientos para el acogimiento de este programa en el mercado de telecomunicaciones, de modo que la aprobación de la Guía no dejaría sin efecto disposiciones normativas vigentes en esta materia.

Así, como se ha explicado previamente, la aprobación de la Guía completaría el sistema de clemencia en nuestro país, en la medida que tanto el INDECOPI como el OSIPTEL contarían con documentos que informen a los agentes económicos los alcances



detallados y el procedimiento que se debe seguir en caso pretendan revelar información sobre la existencia de prácticas anticompetitivas que califican como cártel, a cambio de obtener el beneficio de exoneración o reducción de posibles sanciones de multa.

Sin embargo, cabe señalar que el Programa de Clemencia previsto en la Ley de Competencia se puede aplicar con o sin directrices o lineamientos que describan aquellos plazos del proceso y definiciones no contemplados en la norma. No obstante, la falta de predictibilidad presente en el programa haría que su efectividad sea reducida e incluso nula para la detección de cárteles en el sector telecomunicaciones.

